

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Y. VAN GERVEN, «Publiek-private samenwerking» en mededingingsrecht 544

Rechtspraak

Intellectuele eigendom – Merk – 1. Toepasselijk recht – Richtlijnconforme interpretatie – 2. Onderscheidend vermogen – a) Verwarringsgevaar – b) Het in aanmerking te nemen publiek – Publiek dat met het overeenstemmende teken wordt geconfronteerd

Benelux-Gerechtshof 2 oktober 2000 (met conclusie van advocaat-generaal J. du Jardin) 518

Onrechtmatige overheidsdaad – Openbare wegen – Beoordeling van eventuele fout van gemeente met inachtneming van de kennis van de plaatselijke toestand door de weggebruiker – Onwettig

Cass. 12 maart 1999 (met noot) 525

Scheiding van tafel en bed – Op grond van feitelijke scheiding – Hulpverplichting – Weerlegging schuldvermoeden – Analogie met echtscheiding op zelfde grond

Cass. 21 december 2000 525

Vonnissen en arresten – Uitspraak – Strafrechtelijke vrij-spraak – Geen uitspraak over de burgerlijke vordering – Gevolg

Cass. 16 februari 2001 (met noot van R. Declercq «Vergeten te beslissen») 526

Werkloosheid – 1. Recht op uitkeringen – Bedrag – Tijdelijke werkloze die halve uitkeringen geniet – 2. Controlekaart – Tijdelijke werkloze – Vrijwillig deeltijdwerknemer – Zelfstandig bijberoep

Cass. 21 mei 2001 530

Taalgebruik – Bestuurszaken – Openbare orde – Benoemingen – Afwezigheid taalkaders – Onwettigheid – Continuïteit van de openbare dienst

R.v.St. 1 februari 2000 531

Verzekering – Diefstal – Restitutie van het gestolene – Begrip

Hof Antwerpen 20 april 1998 532

Hinder – Bouwen tegen muur van aanpalend perceel, met onderschoeiing – Waterinsijpeling in kelder van aanpalend gebouw – Overlast

Hof Antwerpen 7 juni 1999 533

Faillissement – Curator – Aansprakelijkheid ten aanzien van de gefailleerde

Hof Antwerpen 15 januari 2001 534

1. Factuur – Bewijskracht – Fiscale onregelmatigheid – Gevolg – **2. Overeenkomst** – Algemene voorwaarden – Gebrek aan protest – Aanvaarding – **3. Gewijsde (rechterlijk)** – Motieven van vonnis waarbij rechter zich territoriaal onbevoegd verklaart – Rechter die uitspraak doet over het bodemgeschied

Kh. Hasselt 21 november 2000 534

Handelshuur – Huurhervorming – Verval – Huurovereenkomst van onbepaalde duur – Opzegging door huurder – In acht te nemen opzeggingstermijn

Rb. Dendermonde 15 juni 2001 (met noot van A. Van Oevelen «Opzegging door de huurder van een handelshuur die van onbepaalde duur is geworden») 536

1. Afstand van recht – Bewijs – Stilzitten van een partij –

2. Verbintenis – Betaling van geldsom – Anatocisme –

a) Gerechtelijke aanmaning – Neerlegging van conclusies ter griffie – Tijdstip van kapitalisatie van de interest –

b) Toepassingsgebied – Interest op niet tijdig betaalde huurgelden

Vred. Torhout 15 juni 1999 (met noot) 539

Rechtspraak in kort bestek

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Rechterlijke macht** – Toelatingsvoorwaarden – Examen inzake beroepsbekwaamheid – Vrijstelling – Plaatsvervangende rechters – Krijgsraad te velde

Arbitragehof 15 juli 1999 541

Rechtsmiddelen – Burgerlijke zaken – Hoger beroep – Verschijningstermijn – Nietigheid – Verscheidene partijen – Nietigheid van hoger beroep jegens één partij – Gevolg ten aanzien van andere partijen

Cass. 11 februari 2000 (met noot) 541

Rechtsmiddelen – Strafzaken – Hoger beroep – Appellabele uitspraken – Vonnis dat de persoonlijke verschijning beveelt

Cass. 12 april 2000 (met noot) 542

Belasting over de toegevoegde waarde – Onregelmatige facturen – Toekenning van B.T.W.-aftrek – Geen vaststelling dat de ontbrekende vermeldingen geen nut hadden voor de inning en de controle van de belasting – Onwettig

Cass. 13 oktober 2000 542

Boeken

G.P. Hoefnagels, Handboek scheidingsbemiddeling (door G. Verschelden) 543

I. Krikke, Het bibliotheekprivilege in de digitale omgeving (door C. Malliet) 543

C.J.J. Van den Bergh, Geleerd recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht (door R. C. van Caenegem) 544

B. Van Klink en W. Witteveen (red.), De overtuigende wetgever (door P. Popelier) 544

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

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

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

Redactie: A. Van Oevelen (hoofredacteur), 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.
Abonnementen worden automatisch verlengd, behoudens schriftelijke opzegging ten minste drie maanden vóór de uitgifte van het eerste nummer van de nieuwe jaargang

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.



intersentia

NIEUW

'OI' redenen om de volledig vernieuwde site van Intersentia te bezoeken !

www.intersentia.be

- U vindt er uiteraard de **catalogus**, die u gratis kan *downloaden*, maar ook uiterst efficiënt *raadplegen* via gesofisticeerde zoeksystemen. U vindt gegarandeerd wat u zoekt in een mum van tijd.
- U kunt heel wat besparen dank zij de maandelijkse **promotieacties**. Elke maand worden diverse uitgaven, enkel en alleen via de site, met interessante *kortingen* aangeboden.
- U vindt voor verschillende uitgaven **gratis actualiseringen** op onze site, in afwachting van de nieuwe uitgave van het boek
- Op de homepage vindt u een up-to-date overzicht van **de meest recente uitgaven**, met een korte beschrijving
- Ook interessante **studiedagen, colloquia en evenementen** in uw vakgebied worden op onze site vermeld

Intersentia nv | Churchilllaan 108, 2900 Schoten | tel 03 680 15 50 | fax 03 658 71 21
mail@intersentia.be | <http://www.intersentia.be>

«PUBLIJK-PRIVATE SAMENWERKING» EN MEDEDINGINGSRECHT

I. INLEIDING

1. Publiek-private samenwerking (verder aan te duiden als «PPS»), zo beklemtonen D. D'Hooghe en F. Vandendriessche, heeft enkel betrekking op een concept van samenwerking. Zij vormt geen rechtsfiguur op zichzelf maar ontstaat door gebruik te maken van reeds bestaande rechtsfiguren. PPS heeft dus geen eenvormig juridisch statuut. Op een concreet PPS-project zullen die rechtsregels van toepassing zijn welke gelden voor de in dat concreet geval gehanteerde rechtsfiguren.¹ Dit is ook zo voor de eventuele toepassing van mededingingsregels. Men moet kijken naar de concrete organisatie en modaliteiten van de PPS in kwestie om te bepalen welke regelen van (Europees en Belgisch) mededingingsrecht moeten worden in acht genomen.

2. Hierna volgt eerst een schets van de basiskennmerken van een PPS, wat het mogelijk moet maken zicht te krijgen op de regelen van het mededingingsrecht die op een PPS van toepassing kunnen zijn (hieronder II). Vervolgens bekijken we de geïdentificeerde aspecten van een PPS en de beoordeling ervan onder de Europese (en Belgische) mededingingsregels: (i) de aard van het PPS-project (hieronder III); (ii) de overheidsfinanciering van PPS-projecten (hieronder IV), (iii) andere overheidsmaatregelen ten behoeve van PPS-projecten (hieronder V), (iv) de juridische omkadering van een PPS-project (sluiting van een PPS-overeenkomst of de oprichting van een gemeenschappelijke rechtspersoon) (hieronder VI) en (v) de uibating van een PPS-project (hieronder VII).

II. HET FENOMEEN PUBLIJK-PRIVATE SAMENWERKING («PPS»)

3. In de bedrijfseconomische literatuur werd er op gewezen dat een succesvolle PPS wordt gekenmerkt door een gemeenschappelijk streefdoel, een goede en realistische taakverdeling (waarbij de privé-partner doorgaans het beheer van het project waarneemt) en een gelijke verdeling van de financiële verantwoordelijkheid en van de risico's tussen de partners.²

In een PPS zullen de overheid en de privé-partner samenwerken met het oog op de gezamenlijke ontwikkeling, uitvoering en/of exploitatie van een bepaald project of activiteit die maatschappelijk nuttig wordt geacht. Het PPS-concept kan in beginsel toepassing vinden in tal van domeinen, bv. in de milieusector, het onderwijs, cultuurprojecten, stadsvernieuwing, wetenschappelijk onderzoek, infrastructuurwerken (bijv. bouw van een tunnel of een binnenvaartterminal voor de overslag van goederen) en het aanbod van publieke diensten. Essentieel is dat beide par-

tijen een gemeenschappelijke visie hebben op de verwezenlijking van deze maatschappelijk nuttige projecten en activiteiten. Dit belet niet – en is trouwens noodzakelijk voor de leefbaarheid van het project – dat iedere partij haar eigen individuele doelstellingen heeft. De privé-partner zal geïnteresseerd zijn in de economische herwaardering van zijn eigendom in de stad, of in het behalen van een voldoende rendement op de middelen die hij investeert in het infrastructuurproject of in de organisatie van de publieke dienst.³ De overheid wenst daarentegen, via haar samenwerking met de privé-sector, bepaalde socio-politieke doelstellingen te verwezenlijken, zoals stadsrenovatie, decongestie van de autowegen door stimulering van het goederenvervoer via de binnenwateren en het aanbod van een kwalitatief hoogstaande publieke dienst.

Een goede taakverdeling in een PPS gaat uit van de sterke en zwakke punten van iedere partner. De privé-partner zal zijn technische en commerciële knowhow alsook zijn kapitaal ter beschikking stellen van het project. Bovendien zal hij meestal de verantwoordelijkheid krijgen voor de uitvoering en het management van het project. Niettegenstaande haar passieve rol ten aanzien van de concrete uitvoering en het dagelijkse management van het project, zal de overheid invloed uitoefenen door aan de privé-partner doelstellingen («*targets*») en eisen op te leggen m.b.t. de inhoud van het project of de activiteit die het voorwerp uitmaakt van de samenwerking.⁴ Om haar socio-politieke doelstellingen te verwezenlijken, onder verwijzing naar de bovengenoemde voorbeelden, zal zij bijv. verlangen, in het geval van het project van de binnenvaart-terminal, dat de privé-partner jaarlijks en in stijgende lijn bepaalde volumes van overgeslagen goederen via de terminal realiseert of, in het geval van de voorziening van een publieke dienst, dat de dienst aan bepaalde kwaliteitsnormen voldoet en aan iedere gebruiker wordt verstrekt tegen een betaalbare prijs.⁵ In ruil voor de doelstellingen en eisen die de privé-partner dient te realiseren (en die de rentabiliteit van het project kunnen verminderen), kan de overheid beslissen aan de privé-partner bepaalde bijzondere of exclusieve rechten te verstrekken om hem te beschermen tegen concurrentie van derden die deze doelstellingen en eisen niet dienen in acht te nemen in hun bedrijfsvoering.

³ Van een privé-onderneming kan (en mag) geen altruïsme worden verwacht.

⁴ Wanneer een gemeenschappelijke rechtspersoon («*joint venture*») wordt opgericht, zal de overheid bovendien invloed uitoefenen door te bepalen dat belangrijke beslissingen inzake het project bij consensus moeten worden genomen.

⁵ In het Europese recht noemt men dit een «universele dienstverplichting», d.w.z. de verplichting om een bepaalde dienst te verstrekken op het gehele grondgebied, tegen betaalbare prijzen en van vergelijkbare kwaliteit, ongeacht de rentabiliteit van individuele activiteiten (Mededeling van de Commissie «Diensten van algemeen belang in Europa» van 20 september 2000, COM(2000) 580 definitief).

¹ D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die keure, 2001, p. 10, randnr. 14.

² C. HART, *Mixed-Capital Public-Private Partnerships: Conditions for Success*, Research Paper, UNDP/Yale Collaborative Programme, 1998 Research Clinic, New Haven 1998.

Ten slotte wordt een PPS gekenmerkt door een (bij voorkeur gelijke) verdeling van de financiële verantwoordelijkheid voor het project tussen de overheid en de privé-partner. Ieder neemt een deel van de financieringslast op zich en bovendien verdeelt men onderling het bedrijfsrisico dat verbonden is aan het project of de activiteit. In de mate dat iedere partner financiële verantwoordelijkheid draagt, heeft elkeen een belangrijke incentive om het project te doen slagen. De verdeling van de financiële verantwoordelijkheid kan concreet op verschillende manieren gebeuren. Wanneer de PPS de vorm aanneemt van een joint venture, zal iedere partner in het kapitaal daarvan deelnemen en eventueel zich ertoe verbinden om in de loop van de uitvoering van het project bijkomende middelen ter beschikking te stellen, in de vorm van een kapitaalsverhoging, de verstrekking van een lening, het geven van een subsidie, enz. Voor een PPS waarbij geen gemeenschappelijke rechtspersoon wordt opgericht, dienen overheid en privé-partner eveneens de financiële verantwoordelijkheid te verdelen (via kapitaalinbreng, leningen, subsidies, enz.) en in zekere mate in te staan voor het aan het project verbonden bedrijfsrisico.

4. De mededingingsregels van het EG-Verdrag bevatten vier verboden (twee gericht aan de ondernemingen en twee gericht aan de overheid) en een rechtvaardigingsgrond.

Allereerst een kartelverbod: het is ondernemingen verboden onder elkaar overeenkomsten te sluiten die tot doel of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt en de handel tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed (art. 81 EG-Verdrag). Vervolgens een verbod van misbruik van machtspositie: het is een onderneming die een machtspositie heeft op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan verboden misbruik te plegen waardoor de handel tussen lidstaten wordt beïnvloed (art. 82 EG-Verdrag). Ten derde, een verbod voor de overheid om m.b.t. tot openbare ondernemingen en ondernemingen waaraan zij exclusieve of bijzondere rechten heeft verleend, maatregelen te nemen die strijdig zijn met de mededingingsregels (nl. de twee zojuist genoemde verboden) (art. 86, eerste lid, EG-Verdrag). Ten vierde, een verbod voor de overheid om steun te geven aan ondernemingen die onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt; dit zijn «steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt» (art. 87, eerste lid, EG-Verdrag).⁶

Dan is er een rechtvaardigingsgrond ten gunste van «ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang»: zij vallen onder de mededingingsregels van het verdrag (*i.e.* art. 81, 82 en 87), «voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde taak niet verhindert» (art. 86, tweede lid, EG-Verdrag). Zowel de overheid als de onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang kunnen zich op die rechtvaardigingsgrond beroepen:

⁶ Art. 87, tweede en derde lid, EG-Verdrag voorziet in de mogelijkheid voor de Europese Commissie om een vrijstelling van het verbod te verlenen, maar dan dient de lid-staat de steunregeling eerst aan te melden.

de overheid om mededingingsbeperkende maatregelen (bv. de toekenning van een exclusief recht) of de toekenning van overheidssteun ten voordele van die onderneming te rechtvaardigen; de onderneming om een bepaald mededingingsbeperkend gedrag (namelijk een kartelafsprake of een misbruikpraktijk) te rechtvaardigen.

5. Bovenstaande beschrijving van het fenomeen PPS maakt het mogelijk een aantal aandachtsgebieden af te bakenen vanuit het oogpunt van het mededingingsrecht. Eerst en vooral dient te worden bepaald of de PPS betrekking heeft op economische activiteiten. De PPS-techniek kan, zoals gezegd, worden aangewend in tal van sectoren. Wanneer de PPS een niet-economische activiteit tot voorwerp heeft, zijn de mededingingsregels normaliter niet van toepassing (hieronder III).

Indien de PPS zich wel in de economische sfeer bevindt, dient erover te worden gewaakt dat de samenwerking tussen de overheid en een privé-partner de mededinging niet vervalst in het voordeel van die privé-partner en ten nadele van andere concurrerende ondernemingen die soortgelijke projecten of activiteiten uitbaten op de markt. Zoals hiervoor aangestipt, biedt de overheid vaak aan de privé-partner ondersteuning voor de verwezenlijking van het project of de activiteit. Enerzijds stelt de overheid financiële middelen (subsidies, leningen of kapitaalinbrengen) ter beschikking en neemt zij een deel van het bedrijfsrisico voor haar rekening. In dit opzicht is het in art. 87, eerste lid, EG-Verdrag neergelegde verbod van staatssteun relevant (hieronder punt IV). Anderzijds kan de overheid via de overeenkomsten die de PPS ondersteunen of via begeleidende wetgevende of reglementaire maatregelen exclusieve of bijzondere rechten toekennen aan de privé-partner. Hier kan het in art. 86, eerste lid, EG-Verdrag neergelegde verbod relevant zijn (hieronder punt V).⁷

Aan de PPS zal gestalte worden gegeven hetzij door een geheel van overeenkomsten («PPS in contractuele vorm») hetzij door de oprichting van een gemeenschappelijke rechtspersoon («joint venture»). In dat opzicht kunnen het kartelverbod en de regelen inzake controle van concentraties van belang zijn (hieronder punt VI). In het raam van een PPS krijgt de privé-partner, of desgevallend de joint venture, vaak de verantwoordelijkheid voor de uitbating van het project en de verstrekking van diensten aan de gebruikers (bijv. van de infrastructuur of de publieke dienst). Zeker wanneer de privé-partner of de joint venture m.b.t. de aan hem opgedragen activiteit over een machtspositie beschikt, zal hij er zorg voor moeten dragen de mededingingsregels

⁷ De Europese Commissie heeft onlangs nog i.v.m. PPS voor grote infrastructuurprojecten uitdrukkelijk gewezen op het aspect van ondersteuning door de overheid van de privé-partner: «De laatste jaren zijn veel grote infrastructuurwerken uitgevoerd door een partnerschap tussen de betrokken lidstaat en een of meer particuliere ondernemingen die vaak kapitaal inbrengen en aanzienlijke risico's lopen bij de bouw van nieuwe infrastructuur. Als tegenprestatie krijgt het particulier bedrijf of consortium financiële steun van de staat voor de uitvoering van het project en kan het exclusieve rechten krijgen voor het beheer van de infrastructuur wanneer deze gereed is.» (voorstel voor een verordening van het Europese Parlement en de Raad betreffende steunverlening voor de coördinatie van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, COM(2000) 5 definitief van 26 juli 2000).

(m.n. het verbod van misbruik van machtspositie) na te leven (hieronder punt VII).

III. AARD VAN HET PPS-PROJECT: OVERHEIDSTAAK, ZUIVER ECONOMISCHE ACTIVITEIT OF DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

6. De mededingingsregels zien enkel op economische activiteiten. Het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie richten zich immers tot *ondernemingen*. De twee andere, tot de overheid gerichte, verboden bepalen dat de overheid geen mededingingsbeperkende maatregelen mag nemen ten gunste van bepaalde *ondernemingen*⁸ en geen steun mag toekennen aan *ondernemingen*. Het begrip «onderneming» is dus steeds de centrale toepassingsvoorwaarde. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna het «Hof») omvat het begrip «onderneming» in de zin van het communautaire mededingingsrecht «elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.»⁹ Het Hof van Justitie heeft er zich steeds voor gehouden een algemene omschrijving van het begrip «economische activiteit» te geven. In een arrest vindt men de volgende overweging: «voor de eventuele toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag dient onderscheid gemaakt te worden tussen het geval waarin de staat handelt in de uitoefening van overheidsgezag, en dat waarin hij economische activiteiten van industriële of commerciële aard verricht, bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op de markt.»¹⁰

Het basisondercheid is dus uitoefening van overheidsgezag (overheidstaak) versus het verrichten van een economische activiteit.

7. De uitoefening van overheidsgezag, m.a.w. activiteiten die behoren tot de kerntaken van de staat, zijn uitgesloten van de toepassing van de mededingingsregels. Zo heeft het Hof aanvaard dat de controle en de politie van het luchtvaart¹¹ en preventieve milieu-inspectietaken in een zeehaven¹² typische *overheidstaken* zijn die elk economisch karakter ontberen. Een privé-onderneming die met zo'n taak wordt belast, oefent geen ondernemingsactiviteit uit, en de heffingen die zij vraagt aan de gebruikers van deze algemene dienstverlening, zijn niet onderworpen aan de mededingingsregels (met name niet aan het verbod van misbruik van machtspositie dat de toepassing van onbillijk hoge prijzen verbiedt). Het waarborgen van de externe en interne veiligheid, de rechtspleging en het onderhouden van externe betrekkingen vormen eveneens typische overheidstaken.¹³ Onderwijs verstrekt en diensten gegeven in het raam van het nationaal onderwijsstelsel¹⁴, alsook het beheer van wette-

lijke socialezekerheidsstelsels die worden gefinancierd door repartitie,¹⁵ worden eveneens geacht tot de kerntaken van de staat te behoren en vormen daarom evenmin economische activiteiten. Recentelijk heeft de Europese Commissie in een beleidsdocument aangegeven dat organisaties die grotendeels een sociale functie vervullen, geen winstoogmerk hebben en niet deelnemen aan industriële of sociale activiteiten, evenmin onder de mededingingsregels vallen.¹⁶

Eén reden voor de overheid om te kiezen voor een PPS-structuur bestaat erin dat zij de privé-sector – wegens haar knowhow en managerkwaliteiten – wil betrekken in de uitoefening van bepaalde overheidstaken, maar toch een ingrijpende controle wenst te behouden over hetgeen tot de kerntaken van de staat behoort. Het gaat hier in wezen om een gedeeltelijke privatisering van overheidstaken. Hierin kaderen oproepen en plannen van de overheid om radiokamers voor politiediensten in PPS-verband te financieren,¹⁷ of om de verzorging van geïnterneerden niet langer te laten gebeuren in de gevangenis, maar uit te besteden aan de particuliere verzorgingsinstellingen.¹⁸ De privé-partner of de gemeenschappelijke rechtspersoon die wordt belast met de vervulling van de overheidstaak, kan exclusiviteit en/of overheidssteun krijgen en, indien dit de bedoeling is, vergoeding vragen aan de gebruikers van deze overheidsdienst, zonder dat de hoogte van deze vergoeding onderworpen is aan de mededingingsregels (m.n. het verbod van misbruik van machtspositie). Anderzijds moet de mededinging uiteraard wel blijven spelen op het ogenblik van de selectie, door de overheid, van de privé-partner. Tal van contracten die in het raam van een PPS worden gesloten dienen immers als overheidsopdrachten te worden aangemerkt waarop de overheidsopdrachtenwetgeving van toepassing is. Zelfs indien deze wetgeving niet van toepassing is, wordt in het Belgische en Europese recht uit het gelijkheidsbeginsel in toenemende mate een principiële verplichting tot inmededingingstelling afgeleid,¹⁹ om de privé-partner volgens een openbare en niet-discriminerende selectieprocedure aan te duiden.

8. Daarentegen vallen *economische activiteiten* wel onder de mededingingsregels. Het voorwerp van de meeste PPS-projecten zal een economisch karakter hebben en niet als een wezenlijke overheidstaak kunnen worden aangemerkt. Vele activiteiten die de overheid tot op vandaag uitoefent en in aanmerking komen voor PPS, worden immers volgens de

¹³ Mededeling van de Commissie «Diensten van algemeen belang in Europa» van 20 september 2000, COM(2000) 580 definitief, randnr. 28.

¹⁴ Arresten van 27 september 1988, zaak 263/86, *Humbel, Jur.*, 1986, 5365, rechtsoverweging 18, en van 7 december 1993, zaak C-109/92, *Wirth, Jur.*, 1993, I-6447, rechtsoverweging 15.

¹⁵ Arrest van 17 februari 1993, zaken C-159/91 en C-160/91, *Poucet et Pistre, Jur.*, 1993, I-637.

¹⁶ Mededeling «Diensten van algemeen belang in Europa», hierboven aangehaald, randnr. 30.

¹⁷ «Antwerpse politie zoekt sponsors voor extra radiokamer» in *De Morgen*, vrijdag 10 november 2000, kritisch besproken door D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESCHE, o.c., p. 1, randnr. 2.

¹⁸ «Justitie wil behandeling geïnterneerden privatiseren», in *De Standaard*, zaterdag en zondag 21 en 22 april 2001.

¹⁹ Zie daarover uitvoerig D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESCHE, o.c., p. 35-84.

⁸ Nl. openbare ondernemingen en ondernemingen waaraan de overheid exclusieve of bijzondere rechten heeft toegekend.

⁹ Zie bijv. arrest van 23 april 1991, *Höfner en Elser*, zaak C-41/90, *Jur.*, 1991, I-1979.

¹⁰ Arrest van 16 juni 1987, *Commissie t/ Italië*, 118/85, *Jur.*, 1987, 2599, rechtsoverweging 7.

¹¹ Arrest van 19 januari 1994, zaak C-364/92, *Eurocontrol, Jur.*, 1994, I-43.

¹² Arrest van 18 maart 1997, zaak C-343/95, *Diego Cali & Figli, Jur.*, 1997, I-1547.

hierboven besproken rechtspraak van het Hof niet geacht te behoren tot de kerntaken van de staat. Een belangrijk voorbeeld van een dergelijk economisch overheidsoptreden zijn de openbare nutsvoorzieningen: het lucht-, spoor-, tram- en busvervoer, de openbare radio- en televisieomroep²⁰, de openbare telecommunicatie, de elektriciteit- en gas- en waterdistributie door de (zuivere en gemengde) intercommunales. De verlening van deze openbare nutsvoorzieningen wordt mogelijk gemaakt door een uitgebreide infrastructuur.

De vraag rijst of een entiteit die het aanbieden en beheren van infrastructuur tot taak heeft, een economische activiteit verricht en bijgevolg een onderneming is. In een recent beleidsdocument over steun m.b.t. de infrastructuur voor vervoer per spoor, over de weg en via de binnenwateren, heeft de Europese Commissie het begrip «onderneming» gedefinieerd als «een onderneming die opereert op de vrije markt met de verwachting op lange termijn winst te maken of tenminste uit de kosten te komen.» Volgens de Europese Commissie zal «een particuliere of publieke beheerder van vervoerinfrastructuur die losstaat van de overheid, altijd aan deze definitie beantwoorden.»²¹ De exploitatie van de lucht- en zeehaveninfrastructuur en van de telecommunicatie-, kabel-, elektriciteits- en waternetten vormt dus ongetwijfeld een economische activiteit.²² Hetzelfde kan worden gezegd van de exploitatie van een autosnelweg, een tunnel of een overslagterminal aan de binnenwateren. In Vlaanderen wordt de PPS-techniek trouwens vaak genoemd in verband met de verwezenlijking van infrastructuurwerken. Onlangs werd PPS – naast tolheffing en alternatieve financiering – nog genoemd als één van de instrumenten om het Antwerpse Mobiliteitsplan te financieren.²³

Wanneer de overheid en de privé-partner hun krachten bundelen in een PPS die een economische activiteit tot voorwerp heeft, zijn – naast de wetgeving inzake overheidsopdrachten of het gelijkheidsbeginsel i.v.m. de selectie van de privé-partner – ook de mededingingsregels van toepassing. Overheidssteun en de toekenning van exclusieve c.q. bijzondere rechten ten behoeve van het project alsook de uitbating ervan dienen met die regelen in overeenstemming te zijn.

9. Binnen de categorie economische activiteiten geldt evenwel een verder onderscheid, nl. dat tussen zuiver economische activiteiten en diensten van algemeen economisch belang. Op de eerste categorie zijn de mededingingsregels onverkort van toepassing, terwijl voor de *diensten van algemeen economisch belang* ingevolge art. 86, tweede lid, EG-Verdrag een gemildere toepassing geldt. Ofschoon het Hof het begrip «dienst van algemeen economisch belang» nooit gedefinieerd heeft, komt uit de rechtspraak een eng begrip

naar voor, in overeenstemming met de regel dat een afwijking van de mededingingsregels van het EG-Verdrag, zoals besloten in art. 86, tweede lid, beperkend moet worden geïnterpreteerd. Toch heeft het Hof eveneens erkend dat een lidstaat over een niet geringe vrijheid beschikt bij het definiëren van diensten van algemeen economisch belang waarmee hij een bepaalde onderneming belast. Zo kan het een lidstaat niet worden verboden daarbij rekening te houden met doelstellingen van nationaal beleid, en te trachten deze te verwezenlijken door middel van verplichtingen en feitelijke beperkingen die hij die ondernemingen oplegt.²⁴ De Commissie heeft recentelijk deze vrijheid van de lidstaten nogmaals beaamd: of een dienst van algemeen economisch belang is en hoe die dienst moet worden beheerd, dient in de allereerste plaats op lokaal niveau te worden beslist.²⁵ Niettemin zullen het Hof en de Commissie controle uitoefenen op de door de lidstaat gemaakte invulling.

De gemildere toepassing van de mededingingsregels op een PPS die een dienst van algemeen economisch belang tot voorwerp heeft, houdt in dat de toekenning van overheidssteun of van exclusieve rechten aan het PPS-project toch toegelaten zullen zijn in de mate dat deze maatregelen *noodzakelijk* zijn voor de vervulling van de dienst van algemeen economisch belang. Op dit noodzakelijkheidsvereiste wordt hierna nog ingegaan. Het krijgt een eigen invulling naarmate het gaat om overheidssteun dan wel een andere overheidsmaatregel.

IV. OVERHEIDSSTEUN TEN BEHOEVE VAN HET PPS-PROJECT

10. Art. 87, eerste lid, EG-Verdrag verbiedt steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. Verboden overheidssteun heeft dus drie constitutieve bestanddelen: (i) een voordeel (ii) dat bepaalde ondernemingen of producties begunstigt (specificiteitsvereiste) en (iii) dat de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.²⁶ De terbeschikkingstelling van overheidsmiddelen aan een PPS-project die aan die voorwaarden voldoet, vormt in principe verboden staatssteun, tenzij van de Commissie op grond van art. 87, tweede en derde lid, EG-Verdrag een vrijstelling wordt verkregen. Maar dan dient de steunregeling eerst vooraf te worden aangemeld bij de Commissie.

A. Reikwijdte van het verbod van overheidssteun

11. In het raam van een PPS stelt de overheid vaak financiële middelen (kapitaalinbreng, leningen of subsidie) ter beschikking aan de privé-partner of aan de gemeenschap

²⁰ Arrest van 30 april 1974, *Sacchi*, zaak 155/73, *Jur.*, 1974, 409, rechtsoverwegingen 13-14.

²¹ Voorstel voor een Verordening van het Europese Parlement en de Raad betreffende steunverlening voor de coördinatie van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, COM(2000) 5 def van 26 juli 2000, randnrs. 18 en 19.

²² Zie wat de luchthavenbeheerder betreft, arrest van het Gerecht van 12 december 2000, *Aéroport de Paris t/ Commissie*, zaak T-128/98, *Jur.*, 2000, II-3929.

²³ «Tol lost Antwerps mobiliteitsprobleem niet op» in *De Financieel-Economische Tijd*, zaterdag 28 april 2001.

²⁴ Arresten van 23 oktober 1997, zaak C-157/94, *Commissie t/ Nederland* en zaak C-159/94 *Commissie t/ Frankrijk*, *Jur.*, 1998, I-5699.

²⁵ Mededeling van de Commissie, «Diensten van algemeen belang in Europa», o.c., randnr. 22.

²⁶ De vierde voorwaarde, nl. de bekostiging met staatsmiddelen, blijft hier verder onbesproken, aangezien zij geen bijzondere problemen doet rijzen m.b.t. de steun aan PPS.

pelijke rechtspersoon. De vraag is of de overheid hiermee aan de privé-partner of de rechtspersoon een *voordeel* in de zin van art. 87, eerste lid, EG-verdrag verleent. Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een voordeel hanteert de rechtspraak van het Hof het criterium van de «privé-investeerder»: zou een particulier investeerder in soortgelijke omstandigheden ertoe gebracht kunnen worden een even belangrijke kapitaalbreng te doen of een lening onder dezelfde voorwaarden toe te staan?²⁷ Zo neen, dan is er sprake van een voordeel; zo ja, dan handelt de overheid als een privé-investeerder en geeft zij geen voordeel weg. Het is perfect denkbaar dat de overheid in een PPS-project als een privé-investeerder handelt. Bepaalde economische activiteiten van de overheid kunnen zeer rendabel en winstgevend zijn (bijv. de exploitatie van het openbaar telecommunicatie- of elektriciteitsnet), zodat gemakkelijk – en zonder voordelen te geven – privé-partners kunnen worden gevonden om deze activiteiten in het raam van een PPS mee te ontwikkelen en te exploiteren. In dat geval zal de overheid haar investering in een PPS-project zelfs met een ruime winstmarge kunnen terugverdienen. De overheid heeft bovendien een sterke onderhandelingspositie jegens de privé-partner, aangezien deelname aan zo'n project voor die laatste zeer lucratief kan zijn.²⁸

12. De overheid kan echter eveneens de PPS-techniek gebruiken voor grote en risicovolle projecten en voor projecten met een laag rendement, m.a.w. projecten die de privé-sector niet bereid is in zijn eentje te financieren en te realiseren, omdat zij geen voldoende «return on investment» geven. In dat geval kan medefinanciering door de overheid de interesse van een privé-partner voor het project opwekken.²⁹ Zoals blijkt uit de volgende beslissingen, is het standpunt van de Europese Commissie niet eenduidig over de kwestie of in dergelijke omstandigheden een overheidsbijdrage een voordeel in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag vormt.³⁰

13. In de *Channel Tunnel Rail Link*-zaak had de Britse regering een selectieprocedure georganiseerd voor de toewijzing van het recht tot de aanleg en de uitbating van de spoorwegverbinding tussen Londen en de Kanaaltunnel. De kost voor de aanleg van de verbinding werd geraamd op 4,8 miljard ecu. De Britse overheid stelde een financiële enveloppe van 2 miljard ecu ter beschikking. De Europese Commissie was van oordeel dat de toewijzing van het contract aan London & Continental Railways Ltd. (hierna: LCR) gebeurde in het raam van een billijke, open en transparante biedprocedure én dat deze procedure de meest effectieve methode vormde voor de bepaling van de waarde van het project. De Britse overheid had zoveel als mogelijk een beroep gedaan op privé-middelen, zodat de overheidsfinanciering tot het minimum was beperkt gebleven. De

Europese Commissie oordeelde dat de financiële enveloppe niet als overheidssteun in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag diende te worden beschouwd, aangezien deze tegemoetkoming aan LCR «constituted the lowest possible level of support from state resources to make the projects happen.»³¹

14. In de zaak *Luchthaven Spata* volgde de Europese Commissie een soortgelijke redenering. Deze nabij Athene gelegen luchthaven wordt gebouwd door een joint venture tussen de Griekse Staat (55%) en een privé-consortium van ondernemingen (45%). Dit consortium, dat werd geselecteerd na een openbare biedprocedure kreeg van de Griekse overheid het recht van aanleg en exploitatie van de luchthaven gedurende dertig jaar. De Griekse Staat ondersteunde het project via een pakket van maatregelen (subsidies, belastingvoordelen, staatsleningen en -waarborgen). De Commissie oordeelde dat in het licht van de enorme initiële kapitaalsinvesteringen die het project vereist en de lange duur vooraleer die investeringen inkomsten zullen genereren, privé-middelen slechts konden worden agetrokken met behulp van overheidsfinanciering. Bovendien vormde het pakket van overheidsmaatregelen volgens de Commissie het «noodzakelijk minimum» om de interesse van de privé-investeerdere via een biedprocedure te verzekeren. Bijgevolg diende het pakket van maatregelen van de Griekse overheid niet als overheidssteun in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag te worden gekwalificeerd.³²

15. De Europese Commissie kwam tot het tegenovergestelde besluit in de zaak *Pilot Transferium Sittard*, waarin het ging om een PPS tussen de Nederlandse overheid en Q-Park B.V., een privé-onderneming gespecialiseerd in de uitbating van openbare autoparkings. In haar beleid gericht op de beperking van de groei van het autoverkeer en de stimulering van het openbaar vervoer wenst de Nederlandse overheid met behulp van de privé-sector adequate overstapvoorzieningen (transferia) te realiseren. Een transferium is een hoogwaardige parkeer gelegenheid, direct gelegen naast het station en prioritair bestemd voor autoreizigers die hun reis met de trein vervolgen. Q-Park werd bereid gevonden de realisatie en exploitatie van een transferium in Sittard op zich te nemen. De werkelijke kostprijs van het transferium kan evenwel niet worden doorberekend aan de parkerende reiziger, omdat deze dan er de voorkeur aan zal geven zijn reis met de auto voort te zetten. De parkeertarieven – en dus de inkomsten voor de exploitant van een transferium – zijn derhalve bescheiden. Daarom was Q-Park slechts bereid de bouw en exploitatie van het transferium voor haar rekening te nemen in ruil voor een rijksbijdrage ten belope van circa 75% van de investering. Uitgaande van de lage eigen investering kon Q-Park dan na zeven jaar het «break-even»-punt bereiken. In haar beslissing oordeelde de Commissie dat de rijksbijdrage overheidssteun vormde in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag. De Commissie oordeelde immers dat de omvang van de steun niet was vastgesteld via een open, transparante en niet-discriminerende procedure, aangezien voor het Sittard-project geen openbare aanbesteding was gehouden. Bovendien had de door de Nederlandse overheid aangestelde onafhanke-

²⁷ Zie bijv. arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 15 september 1998, zaken T-126/96 en T-127/96, *Breda Fucine Meridionali*, Jur., 1998, II-3437, rechtsoverweging 79 (kapitaalbreng) en arrest van het Gerecht van 30 april 1998, zaak T-16/96, *Cityflyer Express Ltd. t/ Commissie*, Jur., II-757 (lening).

²⁸ Vgl. C. HART, o.c., p. 12-13.

²⁹ *Ibid.*, p. 16.

³⁰ R.M. D'SA, «When is aid not State aid? The implications of the English Partnerships decision for European competition law and policy», *European Law Review*, 2000, (139), 146-148.

³¹ Persberichten van de Commissie IP/96/363 van 30 april 1996 en IP/98/1171 van 22 december 1998.

³² Persbericht van de Commissie IP/96/449 van 29 mei 1996.

lijke deskundige niet op ondubbelzinnige wijze vastgesteld dat de rijksbijdrage gelijk was aan de minimumkostprijs voor de bouw en de exploitatie van het transferium. Uiteindelijk keurde de Commissie de staatssteun wel goed op grond van art. 73, EG-Verdrag (zie *infra*, randnr. 25).³³

16. In de *English Partnerships*-zaak kwam de Commissie eveneens tot het oordeel dat er sprake was van staatssteun. In die zaak waren de investeringsprogramma's van de Urban Regeneration Agency (hierna: «EP») aan de orde die als algemene doelstelling hadden de regeneratie van achtergestelde gebieden middels de onteigening, de ontwikkeling of de herontwikkeling van grond en gebouwen. Het EP treedt daarbij op als partner van projectontwikkelaars uit de privé-sector. De financiering door het EP is bedoeld voor ontwikkelaars met een sterke economische band met het te ontwikkelen land, met name de eigenaars. Om die reden wordt (en kan) er geen openbare aanbestedingsprocedure worden georganiseerd voor de toewijzing van de openbare middelen voor ontwikkeling. Kandidaten dienen hun regeneratievoorstel in bij het EP. De onderhandelingen met het EP resulteren in een overeenkomst over het financieringsbedrag, de zgn. «gap funding» (tekortfinanciering), dat het EP ter beschikking stelt. Deze «gap funding» is uitsluitend bedoeld om de kloof tussen de geschatte ontwikkelingskosten en de geraamde uiteindelijke waarde van het terrein te dekken. De geraamde uiteindelijke waarde van het voltooide terrein is door de aard van de ondernomen projecten immers per definitie steeds lager dan de geschatte ontwikkelingskosten, zodat het EP steeds een tekort moet financieren. In de ontwikkelingskosten is een redelijke winstmarge voor de privé-ontwikkelaar opgenomen. De toegekende winst waarvan het bedrag door de interne taxateurs van het EP wordt vastgesteld op basis van de winstmarges op de markt voor vergelijkbare projecten, komt overeen met het minimum dat de privé-ontwikkelaar zou aanvaarden om met het project door te gaan.

In haar beschikking oordeelde de Commissie dat het volledige bedrag van de «gap funding» als een voordeel in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag, diende te worden aangemerkt. De omstandigheid dat de financiering wordt toegekend om een onvolkomenheid in de marktwerking te corrigeren en het noodzakelijk minimum vormt voor de uitvoering van het project, achtte de Commissie niet voldoende om tot afwezigheid van een voordeel in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag, te besluiten. Integendeel, er is sprake van een voordeel, aangezien «de door het EP geboden financiering een kwantificeerbare financiële stimulans biedt aan een ontwikkelaar die hem in staat stelt ontwikkelingswerkzaamheden uit te voeren op een terrein dat, in de woorden van het EP, een problematische toestand of ligging heeft die investeerders niet aanmoedigt.» En verder: «het gehele bedrag ter financiering van het tekort vormt de prikkel die noodzakelijk is om het project doorgang te doen vinden, met andere woorden, de steun.»³⁴

17. Welke lering kan men halen uit deze beslissingen voor de beantwoording van de vraag wanneer de overheids-

bijdrage ten behoeve van de privé-partner in de context van een PPS als een voordeel in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag moet worden gezien. Wanneer de PPS een infrastructuurproject beoogt en de privé-partner de infrastructuur dient aan te leggen en/of te exploiteren, gelden de volgende basisregels:³⁵ (i) er zal gewoonlijk geen sprake zijn van staatssteun in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag, wanneer de infrastructuurbeheerder werd gekozen via een open, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure, en de overheidsbijdrage daarom de marktprijs vertegenwoordigt die moet worden betaald voor het gewenste resultaat (m.a.w. correspondeert met de marktprijs voor de uitvoering van het project);³⁶ (ii) wanneer geen aanbesteding is gehouden, zal de Commissie slechts tot de afwezigheid van staatssteun besluiten wanneer zij er met zekerheid kan van uitgaan dat de overheidsfinanciering overeenkomt met de marktprijs, namelijk als de steun wordt beoordeeld door een onafhankelijke deskundige op basis van algemeen aanvaarde marktindicatoren en waarderingsnormen, en er geen redelijke twijfel over kan bestaan dat de steun overeenkomt met de minimumprijs die voor een dienst of goed moet worden betaald.³⁷ Wanneer de PPS geen betrekking heeft op de aanleg en het beheer van infrastructuur, maar op de economische herwaardering van particuliere eigendom en er voor de toewijzing van de openbare middelen geen openbare aanbestedingsprocedure aan te pas komt, lijkt de zgn. «gap funding» door de overheid als staatssteun te moeten worden gekwalificeerd, zelfs indien deze financiering het noodzakelijk minimum vormt voor de privé-sector om op rendabele wijze de betrokken eigendom op te waarderen. Volledig consistent lijkt de benadering van de Commissie niet te zijn. Toekomstige beslissingen van de Commissie zullen meer klaarheid moeten verstrekken.

18. De overheid kan in een PPS-project niet enkel geldmiddelen inbrengen maar ook overheidsactiva, met name onroerende goederen (gronden, terreinen, gebouwen, enz.).

³⁵ Een recent beleidsdocument van de Commissie die haar beslissingspraktijk terzake codificeert bevestigt dit (Voorstel voor een Verordening van het Europese Parlement en de Raad betreffende steunverlening voor de coördinatie van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, COM(2000) 5 definitief van 26 juli 2000, randnrs. 20 en 41-47).

³⁶ Het kan daarbij gaan om de aanbestedingsprocedure van de overheidsopdrachtenwetgeving of, indien die niet van toepassing is, een andere procedure die, ingevolge het gelijkheidsbeginsel, de algemene beginselen van transparantie en niet-discriminatie in acht neemt. Aangaande het laatste stelt de Europese Commissie de volgende aanpak voor: «(i) de bevoegde instantie kondigt het contract aan bij alle potentieel geïnteresseerden binnen de EU/EER en deelt vervolgens de specificaties en selectiecriteria mee aan alle partijen die belangstelling tonen, zodat ze genoeg informatie en tijd krijgen om een adequate offerte samen te stellen en (ii) als gunningscriteria moet worden gekozen voor de laagst gevraagde bijdrage of het in economisch opzicht meest attractieve aanbod – in dit geval moeten de relevante factoren in rangorde van prioriteit worden gespecificeerd – en de gekozen criteria moeten ook inderdaad worden toegepast.» (COM(2000) 5 definitief van 26 juli 2000, randnr. 44).

³⁷ Zie eveneens de beschikkingen van de Commissie van 22 december 1998, N 517/98 – Verenigd Koninkrijk, PB C 81 van 24 maart 1999, p. 8 en van 8 februari 2000, Container terminal Lage Weide Utrecht, SG(2000)/D 101355 (binnenvaart-terminal).

³³ Beschikking van de Commissie van 12 april 2000, steunmaatregel nr. N 464/99 – Nederland, SG(2000)/D 103098.

³⁴ Beschikking van de Commissie van 22 december 1999, *English Partnerships* (EP) in het raam van het *Partnerships Investment Programme* (PIP), PB L 145/27 van 20 juni 2000.

Ook hier dient erover te worden gewaakt dat hiermee niet op een verdoken wijze staatssteun wordt toegekend aan de privé-partner of de joint venture. In een mededeling van 10 juli 1997 betreffende de staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen voor openbare instanties³⁸ heeft de Commissie een aantal richtsnoeren geformuleerd op grond waarvan bepaald kan worden of de verkoop van gronden en gebouwen al dan niet als een voordeel in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag dient te worden aangemerkt. Deze richtsnoeren hebben overigens alleen betrekking op de verkoop van gronden en gebouwen, niet op de verpachting of verhuur door de overheid.

De basisregel is dat de verkoop van grond via een open en onvoorwaardelijke biedprocedure die voldoende openbaar is gemaakt, vergelijkbaar is met een veiling, waarbij het beste of enige bod per definitie met de marktwaarde overeenstemt en bijgevolg geen staatssteun inhoudt. In de mededeling wordt voorts uiteengezet wanneer een aanbod voldoende openbaar is gemaakt en onvoorwaardelijk. Subsidiair, indien de overheid geen gebruik maakt van een open en onvoorwaardelijke biedprocedure, moet vóór de verkooponderhandelingen een taxatie door een of meer onafhankelijke taxateurs van onroerend goed worden verricht om de marktwaarde vast te stellen op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria. De aldus vastgestelde marktprijs is de minimumaankoopprijs die kan worden overeengekomen zonder dat staatssteun wordt verleend. Indien het na een redelijke inspanning om de gronden en gebouwen tegen de marktwaarde te verkopen duidelijk wordt dat de gronden en gebouwen tegen de door de taxateur vastgestelde waarde niet kunnen worden verkocht, wordt een afwijking van ten hoogste 5% van deze prijs geacht met de marktvoorwaarden overeen te komen.

19. Ten slotte is denkbaar dat in het raam van een PPS-project de overheid aan de privé-partner of de gemeenschappelijke rechtspersoon bepaalde diensten verstrekt. Zo kan de overheid bepaalde logistieke steun verlenen of personeel ter beschikking stellen. De regel is hier opnieuw dat, om te vermijden dat er sprake zou zijn van een voordeel in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag, de privé-partner een financiële tegenprestatie dient te betalen die niet lager mag zijn dan die welke onder normale marktvoorwaarden zou zijn gevraagd.³⁹ Indien de overheid geen normale marktconforme vergoeding vraagt voor de verstrekte diensten, is er dus sprake van een steunmaatregel in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag.

20. Het tweede constitutieve bestanddeel van overheidssteun is dat het voordeel wordt toegekend aan *bepaalde* ondernemingen of *bepaalde* producties (specificiteit van de steun). Een onderscheid moet dus worden gemaakt tussen algemene maatregelen van economisch beleid die de gehele gemeenschap ten goede komen en maatregelen die strekken tot ondersteuning van slechts bepaalde ondernemingen of producties. Enkel laatstgenoemde vallen binnen het toepassingsgebied van art. 87 EG-Verdrag. Het criterium van de specificiteit speelt een belangrijke rol bij de beoordeling van overheidsfinanciering van infrastructuur. In alle lidstaten bekleedt de overheid een centrale plaats in de aanleg

en ontwikkeling van vervoerinfrastructuur (wegen, kanalen, terminals, spoorwegen, enz.). Volgens de Europese Commissie vormt overheidsfinanciering van infrastructuur geen steun in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag, indien de infrastructuur op niet-discriminerende basis toegankelijk is voor alle potentiële gebruikers en door de overheid wordt beheerd.⁴⁰ In het verleden heeft de Commissie publiekelijk verklaard dat wanneer een door de overheid gefinancierde infrastructuur op basis van een openbare aanbestedingsprocedure aan een privé-exploitant wordt geleasd of verhuurd, dit als een open toegang kan worden beschouwd.⁴¹ De voorwaarde van de specificiteit is dan niet vervuld.

In het geval van een PPS zal deze voorwaarde normaliter wel zijn vervuld, aangezien het door de overheid verleende voordeel meestal een bepaalde onderneming, nl. de privé-partner, ten goede komt. Dit is ook het geval voor een infrastructuur-PPS waarin de privé-partner de infrastructuurbeheerder is en voor zijn selectie geen openbare aanbestedings- of bevragsingsprocedure werd gehouden. Er dient evenwel niet alleen te worden nagegaan of de overheidsfinanciering steun vormt op het niveau van de infrastructuurbeheerder maar eveneens op het niveau van de potentiële gebruikers van de infrastructuur. Indien de infrastructuur die in het raam van een PPS wordt gefinancierd, op niet-discriminerende basis toegankelijk is voor alle gebruikers, zal dat niet het geval zijn. Het PPS-project bevat dan enkel een element van staatssteun ten gunste van de privé-partner en niet van de gebruikers, zodat enkel dit element zal dienen te worden aangemeld bij de Europese Commissie met het oog op het verkrijgen van een vrijstelling van het verbod van overheidssteun.

21. Het derde constitutieve bestanddeel van overheidssteun is dat overheidsmiddelen die in een PPS-project worden gepompt, het *handelsverkeer tussen lidstaten* ongunstig kan beïnvloeden. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof en het Gerecht van eerste aanleg sluit de betrekkelijk geringe omvang van een steun of de betrekkelijk geringe omvang van de steunontvangende onderneming niet *a priori* de mogelijkheid uit dat het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed. Aldus kan steun van een betrekkelijk geringe omvang het handelsverkeer ongunstig beïnvloeden, bijv. omdat de steunontvanger actief is in een markt die openstaat voor concurrentie van ondernemingen die in verscheidene lidstaten opereren⁴² of omdat de steunontvanger actief is in de internationale handel.⁴³ Er zal m.a.w. slechts sprake zijn van een negatieve beïnvloeding van het handelsverkeer als de steunontvangende onderne-

⁴⁰ Commissie, «Een eerlijke vergoeding voor het infrastructuurgebruik: een gefaseerde aanpak van een gemeenschappelijk kader voor het in rekening brengen van het gebruik van vervoerinfrastructuur in de EU», COM(1998) 466 definitief, 22 juli 1998, punt 43; «Groenboek havens en maritieme infrastructuur», COM(1997) 678 definitief, 10 december 1997, punt 42.

⁴¹ K. VAN MIERT, «Concurrentieregels en zeehavens», speech van 6 oktober 1997 te Gent, <http://europa.eu.int/comm/dg/04/speech/seven/nl/sp97048.htm>.

⁴² Arrest van 30 april 1998, zaak T-214/95, *Vlaams Gewest t/ Commissie, Jur.*, 1998, II-717, rechtsoverweging 49.

⁴³ Arresten *Vlaams Gewest t/ Commissie*, rechtsoverweging 52, en van 28 januari 1999, zaak T-14/96, *Bretagne Angleterre Irlande t/ Commissie, Jur.*, 1999, II-139, rechtsoverweging 77.

³⁸ PB Nr. C 209 van 10 juli 1997, p. 3.

³⁹ Arrest van 11 juli 1996, *SFEI en La Poste, C-39/94, Jur.*, 1996, I-3547.

ming deelneemt aan een economische activiteit die handel tussen lidstaten behelst.

De aard van de activiteit die het voorwerp vormt van de PPS en de identiteit van de privé-partner zullen dus cruciaal zijn om te beoordelen of de overheidsbijdrage aan het project de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. In de mate dat een PPS-project een zuiver lokaal karakter heeft, zal het niet onder het verbod van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag vallen.⁴⁴ Hetzelfde geldt indien de steun van een geringe omvang is en bijgevolg een «*de minimis*»-karakter heeft. De Commissie heeft in dit verband recentelijk plafonds vastgesteld met betrekking tot de toepasselbaarheid van de regelen inzake staatssteun.⁴⁵

22. Overheidssteun in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag kan eventueel nog worden gerechtvaardigd op grond van art. 86, tweede lid, EG-Verdrag, althans in de mate dat het PPS-project een dienst van algemeen economisch belang vormt en daarenboven wordt aangetoond dat de steun niet verder gaat dan wat noodzakelijk is voor de uitvoering van die dienst. De overheid kan de PPS-techniek hanteren om bepaalde socio-politieke doelstellingen te realiseren, zoals het aanbieden van een publieke dienst aan iedere gebruiker tegen betaalbare prijzen, maar waardoor de economische rentabiliteit van het project gevoelig verlaagt. Een voorbeeld daarvan is de uitbreiding van waterdistributie en/of zuiveringssystemen naar laagbevolkte «weinig rendabele» streken. Een overheidsbijdrage kan dan gerechtvaardigd zijn ter compensatie van de openbare-diensttaak die de privé-partner op zich neemt.

In zijn arrest *FFSA t/ Commissie*⁴⁶ heeft het Gerecht van eerste aanleg uitdrukkelijk gesteld dat overheidssteun, krachtens art. 86, tweede lid, EG-Verdrag, aan het verbod van staatssteun vervat in art. 87, eerste lid, EG-Verdrag, kan ontsnappen, «(1) wanneer hij slechts de meerkosten beoogt te compenseren die ontstaan door de vervulling van de bijzondere taak die is toevertrouwd aan de onderneming die met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang is belast, en (2) mits de toekenning van de steun noodzakelijk is om de betrokken onderneming in staat te stellen haar verplichtingen als openbare dienstverrichter in economisch evenwichtige omstandigheden te vervullen.»⁴⁷

⁴⁴ In de zaak *Pilot Transferium Sittard* (zie randnr. 15 hierboven) stelde de Commissie dat, zelfs indien de met de exploitatie van het transferium verband houdende activiteit beperkt blijft tot een plaatselijk geografisch gebied (nl. het aanbieden van overstapvoorzieningen in de regio rond de stad Sittard), de aan die activiteit gerelateerde markt niet aan diezelfde beperking onderworpen is. De meeste spelers op de Nederlandse markt voor commerciële parkeervoorzieningen maken deel uit van internationale parkeerbedrijven die ook in andere EU-Lidstaten actief zijn. Projecten die op het eerste gezicht een lokaal karakter hebben, zijn dat bij nader toezien dus niet.

⁴⁵ Verordening nr. 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de minimis-steun, *PB* Nr. L 10 van 13 januari 2001, p. 30.

⁴⁶ Arrest van het Gerecht van 27 februari 1997, zaak T-106/95, *FFSA t/ Commissie*, *Jur.*, 1997, II-229, bevestigd door beschikking van het Hof van 25 maart 1998, zaak C-174/97 P, *FFSA t/ Commissie*, *Jur.*, 1998, I-1303.

⁴⁷ Arrest *FFSA t/ Commissie*, rechtsoverweging 178.

Vereist is wel dat de steun dan voorafgaandelijk wordt aangemeld bij de Europese Commissie.

B. Vrijstelling van het verbod van overheidssteun: aanmelding bij de Europese Commissie

23. Wanneer een PPS-project elementen van staatssteun in de zin van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag bevat, kan de Europese Commissie om een vrijstelling van het steunverbod worden verzocht. Aangezien een PPS-project doorgaans doelstellingen van algemeen belang beoogt (bijv. de bescherming van het milieu, promotie van het openbaar vervoer, sociale huisvesting, enz.), zal overheidssteun in het raam van PPS vaak een afwijking kunnen krijgen, op voorwaarde althans dat de intensiteit van de steun niet hoger is dan noodzakelijk om de beoogde doelstelling te realiseren. De steunregeling dient dan wel voorafgaandelijk te worden aangemeld bij de Europese Commissie. Zolang de Europese Commissie geen eindbeslissing heeft genomen en de steun niet heeft goedgekeurd, mag de lidstaat, ingevolge art. 88, derde lid, laatste volzin, EG-Verdrag, de regeling niet ten uitvoer leggen. Steun die voordien wordt uitgekeerd, dient onveriddelijk door de overheid te worden teruggevorderd.⁴⁸

24. Art. 87, derde lid, EG-Verdrag bepaalt in dit verband dat met de gemeenschappelijke markt verenigbaar kan worden verklaard: a) steun ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken met een abnormaal lage levensstandaard of een ernstig gebrek aan werkgelegenheid, b) steun ter verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang, c) steun voor de ontwikkeling van bepaalde economische activiteiten of van bepaalde regionale economieën mits het gemeenschappelijk belang niet wordt geschaad, en d) steun om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen.⁴⁹ De Raad en de Commissie hebben een arsenaal van verordeningen, richtlijnen, mededelingen, richtsnoeren, kaderregelingen, enz. uitgevaardigd waarin op gedetailleerde wijze de voorwaarden voor het verkrijgen van een afwijking worden beschreven.⁵⁰ Binnen het bestek van deze bijdrage kan hierop niet worden ingegaan. Volstaan kan hier worden met een vermelding van de meest relevante instrumenten, zoals kaderregelingen en richtsnoeren voor staatssteun aan kleine en middelgrote ondernemingen (KMO's)⁵¹ en aan ondernemingen in stedelijke probleemgebieden,⁵² werk-

⁴⁸ Voor een stand van zaken van de handhaving door de rechter van het verbod van tenuitvoerlegging van staatssteun, zie H. GILLIAMS, Y. VAN GERVEN, J. WOUTERS en P. WYTINCK, «Kroniek van rechtspraak: Europees Ondernemingsrecht (januari 1996-september 1997)», *T.B.H.*, 1998, 182, randnr. 137 e.v.

⁴⁹ Om aanspraak te kunnen maken op de derogatie op het algemeen verbod van staatssteun ingevolge art. 87, derde lid, onder d), EG-Verdrag, moet de steun worden gebruikt voor culturele doeleinden, zoals filmproductie.

⁵⁰ De voornaamste van deze instrumenten werden verzameld in de uitgave Europese Commissie, DG Concurrentie, *Mededingingsrecht in de Europese Gemeenschappen*, Volume II A, *Controle op steunmaatregelen van de staten*, toestand op 31 december 1998.

⁵¹ Verordening (EG) nr. 70/2001 van de Commissie van 12 januari 2001 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen, *PB*, L 10/33, 13 januari 2001.

gelegenheidssteun⁵³ en opleidingssteun,⁵⁴ regionale steun⁵⁵ en steun ten behoeve van het milieu⁵⁶ en voor onderzoek en ontwikkeling.⁵⁷

25. Het EG-Verdrag bevat eveneens een aantal specifieke vrijstellingen van het verbod op staatssteun. In dit verband kan, naast art. 86, tweede lid, EG-Verdrag, melding worden gemaakt van de vrijstelling voor de vervoerssector, neergelegd in art. 73, EG-Verdrag, dat bepaalt dat steunmaatregelen die beantwoorden aan de behoeften van de coördinatie van het vervoer, verenigbaar zijn met het Verdrag. Voorafgaande aanmelding is ook hier vereist.

PPS die de uitvoering van infrastructuurwerken beogen, zullen doorgaans in aanmerking komen voor een vrijstelling. In haar beschikkingspraktijk heeft de Europese Commissie duidelijk gemaakt dat een infrastructuurproject dat een verschuiving beoogt van het wegvervoer naar andere vervoerstakken (bijv. het spoor, de binnenwateren), het gemeenschappelijk belang dient in de zin van art. 87, derde lid, sub c), EG-Verdrag. Bovendien komen zij in aanmerking voor de vrijstelling van art. 73 EG-Verdrag. Uit deze beslissingen volgt dat de Commissie staatssteun in beginsel vrijstelt als de omvang van de steun beperkt blijft tot wat strikt noodzakelijk is voor de voltooiing van het project tot verschuiving van de verkeersstromen, en de mededinging niet zodanig wordt verstoord dat dit strijdig is met het gemeenschappelijk belang.⁵⁸

V. ANDERE OVERHEIDSMATREGELEN TEN BEHOEVE VAN HET PPS-PROJECT

26. Hieronder ressembleren maatregelen zoals de verlening door de overheid van exclusieve of bijzondere exploitatie- en beheersrechten aan de privé-partner, de verlening door de overheid aan de privé-partner van de bevoegdheid om de beschikbare capaciteit op de gerealiseerde infrastructuur aan de gebruikers toe te wijzen of de vaststelling door de overheid van de tarieven of prijzen die de privé-partner aan de gebruikers van haar diensten dient aan te rekenen. Met name de toekenning van exclusieve of bijzondere rechten aan de privé-partner zal doorgaans ingegeven zijn door de wens om de economische leefbaarheid van het PPS-project te garanderen. Bepaalde diensten (denk bijv. aan een veer-

dienst over een rivier) zijn economisch niet geschikt om door een veelheid van dienstverleners te worden verricht,⁵⁹ aangezien er slechts een voldoende inkomensstroom voor de terugwinning van de gemaakte investeringen bestaat voor een enkele dienstverlener.

27. Dergelijke overheidsmaatregelen kunnen niet rechtstreeks worden getoetst aan de mededingingsregels (m.n. art. 81-82 EG-Verdrag), aangezien die bepalingen zich richten tot de ondernemingen. Het Hof van Justitie heeft daar evenwel een mouw aangepast door middel van zijn zgn. jurisprudentie op grond van art. 86, eerste lid, *juncto*, art. 82, EG-Verdrag.⁶⁰ In deze rechtspraak heeft het Hof beklemtoond dat, ofschoon art. 82 zich uitsluitend tot ondernemingen richt, ingevolge art. 86, eerste lid, de lidstaten (m.a.w. de overheid) niettemin geen maatregelen mogen nemen die aan art. 82 zijn nuttig effect ontnemen. Zo zal de toekenning van een exclusief recht door de overheid aan de privé-partner strijdig zijn met art. 86, eerste lid, *juncto*, art. 82, indien (i) de privé-partner door die exclusiviteit een machtspositie op de relevante geografische productmarkt verwerft en die relevante markt een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt vormt, (ii) het exclusieve recht tot gevolg heeft dat die privé-partner misbruik maakt van zijn machtspositie doordat hij bijv. onbillijk hoge of discriminatoire prijzen kan hanteren ten aanzien van zijn afnemers en (iii) de handel tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed.

Men zal geval per geval dienen te onderzoeken of deze voorwaarden vervuld zijn. Vele PPS-projecten zullen een lokaal karakter hebben, zodat niet automatisch gesteld kan worden dat de toekenning van een exclusief recht aanleiding geeft tot het bestaan van een machtspositie op een «wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt» en evenmin dat de handel tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed. Bovendien moet het exclusieve recht de privé-partner tot misbruik aanzetten, wat eveneens zal moeten worden aangetoond.

28. Zelfs indien de door de overheid aan de privé-partner toegekende exclusiviteit strijdig zou worden bevonden met art. 86, eerste lid, *juncto*, art. 82, EG-Verdrag, kan deze exclusiviteit eventueel nog worden gerechtvaardigd op grond van art. 86, tweede lid, EG-Verdrag, indien zij noodzakelijk is om de privé-partner in staat te stellen de dienst van algemeen economisch belang waarmee hij in het raam van de PPS werd belast, te vervullen. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof mag de mededinging worden beperkt en zelfs uitgeschakeld (d.m.v. het exclusieve recht), indien dit noodzakelijk is om de onderneming haar dienst van algemeen economisch belang onder «economisch aanvaardbare voorwaarden» te laten verrichten.⁶¹

Bij wijze van illustratie kan worden gewezen op het arrest van 23 mei 2000 van het Hof van Justitie in de zaak *Syd-havens Sten & Grus*. In die zaak oordeelde het Hof dat een gemeenteverordening die aan drie ondernemingen het exclusieve recht verleende om op het grondgebied van de ge-

⁵² Richtsnoeren inzake staatssteun voor ondernemingen in stedelijke probleemgebieden, *PB*, C 146, 14 mei 1997, p. 6.

⁵³ Richtsnoeren inzake steunmaatregelen inzake werkgelegenheid, *PB*, C 334, 12 december 1995, p. 4.

⁵⁴ Verordening (EG) nr. 68/2001 van 12 januari 2001 van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 EG-Verdrag op opleidingssteun, *PB*, L 10/20, 13 januari 2001.

⁵⁵ Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen, *PB*, C 74, 10 maart 1998, p. 9.

⁵⁶ Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu, *PB*, C 37/3, 3 februari 2001.

⁵⁷ Communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek en ontwikkeling, *PB*, C 45, 17 februari 1996, p. 5.

⁵⁸ Voorstel voor een verordening van het Europese Parlement en de Raad betreffende steunverlening voor de coördinatie van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, COM(2000) 5 definitief van 26 juli 2000, randnr. 47. In de reeds vermelde zaak *Pilot Transferium Sittard* (randnr. 15 hierboven) keurde de Commissie op die grondslag de overheidssteun goed.

⁵⁹ Vgl. Mededeling van de Commissie «Diensten van algemeen belang in Europa» van 20 september 2000, *o.c.*, randnr. 17.

⁶⁰ Zie bijv. arrest van 18 juni 1991, *ERT*, zaak C-260/89, *Jur.*, I-2925.

⁶¹ Zie bijv. arrest *Commissie t/ Nederland*, aangehaald in voetnoot 24, rechtsoverwegingen 43 en 52.

meente Kopenhagen ongevaarlijk bouw- en wegafval te verwerken, noodzakelijk was voor de vervulling door die ondernemingen van de hun opgedragen taak van algemeen economisch belang (nl. het beheer van bouw- en wegafval). De gemeenteverordening was bijgevolg op grond van art. 86, tweede lid, verenigbaar met art. 86, eerste lid, *juncto*, art. 82, EG-Verdrag. De gemeente Kopenhagen had met een ernstig milieuprobleem te kampen: het grootste gedeelte van het bouw- en wegafval werd namelijk begraven, terwijl het had kunnen worden gerecycleerd. Om voldoende recycling-capaciteit te creëren voor de hoeveelheid in de gemeente geproduceerd bouw- en wegafval, werd een regionale verwerkingsinstallatie gebouwd, waarvan het beheer werd toevertrouwd aan de drie ondernemingen. Met het oog op de verzekering van de rentabiliteit van de verwerkingsinstallatie, kregen de drie ondernemingen gedurende de afschrijvingsperiode van de verwerkingsinstallatie het exclusieve verwerkingsrecht, zodat de aanvoer van een aanzienlijke hoeveelheid afval was gewaarborgd. Dit exclusieve recht sloot andere gekwalificeerde ondernemingen uit van de markt van de verwerking van bouw- en wegafval in de gemeente Kopenhagen, maar die beperking van de mededinging werd noodzakelijk geacht opdat de drie ondernemingen het beheer van de verwerkingsinstallatie onder «economisch aanvaardbare omstandigheden» zouden kunnen verrichten.⁶²

29. Wanneer de PPS betrekking heeft op infrastructuurprojecten waarbij de privé-partner de taak van infrastructuurbeheerder op zich neemt, kan het in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie⁶³ raadzaam zijn dat de overheid bij de verdeling van de bevoegdheden inzake de toewijzing van de beschikbare infrastructuurcapaciteit preventief optreedt om belangenconflicten in de persoon van de infrastructuurbeheerder te voorkomen. In dit verband stelde de Europese Commissie de volgende oplossing ter voorkoming van zulke belangenconflicten voor: (i) «de infrastructuurbeheerder is belast met de toewijzing van de capaciteit op non-discriminatoire grondslag, maar exploiteert zelf geen vervoersdiensten op de infrastructuur;» en (ii) «de beheerder exploiteert vervoersdiensten op de infrastructuur (of oefent over de gebruikers ervan zeggenschap uit), maar een onafhankelijke instantie is belast met de toewijzing van capaciteit op non-discriminatoire grondslag.»⁶⁴

VI. DE SLUITING VAN EEN PPS-OVEREENKOMST OF DE OPRICHTING VAN EEN GEMEENSCHAPPELIJKE RECHTSPERSOON («JOINT VENTURE»)

30. D. D'Hooghe en F. Vandendriessche maken binnen de PPS-techniek een onderscheid tussen de PPS in contractuele vorm en de PPS als gemeenschappelijke rechtspersoon.⁶⁵

⁶² Arrest van 23 mei 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, zaak C-209/98, *Jur.*, 2000, I-3743.

⁶³ Arresten van 13 december 1991, RTT t/ GB-INNO-BM, C-18/88, *Jur.*, 1991, I-5941, van 12 februari 1998, *Raso*, C-163/96, *Jur.*, 1998, I-533 en van 21 september 1999, *Brentjens*, C-115 en 117/97, *Jur.*, 1999, I-6025.

⁶⁴ Mededeling toepassing mededingingsregels projecten nieuwe transportinfrastructuur, punt 40.

A. De PPS in contractuele vorm

31. Een PPS in contractuele vorm kan gebaseerd zijn op overeenkomsten die zakelijke en/of persoonlijke rechten toekennen alsook op of in combinatie met publiekrechtelijke figuren als de domeinconcessie en de concessie van openbare dienst. Deze overeenkomsten geven dan gestalte aan de samenwerking tussen de overheid en de privé-partner.

De overeenkomsten die de PPS schragen, moeten in overeenstemming zijn met art. 81 EG-Verdrag (kartelverbod). Deze bepaling verbiedt (en verklaart nietig) alle overeenkomsten tussen ondernemingen die de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt verhinderen, beperken of vervalsen en de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.⁶⁶ In dit verband is het allereerst van belang de partijen te identificeren die bij de PPS betrokken zijn. Blijkens zijn bewoordingen ziet art. 81 EG-Verdrag enkel op overeenkomsten «tussen ondernemingen.» Dit betekent dat een overeenkomst waarbij de overheid en één onderneming betrokken is, niet binnen het toepassingsgebied van art. 81 EG-Verdrag valt. Het Hof van Justitie heeft dit beslist in het arrest *Bodson* van 4 mei 1988, waarin de gemeente Charleville-Mézières een exclusieve concessie voor de externe sector van de lijkbezorging aan de vennootschap Pompes funèbres had verleend. Toen *Bodson* op het grondgebied van de gemeente uitvaarten begon te verzorgen, werd zij door de exclusieve concessiehouder gedagvaard. Het Hof van Justitie kreeg de (prejudiciële) vraag voorgelegd of art. 81 EG-Verdrag van toepassing was op de concessieovereenkomst tussen een gemeente en een privé-onderneming. Het Hof antwoordde: «dit artikel slaat niet op concessie-overeenkomsten tussen gemeenten *handelend in hun hoedanigheid van overheid*, en ondernemingen belast met de uitvoering van een openbare dienst.»⁶⁷

32. Omgekeerd betekent dit echter eveneens dat een overeenkomst tussen de overheid *die handelt als een onderneming* en een andere onderneming wel een overeenkomst «tussen ondernemingen» is. De vraag is dan wanneer de overheid als ondernemer optreedt. Daarvoor kan worden verwezen naar de uiteenzetting hierboven over het begrip «onderneming» in de rechtspraak van het Hof en het basisonderscheid tussen uitoefening van overheidsgezag (overheidsstaak) en economische activiteit (ondernemingsactiviteit). Wanneer een overheidsinstantie in een PPS participeert in de uitoefening van het overheidsgezag, handelt zij bijgevolg niet als een onderneming. Zoniet is de overheidsinstantie wel een ondernemer en vallen de overeenkomsten die de instantie sluit met een andere onderneming binnen het toepassingsgebied van art. 81 EG-Verdrag.⁶⁸ Wanneer de overheid door bemiddeling van een van haar overheidsbedrijven deelneemt aan een PPS met een privé-partner, is er eveneens sprake van een overeenkomst tussen

⁶⁵ D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESCHE, *o.c.*, p. 10, randnr. 16-17.

⁶⁶ Insgelijks verbiedt art. 2 van de Belgische mededingingswet van 5 augustus 1991 alle overeenkomsten tussen ondernemingen die de mededinging merkbaar verhinderen, beperken of vervalsen op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan. Een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten is geen toepassingsvereiste.

⁶⁷ Arrest van 4 mei 1988, *Bodson*, 30/87, *Jur.*, 1988, V-2507-2519.

ondernemingen. Overigens, zelfs indien de overheid «*iure imperii*» handelt, zullen PPS-overeenkomsten vaak nog aan art. 81 EG-Verdrag, dienen te worden getoetst, bijv. omdat er verscheidene privé-ondernemingen (al dan niet in de vorm van een consortium) deelnemen aan de PPS.⁶⁹ Bovendien zullen in de marge van een PPS doorgaans overeenkomsten worden gesloten tussen de privé-partner(s) die het PPS-project (bijv. bepaalde infrastructuur) uitbaat (uitbaten) en een of meer toekomstige gebruikers die ondernemingen zijn.

33. Het is niet mogelijk om in het raam van deze studie aandacht te besteden aan alle mededingingsbeperkende bepalingen die in een PPS-overeenkomst kunnen voorkomen. Volstaan kan hier worden met de opmerking dat in zo'n overeenkomst vaak wordt bedongen dat de privé-partner het exclusieve recht verkrijgt om bepaalde – maatschappelijk nuttige – economische activiteiten (nl. die waarmee hij in raam van de PPS werd belast) te verrichten. Daar kan een mededingingsbeperkend effect vanuit gaan, doordat het andere concurrerende privé-ondernemingen onmogelijk of moeilijk wordt gemaakt om deze activiteiten te ontwikkelen. Van de andere kant is niet elke vorm van exclusiviteit *per se* in strijd met art. 81 EG-Verdrag. Een concreet onderzoek van de invloed van de exclusiviteit op de mededingingsstructuur van de relevante geografische product- of dienstenmarkt is telkens nodig. Bovendien kan een exclusiviteit eventueel op grond van art. 86, tweede lid, EG-Verdrag een rechtvaardiging vinden in de omstandigheid dat anders de financiële rentabiliteit van het project niet kan worden verzekerd (zie boven).

34. Een andere mogelijke mededingingsbeperking wordt soms teruggevonden in de overeenkomsten die worden gesloten tussen de privé-partner (in zijn hoedanigheid van infrastructuurbeheerder in het raam van een PPS) en de gebruikers van de infrastructuur. Een privé-partner zal immers vaak slechts bereid zijn te participeren in een PPS nadat hij van bepaalde toekomstige gebruikers van het te realiseren PPS-project (bijvoorbeeld de aanleg van binnenwateren-infrastructuur, spoorweginfrastructuur, enz.) de toezegging heeft gekregen dat zij gebruik zullen maken van het project. Het risico ontstaat bijgevolg dat andere gebruikers (in ons voorbeeld concurrerende vervoerondernemingen) geen toegang krijgen tot de infrastructuur die wordt gerealiseerd in het raam van de PPS, of slechts toegang krijgen aan minder gunstige voorwaarden. De mededinging wordt dan verstoord tussen de gebruikers van de diensten waarvan de privé-partner de uitbating verzorgt.

De Europese Commissie heeft uitdrukkelijk gewezen op de mededingingsrechtelijke implicaties van deze zgn. «overeenkomsten inzake de reservering van capaciteit» met betrekking tot vervoerinfrastructuur.⁷⁰ In beginsel is zij deze overeenkomsten gunstig gezind. Immers, «de infrastructuurbeheerder (moet), indien hij dat wenst, althans een deel van de capaciteit (...) kunnen reserveren voor vervoersondernemingen die aldus tot het financiële evenwicht

van het project bijdragen. (...) Voor de betrokken infrastructuur zijn grote investeringen nodig die over zeer lange periodes worden afgeschreven en die over het algemeen geen erg hoge rentabiliteit hebben.»⁷¹ Van de andere kant ziet de Commissie toe op de naleving van art. 81 (en 82) EG-Verdrag: «het reserveren van capaciteit voor langere periodes druist in tegen het beginsel van vrije toegang tot de infrastructuur en tegen het concurrentiebeginsel. In geval van congestie op de infrastructuur kunnen de overeenkomsten inzake de reservering van de voor de exploitatie van vervoersdiensten niet noodzakelijke capaciteit immers een middel worden om andere vervoersondernemingen (...) de toegang te ontzeggen.»⁷²

Samenvattend kan worden gesteld dat de reservering van capaciteit beperkt dient te blijven tot hetgeen strikt noodzakelijk is om de leefbaarheid van het project te garanderen.

B. Oprichting van een gemeenschappelijke rechtspersoon (joint venture)

35. Wanneer de overheid en de privé-sector beslissen een PPS te realiseren via de oprichting van een gemeenschappelijke rechtspersoon, dient te worden onderzocht of deze gemeenschappelijke rechtspersoon eventueel aanmeldingsplichtig zou zijn. Het is irrelevant of de joint venture wordt opgericht in de vorm van een publiekrechtelijke (openbare instelling, enz.) of een privaatrechtelijke (vennootschap, vereniging, enz.) rechtspersoon. De oprichting van een nieuwe gemeenschappelijke rechtspersoon of het nemen van een participatie in een rechtspersoon waarin een andere entiteit reeds een participatie heeft, dient volgens dezelfde regelen te worden beoordeeld, ongeacht de aard van rechtsvorm van die rechtspersoon.

36. Indien de overheid en de privé-partner de gezamenlijke zeggenschap hebben over de gemeenschappelijke rechtspersoon, en deze rechtspersoon economische activiteiten verricht (en bijgevolg een onderneming is in de zin van het mededingingsrecht), is er in het jargon sprake van een «joint venture» of een «gemeenschappelijke onderneming.» Volgens art. 9, § 2, van de Belgische wet tot bescherming van de economische mededinging (hierna: WEM)⁷³ vormt een gemeenschappelijke onderneming die «duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult»⁷⁴ een concentratie in de zin van art. 9 § 1, b) van de wet. Deze laatste bepaling stipuleert dat een concentratie tot stand

⁷⁰ Mededeling SEC(97)1673 definitief van de Commissie: «Nadere toelichting bij de aanbevelingen van de Commissie inzake de toepassing van de mededingingsregels op projecten voor nieuwe transportinfrastructuur», punten 27 tot 44. Deze mededeling spitst zich vooral toe op spoorweginfrastructuur, maar de erin vervatte beginselen hebben een ruimere draagwijdte.

⁷¹ Mededeling toepassing mededingingsregels projecten nieuwe transportinfrastructuur, punten 33 en 34.

⁷² *Ibid.*, punten 35 en 36.

⁷³ De wet werd gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999, *B.S.*, 1 september 1999, p. 32315.

⁷⁴ Men spreekt dan van een «volwaardige» gemeenschappelijke onderneming. Zie mededeling van de Europese Commissie inzake het begrip volwaardige gemeenschappelijke onderneming in de zin van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *P.B.*, Nr. C 66 van 2 maart 1998.

⁶⁸ Zo besliste het Hof van Justitie dat wanneer een gemeente als lokaal elektriciteitsdistributiebedrijf handelt, de overeenkomst die zij sluit met een andere onderneming aan art. 81 EG-Verdrag moet worden getoetst (arrest van 27 april 1994, *Almelo*, C-393/92, *Jur.*, 1994, I-1477, rechtsoverweging 35).

⁶⁹ De PPS-overeenkomsten vormen dan in ieder geval overeenkomsten «tussen ondernemingen».

komt doordat «één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming beschikken of één of meer ondernemingen (...) rechtstreekse of onrechtstreekse zeggenschap over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan verkrijgen.»⁷⁵ Het begrip «persoon» heeft in dit verband niet alleen betrekking op natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen, maar eveneens op publiekrechtelijke rechtspersonen, met inbegrip van de staat zelf.⁷⁶ Wanneer een overheid die reeds de controle heeft over een andere onderneming,⁷⁷ en een privé-onderneming een volwaardige joint venture oprichten, vormt dit bijgevolg een concentratie. Dit is uiteraard eveneens het geval wanneer de overheid via een van haar ondernemingen deelneemt aan een PPS.

37. Concentraties moeten voorafgaandelijk worden aangemeld bij de Belgische Raad voor de Mededinging indien bepaalde omzetrempels worden overschreden.⁷⁸ De Raad voor de Mededinging dient dan zijn goedkeuring te geven aan de oprichting van de joint venture, hetgeen hij zal doen indien blijkt dat die oprichting geen aanleiding geeft tot het in het leven roepen of versterken van een machtspositie die een daadwerkelijke mededinging op de Belgische markt of een substantieel deel ervan op significante wijze belemmert. Volgens art. 11, § 1, van de WEM geldt een aanmeldingsplicht wanneer de betrokken ondernemingen samen in België een omzet van meer dan 40 miljoen euro (of 1.613.596.000 fr.) totaliseren en minstens twee van de betrokken ondernemingen elk in België een omzet realiseren van minstens 15 miljoen euro (of 605.098.500 fr.).⁷⁹

In dit verband rijst de vraag wat onder «betrokken ondernemingen» dient te worden begrepen. In het geval van de verwerving van gezamenlijke zeggenschap over een nieuw opgerichte joint venture (gemeenschappelijke rechtspersoon), zijn de betrokken ondernemingen alle ondernemingen die zeggenschap verwerven over deze nieuw opgerichte onderneming. Insgelijks, wanneer een eerder bestaande onderneming onder de uitsluitende zeggenschap van één onderneming stond en een nieuwe aandeelhouder medezeggenschap verkrijgt, terwijl de oorspronkelijke moederonderneming blijft, zijn de betrokken ondernemingen i.v.m. de joint venture alle ondernemingen die gezamenlijk zeggenschap erover hebben, met inbegrip van de oorspronkelijke aandeelhouder.⁸⁰ Wanneer de overheid

participeert in een joint venture via een van haar overheidsondernemingen (bijv. De Post, de Lijn, enz.), kan er geen twijfel over bestaan dat deze overheidsonderneming een betrokken onderneming is en dient haar geconsolideerde omzet in aanmerking te worden genomen voor de bepaling of de omzetrempels overschreden zijn.⁸¹ Wanneer de overheid rechtstreeks deelneemt in een joint venture door middel van inbreng van bepaalde activa (bijv. gronden, knowhow, enz.), is zij een «persoon» die (mede)zeggenschap verkrijgt over de joint venture, in welk geval de omzet van de door die overheid gecontroleerde ondernemingen in aanmerking wordt genomen.

38. De Europese mededingingswetgeving omvat, zoals de WEM, eveneens een regime van concentratiecontrole. Volgens de Verordening (EG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties op ondernemingen⁸² dienen volwaardige joint ventures vooraf bij de Europese Commissie te worden aangemeld indien de joint venture een «communautaire dimensie» heeft. Een joint venture heeft een communautaire dimensie wanneer bepaalde omzetrempels worden overschreden.⁸³ Deze drempels liggen gevoelig hoger dan de drempels die zijn bepaald in art. 11 van de WEM. Als deze communautaire drempels worden overschreden, is de Europese Commissie, met uitsluiting van de Belgische Raad voor de Mededinging, bevoegd voor de beoordeling en de goedkeuring van de joint venture (art. 13 WEM en art. 22 Verordening 4064/89). Toegepast op PPS mag worden aangenomen dat, gelet op de hoogte van de communautaire drempels en het lokale karakter van PPS, deze communautaire drempels

⁷⁵ Zie hierover P. WYTINCK, *Concentratiecontrole in België na de wetten van 26 april 1999*, in J. STUYCK en P. WYTINCK, *De hervormde Belgische Mededingingswet*, Antwerpen, Kluwer, 2001, p. 86-87.

⁷⁶ Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip «concentratie» in Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB*, Nr C 66/5 van 2 maart 1998, randnr. 8.

⁷⁷ Hieronder begrepen het geval waarin de overheid een economische activiteit ontwikkelt zonder hiervoor een aparte rechtspersoon op te richten.

⁷⁸ Zie voor een overzicht van deze procedure P. WYTINCK, *o.c.*, p. 105 e.v.

⁷⁹ Art. 11 van de WEM, zoals gewijzigd bij K.B. van 14 juni 1999, *B.S.*, 31 juli 1999.

⁸⁰ Zie mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip «betrokken onderneming» in Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB*, Nr C 66/14 van 2 maart 1998, randnrs. 21-23.

⁸¹ Voor de berekening van het omzetcijfer van een overheidsonderneming, met het oog op de bepaling of de omzetrempels van art. 11 van de WEM worden overschreden, gelden bijzondere regelen: zie mededeling van de Europese Commissie betreffende de berekening van de omzet in de zin van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB*, Nr C 66/25 van 2 maart 1998.

⁸² *PB*, Nr. L 395 van 30 december 1989, rectificatie in *PB* Nr L 257 van 21 september 1990. Deze verordening werd ingrijpend gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997, *PB*, Nr. L 180 van 9 juli 1997.

⁸³ Volgens de Verordening heeft een volwaardige joint venture een communautaire dimensie wanneer a) de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen tezamen is behaald, meer dan vijf miljard euro en b) de totale omzet die, elk afzonderlijk, in de Gemeenschap door ten minste twee van de betrokken ondernemingen is behaald, meer dan 250 miljoen euro bedraagt, tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan twee derde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behaalt. Een volwaardige joint venture die niet voldoet aan de hierboven genoemde drempels, heeft toch een communautaire dimensie wanneer a) de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen tezamen is behaald, meer dan 2,5 miljard euro bedraagt, en b) de totale omzet die door alle betrokken ondernemingen in elk van ten minste drie lidstaten is behaald, meer dan 100 miljoen euro bedraagt, en c) in elk van de drie lidstaten die ten behoeve van letter b) in aanmerking zijn genomen, de totale omzet die door ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk is behaald, meer dan 25 miljoen euro bedraagt, en d) de totale omzet die in de Gemeenschap door ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk is behaald, meer dan 100 miljoen euro bedraagt, tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan twee derde van haar totale omzet in de Gemeenschap in eenzelfde lidstaat behaalt.

normaliter zelden zullen worden gehaald. Men zal dus in de eerste plaats oog dienen te hebben voor de vraag of de joint venture tussen de overheid en een privé-sector de omzeldrempels van art. 11 van de WEM haalt.

39. Afgezien van de vraag naar de toepasselijkheid van de Belgische (of Europese) concentratiecontrolewetgeving, kan de creatie van een PPS door middel van de oprichting van een gemeenschappelijke rechtspersoon nog andere problemen van mededingingsrecht doen rijzen. In de mate dat de gemeenschappelijke rechtspersoon geen «volwaardige» joint venture is (bijv. omdat hij niet beschikt over een dagelijks bestuur of over voldoende personeel en activa, of omdat hij slechts bepaalde ondersteunende activiteiten verricht ten behoeve van de moederbedrijven, zonder zelf de markt te betreden), presenteert deze joint venture zich niet als een concentratie, maar eerder als een samenwerkingsverband waarop art. 2 van de WEM c.q. art. 81 EG-Verdrag eventueel van toepassing kunnen zijn. Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om hier verder op in te gaan.

VII. DE UITBATING VAN HET PPS-PROJECT

40. Er dient eveneens over gewaakt te worden dat de oprichting van een PPS waarbij aan de privé-partner wordt opgedragen een bepaald project of activiteit uit te baten, in overeenstemming is met art. 81 en 82 EG-Verdrag. Belangrijk is hier vooral de laatste bepaling, die verbiedt dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.⁸⁴

41. In het raam van een PPS krijgt de privé-partner, of desgevallend de joint venture, vaak de verantwoordelijkheid voor de uitbating van het project en de verstrekking van diensten aan de gebruikers (bv. van de infrastructuur of de publieke dienst). Zeker wanneer de privé-partner of de joint venture m.b.t. de aan hem opgedragen activiteit over een machtspositie op de relevante geografische en productmarkt beschikt, zal hij zorg moeten dragen geen misbruik te maken van die positie. Zo mag hij bijv. aan de gebruikers geen onbillijk hoge of discriminatoire prijzen vragen voor de door hem aangeboden diensten of goederen. Met betrekking tot infrastructuurprojecten heeft de Europese Commissie in dit verband uitdrukkelijk gesteld dat de infrastructuurbeheerder ernaar kan streven om van bij de start van het project zoveel mogelijk gebruikers aan te trekken door in de aanloopperiode aantrekkelijke tarieven aan te bieden. In beginsel is een dergelijk commercieel beleid niet strijdig met de mede-

dingingsregels, mits de tariefregeling gedurende eenzelfde periode op non-discriminatoire wijze wordt toegepast.⁸⁵

42. Voorts mag de privé-partner zonder objectieve rechtvaardiging aan gebruikers (en concurrenten?) niet de toegang weigeren tot de in het raam van een PPS gerealiseerde infrastructuur. In dit verband kan worden verwezen naar de algemene leerstukken van het mededingingsrecht, zoals de «essential facilities»-leer die door de Europese Commissie het laatste decennium werd ontwikkeld: een onderneming die een machtspositie heeft op het gebied van de verlening van een noodzakelijke dienst en zelf van die dienst gebruik maakt, en die andere ondernemingen zonder gegronde redenen de toegang tot die voorziening ontzegt of slechts toegang onder minder gunstige voorwaarden verleent dan zij aan haar eigen diensten geeft, maakt misbruik in de zin van art. 82 EG-Verdrag.⁸⁶ De Commissie heeft aldus dit artikel toegepast op de weigering van toegang tot essentiële faciliteiten, zoals het openbaar telecommunicatienet, het postkantorennet, het openbaar elektriciteitsnet, zeehavens, luchthavens, enz. De eventuele verplichting voor een onderneming om aan haar concurrenten toegang te geven tot haar infrastructuur, stelt delicate problemen, waarop hier verder niet kan worden ingegaan.⁸⁷

VIII. BESLUIT

43. De bedoeling van deze bijdrage was om een overzicht te geven van de implicaties van het Europese (en Belgische) mededingingsrecht voor de verschillende aspecten die verbonden zijn aan het fenomeen PPS. Bij nader toezien lijkt dit fenomeen niet onmiddellijk aanleiding te zullen geven tot de formulering van nieuwe specifieke regelen op het gebied van het mededingingsrecht, maar eerder tot de toepassing van de bekende beginselen in deze rechtstak. Een voorbehoud moet worden gemaakt voor de toepassing van de staatssteunregels. Het beleid van de Europese Commissie m.b.t. de vraag of een overheidsbijdrage aan een PPS die noodzakelijk is om een project economisch leefbaar te maken en dus mogelijk te maken, staatssteun vormt, is nog niet uitgekristalliseerd.

Yves VAN GERVEN
Advocaat te Brussel

⁸⁵ Mededeling toepassing mededingingsregels projecten nieuwe transportinfrastructuur, punt 43.

⁸⁶ Beschikking van 21 december 1993, *Sea Containers t/ Stena Sealink*, PB, 1994 L 15/8, punt 66. Een noodzakelijke dienst is volgens de Commissie «een voorziening of infrastructuur zonder welke concurrenten aan hun klanten geen diensten kunnen verlenen».

⁸⁷ In zijn arrest van 26 november 1998 (*Mediaprint t/ Bronner*, zaak C-7/97, *Jur.*, 1998, I-7791) lijkt het Hof van Justitie – tot ongenoegen wellicht van de Europese Commissie – de toepassing van de «essential facilities»-leer aan strikte voorwaarden te onderwerpen.

⁸⁴ Ingevolgens verbiedt art. 3 van de Belgische mededingingswet van 5 augustus 1991 dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel ervan. De ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten is evenwel geen toepassingsvoorwaarde voor het verbod.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

2 OKTOBER 2000

Voorzitter: de h. Kayser

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Maeyaert, Chomé, De Gryse en Dauwe

Intellectuele eigendom – Merk – 1. Toepasselijk recht – Richtlijnconforme interpretatie – 2. Onderscheidend vermogen – a) Verwarringsgevaar – b) Het in aanmerking te nemen publiek – Publiek dat met het overeenstemmende teken wordt geconfronteerd

1. Daar de bewoordingen van het oude art. 13A BMW geen belemmering vormen om dit artikel uit te leggen in overeenstemming met art. 5 van de eerste harmonisatierichtlijn merkenrecht, geldt dat voor de periode na 31 december 1992 het arrest van het Benelux-Gerechthof van 20 mei 1983 (het Union-arrest) niet langer als richtinggevend voor de uitleg van het oude art. 13A BMW kan dienen. Dit artikel moet worden uitgelegd conform art. 5 van de genoemde richtlijn, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie.

2. a) De merkhouders kan zich slechts op grond van het oude art. 13A, aanhef en onder 1 BMW, uitgelegd in het licht van de bewoordingen en het doel van de eerste harmonisatierichtlijn merkenrecht, tegen het gebruik dat van een met zijn merk overeenstemmend teken wordt gemaakt, verzetten indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan. Het gevaar voor verwarring kan niet reeds aanwezig worden geacht, indien het publiek twee merken wegens hun overeenstemmende begripsinhoud met elkaar zou kunnen associëren.

b) Het publiek bij wie het gevaar voor associatie, respectievelijk verwarring van het overeenstemmende teken met het merk kan ontstaan, is het publiek dat met het teken wordt geconfronteerd. Voor de beoordeling van dat gevaar moet mede worden uitgegaan van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument van de betrokken soort producten.

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

Conclusie van advocaat-generaal J. du Jardin

De casuspositie

1. De brouwerij H., houder van het merk Val, heeft, bij dagvaarding van 2 september 1992, een vordering tot stopzetting ingesteld tegen het gebruik sedert 1992 door de N.V. SGGSB van de tekens *Valvert* en *Valver*, voor het commercialiseren van identieke waren, omdat zij gelijkenissen met het merk *Val* vertoonden die voldoende overeenstemmend waren om een associatiegevaar tussen merk en teken te doen ontstaan.

Voordien had de brouwerij H. de N.V. SGGSB in gebreke gesteld om van het gebruik van de naam *Valvert* af te zien. De N.V. SGGSB gaf hieraan geen gevolg, hoofdzakelijk op

grond dat het merk Val geen, hoogstens een beperkt onderscheidend vermogen had.

De brouwerij H. steunde haar vordering tot stopzetting op art. 13, A, 1, 1° van de eenvormige Beneluxwet op de merken (hierna: BMW), dat de merkhouders toelaat zich op grond van zijn uitsluitend recht te verzetten tegen elk gebruik dat van een overeenstemmend teken wordt gemaakt voor waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren.

Het Hof van beroep te Brussel, heeft, met bevestiging van het vonnis van de eerste rechter, de vordering verworpen, op grond dat er geen voldoende gelijkenis tussen merken en tekens was om associatiegevaar te doen ontstaan.

Eiseres heeft tegen deze beslissing cassatieberoep ingesteld wegens schending van voormeld art. 13, A, 1, 1°, BMW.

2. Betoogd wordt dat, bij de beoordeling van de vraag of een merkhouders zich kan verzetten tegen het gebruik van een overeenstemmend teken door een derde, «volstaat dat merk en aangevochten teken (...) een zodanige gelijkenis vertonen dat de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd associaties tussen het teken en het merk worden gewekt».

Te dezen wordt niet betwist dat de litigieuze merken en tekens op identieke waren betrekking hebben.

3. Uitgangspunt van de discussie voor de grondrechter was de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, m.n. de arresten van 11 november 1997 (zaak Sabel) en van 29 september 1998 (zaak Cannon).

Volgens deze rechtspraak moet, leest men in het arrest van het Hof van Cassatie van 29 oktober 1998, het criterium «gevaar voor verwarring, inhoudende de mogelijkheid van associatie met het oudere merk» zo worden uitgelegd dat «gevaar voor verwarring niet reeds aanwezig kan worden geacht, indien het publiek twee merken wegens hun overeenstemmende begripsinhoud met elkaar zou kunnen associëren».

Krachtens art. 13, A, 1, 1°, BMW-oud (d.i. vóór de wijziging door het protocol van 2 december 1992, dat de Europese richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988, betreffende de aanpassing van het merkenrecht van de lidstaten (PB, 1989, L 40) in de BMW heeft geïmplementeerd (zie *infra*) «kan de merkhouders zich verzetten tegen elk gebruik van een merk of van een overeenstemmend teken».

4. Voor het Hof van Cassatie rijzen aldus verschillende vragen:

Hoe moet, gelet op de genoemde richtlijn en de uitlegging die het Hof van Justitie heeft gegeven, het begrip «overeenstemmend», bevat in art. 13, A, 1, 1°, BMW, worden begrepen?

Wie wordt in aanmerking genomen om die overeenstemming te beoordelen? Een «betekenisvol deel van het publiek», zoals door het door het cassatieberoep bestreden arrest wordt beslist? Of enkel de gemiddeld aandachtige consument?

De door het Belgisch Hof van Cassatie aan het Benelux-Gerechthof gestelde prejudiciële vragen hebben aldus be-

trekking op de maatstaven voor de beoordeling van de overeenstemming tussen merk en teken in de zin van art. 13, A, 1, 1^o, BMW.

De prejudiciële vragen

5.1. Moet art. 13, A, eerste lid, 1^o, BMW, vóór de wijziging bij het Protocol van 2 december 1992, aldus worden uitgelegd dat de merkhouders zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten tegen het gebruik voor waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren, van een teken dat zodanige gelijkenissen vertoont met het merk dat reeds daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd, associaties tussen het teken en het merk worden gewekt?

5.2. Indien het antwoord op deze vraag ontkennend is:

a. moet dit artikel dan aldus worden uitgelegd dat de houder van het merk in de vorengenoemde omstandigheden zich slechts kan verzetten tegen het gebruik waarvan sprake, indien hierdoor verwarring kan ontstaan?

b. moet het begrip verwarring worden begrepen in de zin dat gevaar voor verwarring niet reeds kan aanwezig worden geacht, indien het publiek twee merken wegens hun overeenstemmende begripsinhoud met elkaar zou kunnen associëren?

5.3. In beide gevallen, moet dit artikel aldus worden uitgelegd dat de associatie respectievelijk de verwarring moet bestaan bij een betekenisvol deel van het publiek, of is het voldoende dat verwarring respectievelijk associatie zou kunnen ontstaan bij een consument met gemiddelde aandacht of nog bij enige andere persoon die in contact zou komen met het merk?

Ten aanzien van het recht

6. De problematiek heeft betrekking op de reikwijdte van de wettelijke bescherming van het merk.

De vraag naar bescherming kan rijzen vanaf de mogelijkheid (of het gevaar) van overeenstemming tussen merken en tekens.

Houdt die overeenstemming in dat er een mogelijkheid (of een gevaar) voor associatie tussen merken en tekens moet aanwezig zijn?

Moet die associatie die de consument kan doen tussen merken van die aard zijn dat er bij hem verwarring wordt verwekt?

De essentie van het merk

7. Als uitgangspunt van de redenering om die vragen te kunnen beantwoorden, moet men zich herinneren wat de essentie van het merk is.

Het merk bestaat om een waar (of dienst) te individualiseren en voor het publiek kenbaar en herkenbaar te maken. Het merk dient als symbool van de waar, om zijn herkomst te doen kennen en de verkoop ervan te bevorderen. De omvang van de bescherming hangt hoofdzakelijk af van het onderscheidend vermogen van het merk, een eigenschap die het merk (en het teken) moet bezitten, om een geldig merk te zijn, in de zin van art. 1 BMW. «Une marque n'est valable que si elle est distinctive» (Van Bunn, L., «Examen de jurisprudence. – 1992-1998», *R.C.J.B.*, 1999,

291, in het bijzonder nr. 6; Eeckman, P., «De beschermingsomvang van het merk ex art. 13, A, 1, 1^o, BMW», *R.W.*, 1985-86, (770) 784; het arrest Wrigley/Benzon, van 5 oktober 1982, *Jur.*, 1981-82, 20).

8. Te noteren is dat het merk niet enkel herkomst-aanduidend is; het heeft ook een publiciteitsfunctie, en een functie van drager van de goodwill van de merkhouders, welke functies ook bescherming verdienen (zie Martens, S., geciteerd door Van Innis, T., *Les signes distinctifs*, nr. 519).

9. Men zal in dit specifieke verband de conclusie van E. Krings, advocaat-generaal bij het Benelux-Gerechtshof, voor het Union-arrest van 20 mei 1983, (Zaak 82/5, *Benelux. Jurisprudentie* 1983, 41; *R.W.*, 1983-84, (153), 156) willen herlezen: «Het merk (heeft) twee doeleinden te vervullen: enerzijds de consument een waarborg van kwaliteit te bieden, gelet op de oorsprong van het product, en, anderzijds, de merkhouders een bescherming van de goodwill te verlenen. Traditioneel volgde hieruit dat de wet tot doel had de onderscheidende kracht te beschermen en gevaar voor verwarring te voorkomen» (Eeckman, P., *o.c.*, *R.W.*, 1985-86, 779; Van Innis, Th., *o.c.*, nr. 518).

Het begrip «overeenstemmend» ex art. 13, A, 1, 1^o, BMW

10. Desbetreffend moet men onvermijdelijk refereren aan het hierboven reeds geciteerde Union-arrest van 20 mei 1983, omdat dit arrest bepaald heeft naar welke maatstaf het begrip «overeenstemming» diende begrepen te worden.

11. Het essentiële van de omschrijving van het begrip «overeenstemming», d.i. het begrip waarmee het Benelux-Gerechtshof de bescherming van het merk onder art. 13, A, 1, 1^o afbakt, is dat «merk en teken zodanig gelijkenis moeten vertonen dat daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd, associaties tussen het teken en het merk worden gewekt».

Dit associatief verband tussen merk en teken moet in zijn geheel worden beoordeeld; «elk in zijn geheel en in hun onderling verband» leest men in het Union-arrest.

Om de drempel van de beschermingszone te bepalen, zal de rechter oog moeten hebben voor de punten van overeenstemming, eerder dan voor de punten van verschil. De rechtsleer gewaagt van «totaal indruk» (Van Bunn, Putteman, «Examen de jurisprudence – Marques et signes distinctifs», *R.C.J.B.*, 1994, 42).

12. Opvallend is dat in deze omschrijving van het begrip «overeenstemming» het Hof, anders dan de advocaat-generaal, geen verwijzing of allusie naar een verwarringsgevaar doet (Eeckman, P., *o.c.*, *R.W.*, 1985-86, 780).

13. Hieruit zou kunnen blijken dat de overeenstemming «de enige en voldoende voorwaarde voor het vaststellen van de merkinbreuk» zou zijn. De overeenstemming zou zonder meer de beschermingsomvang bepalen die het merk toekomt onder art. 13, A, 1 (Eeckman, P., *o.c.*, *R.W.*, 1985-86, 770 en 775).

Volgens die uitlegging kan van overeenstemming worden gesproken zodra de mogelijkheid bestaat dat een associatief verband wordt gelegd tussen merken en tekens, d.w.z. het vermogen van het betwiste merk of teken om bij het publiek associaties met het beschermd merk of teken op te roepen.

14. Hiermee is de aard van de associatie nog niet bepaald. Kan de loutere associatie volstaan? Of moet zij van die aard zijn dat verwarring mogelijk is?

De mogelijkheid van verwarring

15. Van een gevaar voor verwarring gewaagde advocaat-generaal Krings in zijn reeds aangehaalde conclusie voor het Union-arrest, terwijl het Benelux-Gerechtshof hierop in zijn arrest met geen woord alludeerde, zonder evenwel de confusiemogelijkheid uitdrukkelijk uit te sluiten.

16. M.i. kan het element «verwarring» bij de beoordeling van een merkinbreuk niet worden ontweken. Maar de vraag blijft hoe dit element moet worden verstaan?

17. Men zou, enerzijds, kunnen stellen dat de associatie niet meer dan op een verband tussen twee merken wijst. Dit leidt m.i. tot een te brede interpretatie van associatie-element van de wettelijke bescherming van een merk.

18. Anderzijds kan er geen sprake zijn van verwarring door het enkele feit dat merken, wegens bepaalde overeenstemmingen, met elkaar geassocieerd kunnen worden. Verwarring vergt meer. Er zou verwarring zijn, als het associatief verband dat het publiek legt tussen merken (en tekens) van die aard is dat men er niet meer in slaagt de merken te onderscheiden. Dit is misschien een te strikte interpretatie van het verwarringselement van de bescherming van het merk.

19. Alleszins ten aanzien van merken die op identieke waren betrekking hebben – en dit is te dezen het geval – kan de enkele associatie, die de consumenten tussen twee merken kunnen doen, niet volstaan om het beschermingssysteem in werking te zetten.

20. De mogelijkheid van associatie kan wel bepalend zijn, maar dan als drempel van het verwarringsgevaar.

Het risico van verwarring impliceert dat er eerst een associatief verband tussen merken en tekens wordt gelegd (lees de noot Gielen, Ch., onder Hof Brussel, 27 mei 1993, *I.E.R.*, 1993, 114, geciteerd door Van Innis, T., *o.c.*, nr. 523).

21. In dit verband moet voor de vaststelling van een merkinbreuk de factor «verwarring» in aanmerking komen, hoewel, volgens de tekst zelf van de BMW, het gevaar voor verwarring bij overeenstemming niet zou meetellen (Eeckman, P., *o.c.*, *R.W.*, 1985-86, 779).

22. Het probleem moet met realiteitszin worden bekeken. In vele gevallen zal de associatie tussen merken in verband met soortgelijke waren een mogelijkheid van gevaar voor verwarring omtrent de herkomst van die waren doen ontstaan (Gielen en Wickers Hoeth, *Merkenrecht*, nr. 1078).

23. Het begrip «overeenstemming» kan moeilijk worden uitgelegd zonder de factor «verwarring» bij die appreciatie te betrekken. Het verwarringsgevaar blijft aldus een elementair uitgangspunt bij het beoordelen of overeenstemmende merken in het raam van art. 13, A, 1, 1^o, BMW vallen (Eeckman, P., *o.c.*, *R.W.*, 1985-86, 772), en is aldus niet los te denken van de factor «associatie», ook niet te omzeilen, ten opzichte van waren waarvoor overeenstemmende merken worden gebezigd.

24. Deze zienswijze kan worden afgeleid uit de Europese Harmonisatierichtlijn (I), en uit de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (II).

I. De Harmonisatierichtlijn

25. Om het merkenrecht van de Europese Unie te harmoniseren, werd door de Raad een richtlijn 89/104/EEG

gegeven die in de BMW werd geïmplementeerd door het Protocol van 2 december 1992 (van kracht in de Benelux op 1 januari 1996, *B.S.*, 12 maart 1996, 5317).

26. Dit verplicht de nationale rechter zijn nationale wetgeving van vóór en na de EG-richtlijn in het licht van de bewoordingen en van het doel ervan toe te passen en uit te leggen (Cass., 2 december 1996, *Arr. Cass.*, nr. 470, en de noot p. 1135; Verhoeven, J., «L'application ou la prise en considération des directives communautaires en droit belge», *R.C.J.B.*, 1998, 195 e.v.).

27. De nationale rechter heeft tevens de verplichting zich te houden aan de integratie van die richtlijn door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (Van Bunn, L., «Examen de jurisprudence (1992 à 1998) – Marques et signes distinctifs», *R.C.J.B.*, 1998, p. 341, nr. 36; te vergelijken met de kroniek van dezelfde auteur in *R.C.J.B.*, 1994, p. 121, nr. 41).

28. Het Hof van Justitie wijst immers duidelijk op de verplichting van een richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht, om het even of dit recht van vroegere of van latere datum is dan de richtlijn (arrest Marleasing S.A., van 13 november 1990, C-106/89, *Jur.*, 1990, I, 4135).

29. Krachtens art. 4, 1, b, van de voornoemde Harmonisatierichtlijn kan de merkhouders zich op grond van zijn uitsluitend recht verzetten tegen elk gebruik van een merk of van een overeenstemmend teken voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren, indien het aangevochten merk of teken gelijk is aan of overeenstemt met het oudere merk en betrekking heeft op dezelfde of soortgelijke waren of diensten, en daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende de mogelijkheid van associatie met het oudere merk.

30. Krachtens art. 5, 1, b, van dezelfde richtlijn heeft de merkhouders een uitsluitend recht om iedere derde die niet zijn toestemming heeft verkregen het gebruik van een teken in het economisch verkeer te verbieden, dat gelijk is aan of overeenstemt met het merk en gebruikt wordt voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende het gevaar van associatie met het merk.

31. Als voorwaarde voor de overeenstemming is aldus duidelijk gesteld dat bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende de mogelijkheid van associatie met het andere merk. «Il est indispensable d'interpréter la notion de similitude en relation avec le risque de confusion» (Richtlijn, tweede considerans).

32. Hieruit blijkt m.i. ontegensprekelijk dat associatiegevaar geen apart begrip meer is, maar één element onder andere ter beoordeling van het verwarringsgevaar. De twee factoren associatie en verwarring zijn nauw verbonden; associatie volstaat niet per se, maar zij is de drempel die kan leiden tot verwarring. Het is in die context dat de wettelijke bescherming in gang kan komen.

33. Opvallend is evenwel dat het in de Richtlijn voorkomend begrip «verwarringsgevaar» door het Protocol van 1992 niet is opgenomen.

Een uitleg hiervoor vindt men in de memorie van toelichting: «Het is immers niet denkbaar dat een teken met een beschermd merk wordt verward, zonder dat er tussen het teken en het merk een associatie is gewekt» (Memorie van toelichting bij het protocol houdende wijziging van de eenvormige BMW, V 15, 16).

34. Overigens moet worden opgemerkt dat het begrip «associatiegevaar» reeds door de Benelux-jurisprudentie was ontwikkeld, waaruit men vermogt af te leiden dat de interpretatie van het begrip «overeenstemming» door het Benelux-Gerechtshof (bedoeld is het Union-arrest 82/5, reeds geciteerd) «een Gemeenschapsrechtelijk aanvaarde norm» is geworden, geïnspireerd door die Benelux-jurisprudentie, «zodat, in beginsel, de tekst van het huidige art. 13, A, 1, 1^o, BMW gehandhaafd zou kunnen worden» (*ibid.*; lees desbetreffend: Harles, G., «La jurisprudence Luxembourgeoise en matière de marques», in *Een kwart eeuw Benelux-Merkenrecht*, Benelux-merkenbureau, 1996, (87), 92).

Th. Van Innis (*o.c.*, nr. 523) citeert A. Braun: «Le conseil des ministres s'est rallié à la proposition des Etats du Benelux, insistant pour que soit intégré dans le critère de risque de confusion celui de la possibilité d'association, tel qu'il avait été dégagé par la Cour de Justice Benelux, suivie en cela par les juridictions nationales. Il n'est pas douteux qu'en apportant cette (...) modification (...) le conseil des ministres a entendu maintenir la jurisprudence de Benelux» (Braun, A., «Le nouvelle loi Benelux sur les marques, ce qui doit changer, ce qui doit demeurer», *T.B.H.*, 1993, 614).

35. Het begrip overeenstemming moet derhalve in samenhang met het gevaar voor verwarring worden uitgelegd; dit gevaar vormt de grondslag van de bescherming van de merkhouder. En de mogelijkheid van verwarring wordt hiermee een vereiste voor het optreden van de merkhouder op grond van art. 13, A, 1, 1^o, BMW. De enkele mogelijkheid van associatie kan niet volstaan.

36. Het is overigens om te vermijden dat het begrip «verwarringsgevaar» al te beperkend zou worden geïnterpreteerd dat het begrip «associatiegevaar» in de Harmonisatierichtlijn werd opgenomen (lees over de verwarde logistiek bij de aanpassing van het Merkenrecht ingevolge de Europese richtlijn: Van Bunnin, L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1999, nrs. 36 e.v.).

37. Indien de wetgever niet uitdrukkelijk heeft gepreciseerd dat door de gelijkenissen of overeenstemmingen verwarring moet kunnen ontstaan, leidt een richtlijnconforme interpretatie toch hiertoe, zonder evenwel *contra legem* te zijn, zonder met de tekst van art. 13, A, 1, 1^o, BMW onverenigbaar te zijn. Dit kan uit de analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie blijken.

II. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

38. Twee arresten dienen in het bijzonder te worden vermeld, omdat zij ten aanzien van de huidige vraagstelling en m.b.t. de uitlegging van art. 13, A, 1, 1^o, BMW belangrijk zijn. Bij het stellen van de prejudiciële vragen refereert overigens het Belgisch Hof van Cassatie aan die arresten.

Het SABEL-arrest van 11 november 1997

39. Uit de lezing van dit arrest blijkt dat de associatie die het publiek kan doen tussen merken en tekens niet langer voldoende is om tot een merkinbreuk te besluiten. Merken en tekens moeten ook met elkaar worden verward.

«Het begrip associatiegevaar is geen alternatief voor het begrip verwarringsgevaar, maar dient ter precisering van de draagwijdte ervan.» Associatie is een «species van het ver-

warringsgevaar» (Sabel-arrest, nr. 18). De bescherming van de wet zou aldus niet kunnen worden ingeroepen, «indien bij het publiek geen verwarring kan ontstaan. Gevaar voor verwarring is niet reeds aanwezig (...) indien het publiek twee merken wegens hun overeenstemmende begripsinhoud met elkaar zou kunnen associëren».

Anders gezegd, de mogelijkheid van associatie kan niet per se volstaan. Er moet tevens een verwarringsgevaar zijn, waardoor het publiek zich kan vergissen, o.m. in de herkomst van de betrokken waren.

De overeenstemming tussen merken en tekens moet door het associatief verband dat het publiek erin kan leggen, verwarring kunnen wekken.

40. De twee factoren van risico's, associatie en verwarring, zijn niet onverenigbaar; zij laten ook geen alternatief toe. Het zijn integendeel complementaire begrippen, die zelfs cumulatief in aanmerking moeten worden genomen, om, bij overeenstemming, tot wettelijke bescherming van de merkhouder te kunnen leiden.

41. In zijn commentaar van het Sabel-arrest, schrijft L. Van Bunnin: «La Cour a très clairement exclu l'association simple qu'on pourrait appeler aussi l'association-rappel par opposition à l'association génératrice de confusion, la seule qui puisse désormais être retenue comme critère d'infraction» («Exit le risque d'association – Retour au risque de confusion», *J.T.*, 1998, 227). Hij besluit zijn analyse als volgt: «L'arrêt de la Cour va obliger à une toilette du texte de l'article 13, A, 1, b, de la loi uniforme Benelux actuelle, dont il faudra éliminer la phrase «un risque d'association entre le signe et la marque» pour lui substituer les termes de la directive à savoir «un risque de confusion qui comprend le risque d'association» (*ibid.*).

Wij hebben reeds gewezen op het feit dat de wetgever die tekstaanpassing niet heeft gedaan (cfr. *supra* over de verwarde logistiek bij de aanpassing van het merkenrecht ingevolge de harmonisatierichtlijn...).

Het Cannon-arrest van 29 september 1998

42. Dit arrest bevestigt de uitlegging van het Sabel-arrest: «(...) is (...) de wezenlijke functie van het merk daarin gelegen, dat aan de consument of de eindgebruiker met betrekking tot de gemerkte waren of diensten de identiteit van de oorsprong wordt gewaarborgd, in dier voege dat hij deze zonder gevaar voor verwarring van waren of diensten van andere herkomst kan onderscheiden».

43. Uit die rechtspraak volgt dat voor de overeenstemming, de begrippen verwarring en associatie in samenhang moeten worden gehanteerd. De overeenstemmingen moeten van die aard zijn dat voor de gemiddelde consument verwarring kan ontstaan, inhoudende de mogelijkheid van associatie. Hierbij rijzen twee vragen:

44. Eerste vraag: is de uitlegging die het Hof van Justitie van de Harmonisatierichtlijn geeft, en waarmee het Benelux-Gerechtshof dient rekening te houden, niet *contra legem*, d.i. onverenigbaar met de tekst van art. 13, A, 1, 1^o, BMW (oud), te dezen toepasselijk?

Als men aanvaardt (cfr. *supra*) dat de Harmonisatierichtlijn de interpretatie van het Benelux-Gerechtshof heeft geïntegreerd, dan kan het Benelux-Gerechtshof de rechtspraak van het Hof van Justitie zonder bezwaar tot de zijne

maken, zonder de tekst van art. 13, A, 1, 1^o, BMW geweld aan te doen, zonder die tekst *contra legem* uit te leggen.

Overigens is opvallend dat, met die Europese uitlegging, men onvermijdelijk terug aan de conclusie van advocaat-generaal Krings bij het Union-arrest (cfr. *supra*) kan refereren (Van Bunnem, L., *ibid.*, nr. 36)!

Dit kan ook aanleiding geven tot een andere lezing van dit Union-arrest.

Zou het niet kunnen zijn dat het Benelux-Gerechtshof, bij het wijzen van het Union-arrest – bakermat voor de uitlegging van het begrip «overeenstemming» – zonder, bij de omschrijving van het woord «overeenstemmend», uitdrukkelijk te gewagen van een gevaar voor verwarring, dit gevaar impliciet in zijn beoordeling heeft betrokken, m.n. wanneer het als voorwaarde stelt dat merk en teken «zodanige gelijkenissen vertonen dat rees daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd, associaties tussen het teken en het merk worden gewekt»?

Zou die formulering niet als een impliciete omschrijving van de verwarringsmogelijkheid kunnen worden beschouwd, althans nu, gelet op de nieuwe context van het merkenbeschermingssysteem, ingevolge de Europese richtlijn, de interpretatie ervan door het Hof van Justitie, en de aanpassing van het merkenrecht door het Protocol van 1992?

45. Tweede vraag: Dient het Benelux-Gerechtshof aan het Hof van Justitie geen prejudiciële vraag tot uitlegging te stellen, in zoverre de door het Belgisch Hof van Cassatie gevraagde interpretatie een probleem van Gemeenschapsrecht doet rijzen, omdat, bv. de in de BMW voorkomende begrippen niet samenvallen met de begrippen zoals verwoord in de Europese Richtlijn (zie desbetreffend De Gryse, L., «Wie is nu de prejudiciële rechter in merkenzaken», in *Een kwart eeuw Benelux-Merkenrecht*, Benelux-Merkenbureau, 1996, p. 129, noot 39)?

Over «la directive européenne d'harmonisation du droit des marques» schrijft L. Van Bunnem, «Il est à noter que la directive, faisant partie du droit communautaire, la transposition des dispositions de celle-ci dans le droit Benelux permet aux tribunaux des pays du Benelux, de poser directement à la Cour de Justice européenne, des questions qui relèvent à la fois de la directive et de la L.B.M. De même, la Cour de Justice Benelux est désormais obligée, si la question d'interprétation qui lui est soumise est relative à une disposition commune à la législation du Benelux et à la législation communautaire, de questionner elle-même la Cour de Justice». (Van Bunnem, L. *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1999, p. 294, nr. 2; arrest Dior/Evora, van 4 november 1997).

46. De uitlegging van begrippen van Gemeenschapsrecht, als «verwarring», «inhoudende de mogelijkheid van associatie», die in de Harmonisatierichtlijn voorkomen, kan immers tot een prejudiciële vraagstelling leiden, tenzij de betrokken Gemeenschapsrechtelijke bepaling reeds door het Hof van Justitie werd uitgelegd (zie in dat verband de reeds genoemde arresten Sabel en Cannon), en tenzij de juiste wijze van toepassing van het Gemeenschapsrecht dermate duidelijk is dat voor gerede twijfel geen plaats is.

Desbetreffend heb ik reeds gewezen op de wil van de Gemeenschapswetgever (cfr. *supra*) om een te strikte uitlegging van de verwarring te vermijden, en op zijn impliciete verwijzing naar en integratie van de rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof (cfr. Braun, A., *o.c.*, en Van Innis, Th.,

o.c.). In dit opzicht is m.i. het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie niet nodig.

Tot besluit meen ik te mogen adviseren dat «overeenstemming» interpreteren op grond van de enkele mogelijkheid van associatie, zonder te gewagen van een verwarringsgevaar, niet richtlijnconform zou zijn.

Conclusie

47. In het licht van vorenstaande beschouwingen, stel ik het Hof voor de door het Belgische Hof van Cassatie gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

Antwoord op vraag 1.: De enkele associatie tussen overeenstemmende merken en tekens met betrekking tot identieke of soortgelijke waren is niet voldoende om de merkhouder het recht te geven om op art. 13, A, 1, 1^o, BMW, vóór de wijziging door het Protocol van 2 december 1992, een beroep te doen.

Antwoord op vraag 2.: Voornoemd artikel moet aldus worden uitgelegd dat de houder van het merk in de voorengenoemde omstandigheden zich slechts kan verzetten tegen het gebruik waarvan sprake, indien hierdoor verwarring kan ontstaan. Gevaar voor verwarring kan niet reeds aanwezig worden geacht door de omstandigheid dat het publiek twee merken wegens hun overeenstemmende begripsinhoud met elkaar zou kunnen associëren.

Antwoord op vraag 3.: De factor «verwarring» moet in aanmerking worden genomen uitgaande van de reactie van de betrokken consumenten.

Wie zijn die consumenten? De vraag moet met realiteitszin worden beoordeeld. «Het leven speelt zich af op de markt (...), en de rechter zal zich dus onwillekeurig afvragen hoe het publiek «op de markt» merk en teken zal percipiëren (Gielen en Wickers Hoeth, *o.c.*, nr. 1082).

Bedoeld is, niet een betekenisvol deel van het publiek, ook niet noodzakelijk geïnitieerde en kritische consumenten, ook niet dezen die bij de aankoop een gemiddelde aandacht aan merk en teken besteden, maar:

- «iemand die met het teken wordt geconfronteerd» (cfr. het Union-arrest);

- «la classe des gens à laquelle le produit est destiné» (Braun, A., *Précis des marques*, 1995, nr. 368);

- «le public susceptible d'être confronté au signe (distinctif d'une marque» (Van Innis, Th., *o.c.*, nr. 115);

- enige persoon die in contact komt met het merk of teken.

In zoverre geen theoretische mogelijkheid tot verwarring in aanmerking wordt genomen, maar een concrete en reële mogelijkheid daartoe, is door de formule «enige persoon die in contact komt met het merk of teken», de groep consumenten bedoeld, d.i. het publiek onderwerp van de merkactie. De samenstelling van dit publiek is overigens polyform en zal meestal door de aard van de verkochte waar bepaald zijn.

De formule die gewaagt van «enige persoon» betekent natuurlijk niet dat de reactie van één enkele persoon voldoende zou zijn om het beschermingssysteem in gang te zetten.

Arrest

Gelet op het op 29 oktober 1998 door het Hof van Cassatie van België uitgesproken arrest in de zaak van de

N.V. brouwerij H. en de N.V. SGGSB, waarbij overeenkomstig art. 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof (hierna: het Verdrag) aan dit Hof vragen van uitleg van de Een-vormige Beneluxwet op de werken (hierna: BMW) worden gesteld;

Ten aanzien van de feiten:

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

(1) De N.V. H. die houder is van het merk Val, heeft bij dagvaarding van 2 september 1992 een vordering tot stop-zetting ingesteld tegen het gebruik sedert 1992 door de N.V. SGGSB van de tekens Valvert en Valver voor het verhandelen van identieke waren, zijnde drinkwater en limonades, omdat zij gelijkenissen met het merk Val vertoonden die voldoende overeenstemmend waren om een associatiegevaar tussen merk en tekens te doen ontstaan. De N.V. H. liet deze vordering steunen op art. 13.A, aanhef en onder 1, BMW (oud), dat de merkhouders toelaat zich op grond van zijn uitsluitend recht te verzetten tegen elk gebruik dat van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren.

(2) Het Hof van Beroep te Brussel heeft bij arrest van 15 december 1994 het vonnis van de eerste rechter bevestigd, dat de vordering had verworpen, op grond dat er geen voldoende gelijkenis is om associatiegevaar te doen ontstaan tussen het merk Val en de tekens Valvert en Valver.

(3) De N.V. H. heeft tegen deze beslissing cassatieberoep ingesteld wegens schending van voormeld art. 13.A, aanhef en onder 1, BMW (oud). De voorziening in cassatie doet gelden dat bij de beoordeling van de vraag of de merkhouders zich op grond van die bepaling kan verzetten tegen het gebruik van een overeenstemmend teken door een derde, het voldoende is dat merk en aangevochten teken op visueel, auditief of begripmatig vlak in zijn geheel of afzonderlijk op elk vlak een zodanige gelijkenis vertonen dat de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd, associaties tussen het teken en het merk worden gewekt.

3. Overwegende dat het Hof van Cassatie de navolgende vragen van uitleg van de BMW heeft gesteld:

1. Moet art. 13.A, aanhef en onder 1, BMW vóór de wijziging bij het Protocol van 2 december 1992, aldus worden uitgelegd dat de merkhouders zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten tegen het gebruik voor waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren, van een teken dat zodanige gelijkenissen vertoont met het merk dat reeds daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd, associaties tussen het teken en het merk worden gewekt?

2. Indien het antwoord op deze vraag ontkennend is:

a. Moet dit artikel dan aldus worden uitgelegd dat de houder van het merk in de voorengenoemde omstandigheden zich slechts kan verzetten tegen het gebruik waarvan sprake, indien daardoor verwarring kan ontstaan?

b. moet het begrip «verwarring» worden begrepen in de zin dat gevaar voor verwarring niet reeds aanwezig kan

worden geacht, indien het publiek twee merken wegens hun overeenstemmende begripsinhoud met elkaar zou kunnen associëren?

3. In beide gevallen, moet dit artikel aldus worden uitgelegd dat de associatie respectievelijk de verwarring moet bestaan bij een betekenisvol deel van het publiek, of is het voldoende dat de verwarring respectievelijk associatie zou kunnen ontstaan bij een consument met gemiddelde aandacht of nog bij enige andere persoon die in contact zou komen met het merk?

...

Ten aanzien van het recht:

Ten aanzien van alle vragen

7. Overwegende dat de vragen betrekking hebben op het bepaalde in art. 13 A, aanhef en onder 1, BMW, zoals die bepaling luidde vóór de inwerkingtreding op 1 januari 1996 van het Protocol van 2 december 1992 houdende wijziging van de BMW, welk Protocol strekt tot aanpassing van de BMW aan de Eerste Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (89/104/EEG), hierna kortweg aan te duiden als «de Richtlijn»;

8. dat blijkens het verwijzingsarrest het Hof van Cassatie wenst te vernemen hoe voormelde bepaling van art. 13 A dient te worden begrepen, gelet op de tekst van art. 5, eerste lid, aanhef en onder b, van de Richtlijn en op de uitlegging die het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) eraan heeft gegeven;

9. Overwegende dat art. 16, eerste lid, van de Richtlijn bepaalt dat de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden om uiterlijk op 28 december 1991 aan de Richtlijn te voldoen, maar dat op grond van het tweede lid van dat artikel de Raad die datum heeft uitgesteld tot uiterlijk 31 december 1992;

10. dat evenwel het hiervoor onder 7 genoemde Protocol eerst op 1 januari 1996 in werking is getreden;

11. Overwegende dat het Hof in zijn arrest van 20 mei 1983, nr. A 82/5 inzake het merk Union (*Jur.*, 1983, p. 36) heeft beslist dat het woord «overeenstemmend» in de artikelen 3, 13 A en 14 B (oud) aldus moet worden uitgelegd dat van overeenstemming tussen een merk en een teken sprake is wanneer – mede gezien de bijzonderheden van het gegeven geval, en met name de onderscheidende kracht van het merk – merk en teken, elk in zijn geheel en in onderling verband beschouwt, auditief, visueel of begripmatig zodanige gelijkenissen vertonen dat reeds daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd, associaties tussen het teken en het merk worden gewekt;

12. dat de in dit arrest gegeven uitleg niet in overeenstemming is met de Richtlijn, in het bijzonder niet met art. 5, eerste lid, aanhef en onder b, zoals uitgelegd door het HvJEG in zijn arrest van 11 november 1997, nr. C-251/95, *Jur.*, 1997, p. I-6191 inzake het merk Sabel;

13. Overwegende dat uit het arrest van het Hof van Cassatie blijkt dat de feiten in deze zaak zich hebben voorgedaan zowel vóór als na 31 december 1992, alsmede

dat de gevorderde stopzetting mede betrekking heeft op de periode vanaf 1 januari 1996;

14. dat daarom in de eerste plaats moet worden vastgesteld of en in hoeverre bij de beantwoording van de door het Hof van Cassatie gestelde vragen van toepassing is het recht neergelegd in de voorheen geldende wet zoals het Hof deze heeft uitgelegd in het hiervoor onder 11 genoemde arrest van 20 mei 1983, dan wel het recht dat geldt op grond van de Richtlijn zoals die door het HvJEG is uitgelegd in het hiervoor onder 12 genoemde arrest van 11 november 1997;

15. Overwegende dat, gelet op het algemeen beginsel van de rechtszekerheid, moet worden aanvaard dat gedurende de tijd dat de lidstaten niet verplicht waren om hun wetgeving aan te passen aan de Richtlijn en dit ook niet hadden gedaan – derhalve tot 31 december 1992 – het recht moet worden toegepast zoals dit toen, ongeacht de Richtlijn, volgens de nationale wetgeving en jurisprudentie gold;

16. Overwegende dat voor zover de feiten zich hebben voorgedaan na het verstrijken van de omzettingstermijn van de Richtlijn – dus na 31 december 1992 – de dan geldende nationale wetgeving zoveel mogelijk conform de Richtlijn moet worden uitgelegd, ook al is niet voldaan aan het voorschrift dat de wetgeving in overeenstemming met de Richtlijn moet zijn gebracht;

17. dat, aangezien de bewoordingen van art. 13 A (oud) geen belemmering vormen om dit artikel uit te leggen in overeenstemming met art. 5 van de Richtlijn, het hiervoor overwogene meebrengt dat voor de periode na 31 december 1992 het meergenoemde arrest van het Hof van 20 mei 1983 niet langer als richtinggevend voor de uitleg van art. 13 A (oud) kan dienen, maar dat dit artikel moet worden uitgelegd conform art. 5 van de Richtlijn, zoals uitgelegd door het HvJEG in onder meer diens arrest van 11 november 1997;

Ten aanzien van de eerste en de tweede vraag:

18. Overwegende dat art. 5, eerste lid, aanhef en onder b, van de Richtlijn de merkhouders toestaat het gebruik van een met het merk overeenstemmend teken in de door die bepaling gegeven omstandigheden te verbieden, «indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende het gevaar van associatie met het merk»;

19. dat blijkens de uitlegging die het HvJEG van dit criterium heeft gegeven (het onder 12 genoemde arrest van 11 november 1997 en dat van 29 september 1998, nr. C-39/97, *Jur.*, 1998, p. I-5507 inzake het merk Canon), het gevaar voor verwarring niet reeds aanwezig kan worden geacht indien het publiek twee merken wegens hun overeenstemmende begripsinhoud met elkaar zou kunnen associëren;

20. Overwegende dat uit het vorenstaande volgt, enerzijds dat de merkhouders zich op grond van art. 13 A, aanhef en onder 1, BMW, uitgelegd in het licht van de bewoordingen en het doel van de Richtlijn, tegen het gebruik dat van een met zijn merk overeenstemmend teken wordt gemaakt, slechts kan verzetten indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, anderzijds dat het gevaar voor verwarring niet reeds aanwezig kan worden geacht, indien het publiek twee merken wegens hun overeenstemmende begripsinhoud met elkaar zou kunnen associëren;

Ten aanzien van de derde vraag:

21. Overwegende dat die vraag betrekking heeft op het associatiegevaar wat de periode voor 31 december 1992 betreft, en op het verwarringsgevaar voor de periode na 31 december 1992;

22. Overwegende dat het publiek bij wie gevaar voor associatie, respectievelijk verwarring van het overeenstemmende teken met het merk kan ontstaan, het publiek is dat met het teken wordt geconfronteerd;

23. dat voor de beoordeling van dat gevaar mede moet worden uitgegaan van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument van de betrokken soort producten (arrest van het HvJEG van 22 juni 1999, nr. C-342/97, *Jur.*, 1999, p. I-3819 inzake het merk Loint's);

...

Verklaart voor recht:

Ten aanzien van de eerste en de tweede vraag tezamen:

28. Voor zover de feiten zich hebben voorgedaan vóór 31 december 1992 moet art. 13 A, aanhef en onder 1 (oud) BMW aldus worden uitgelegd dat van overeenstemming tussen een merk en een teken sprake is wanneer – mede gezien de bijzonderheden van het gegeven geval, en met name de onderscheidende kracht van het merk – merk en teken, elk in zijn geheel en in onderling verband beschouwd, auditief, visueel of begripsmatig zodanige gelijkenis vertonen dat reeds daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij iemand die met het teken wordt geconfronteerd associaties tussen het teken en het merk worden gewekt;

29. Voor zover de feiten zich hebben voorgedaan na 31 december 1992 moet, in het licht van art. 5, eerste lid, aanhef en onder b, van de Eerste Richtlijn van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (89/104/EEG), art. 13 A, aanhef en onder 1 (oud) BMW aldus worden uitgelegd:

a) dat de merkhouders zich op grond van zijn uitsluitend recht tegen het gebruik van een met het merk overeenstemmend teken voor waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren, slechts kan verzetten indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende de mogelijkheid van associatie met het oudere merk;

b) dat het gevaar voor verwarring niet reeds aanwezig kan worden geacht, indien het publiek twee merken wegens hun overeenstemmende begripsinhoud met elkaar zou kunnen associëren;

Ten aanzien van de derde vraag:

30. Art. 13 A, aanhef en onder 1, BMW moet, zowel vóór als na 31 december 1992, aldus worden uitgelegd dat er van gevaar voor associatie, respectievelijk verwarring sprake is zo dit gevaar aanwezig kan worden geacht bij de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument van de betrokken waren of diensten.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 12 MAART 1999

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Waüters

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler

Onrechtmatige overheidsdaad – Openbare wegen – Beoordeling van eventuele fout van gemeente met inachtneming van de kennis van de plaatselijke toestand door de weggebruiker – Onwettig

Wanneer de openbare overheid tekortschiet in de nakoming van haar verplichting slechts wegen aan te leggen en voor het verkeer open te stellen die voldoende veilig zijn, komt haar aansprakelijkheid in het gedrang en dient zij in te staan voor de schade die daardoor wordt veroorzaakt, ook al was de getroffen weggebruiker op de hoogte van de plaatselijke toestand.

De rechter die de eventuele fout van een gemeente die een gebrekkige weg voor het verkeer heeft opengesteld, beoordeelt met inachtneming van de kennis van de toestand door de weggebruiker, schendt art. 1382-1383 B.W.

R. t/ Stad Menen

Gelet op het bestreden arrest op 24 oktober 1997 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

Over het middel, gesteld als volgt:

schending van art. 149 van de Grondwet, 1319, 1320, 1322, 1382 en 1382 B.W.,

doordat het bestreden arrest van hervorming de oorspronkelijke vordering in schadevergoeding van eiser afwijst als zijnde ongegrond, op de gronden (...); dat het niet wordt betwist dat eiser vlakbij de plaats van het ongeval woont, zodat hij de staat van het fietspad zeer goed gekend moet hebben; dat de staat van de weg overigens – mogelijk enkele meters voorbij de plaats van het ongeval – gesignaleerd werd door het gevaarsbord A 51 met onderbord «1000 m» weg in slechte staat; dat uit de door eiser overgelegde foto's, waarop het fietspad uiterst rechts gesitueerd moet worden, weliswaar blijkt dat dit fietspad niet in goede staat verkeerde, maar ook dat het voor een normaal voorzichtig fietser, geplaatst in dezelfde omstandigheden, mogelijk moet geweest zijn de oneffenheden in het fietspad te vermijden; dat daarbij de voorkennis van eiser nopens de staat van het fietspad en de aanwezigheid van het gevaarsbord A 51 belangrijk zijn; dat, door geen of onvoldoende aandacht te bieden aan het wegdek, waarvan hij de gebreken kende of moest kennen, eiser een onvoorzichtigheid beging die elke mogelijke fout van verweerster, in causaal verband met het ongeval en de schade, doorbrak,

terwijl, (...)

derde onderdeel, door te verwijzen naar (1) het feit dat eiser de staat van het fietspad «zeer goed gekend moet hebben» (2) de «voorkennis» van eiser nopens de staat van het fietspad en (3) het feit dat eiser de gebreken aan het wegdek «kende of moest kennen» om uiteindelijk te be-

sluiten dat verweerster geen fout beging – het bestreden arrest klaarblijkelijk geoordeeld heeft dat, bij de beoordeling van de fout van verweerster, hoe dan ook rekening diende te worden gehouden met de omstandigheid dat eiser of de hoogte was van de staat van het fietspad waarop hij ten val is gekomen; dat deze beslissing niet naar recht verantwoord is, aangezien de slechte staat van het fietspad – ongeacht of deze verborgen dan wel een zichtbaar abnormaal gevaar vormt – verweerster, als gemeentelijke overheid, tot volledig herstel van de schade van eiser kan verplichten, ook al wist eiser in welke toestand het door hem gevolgde fietspad zich in casu bevond (schending van de art. 1382 en 1382 B.W.),

...

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat de openbare overheid verplicht is slechts wegen aan te leggen en voor het verkeer open te stellen, die voldoende veilig zijn; dat zij, uitgezonderd wanneer een vreemde oorzaak die haar niet kan worden aangerekend, haar belet de op haar rustende beveiligingsplicht na te komen, door gepaste maatregelen ieder abnormaal gevaar, ongeacht of het verborgen dan wel zichtbaar is, moet voorkomen;

Dat wanneer zij aan die verplichting tekortkomt, haar aansprakelijkheid in het gedrang komt en zij dient in te staan voor de schade die daardoor wordt veroorzaakt, ook al was de getroffen weggebruiker van de plaatselijke toestand op de hoogte;

Overwegende dat het arrest de eventuele fout van verweerster die een gebrekkige weg voor het verkeer heeft opengesteld beoordeelt met inachtneming van de kennis van de toestand door de weggebruiker; dat het arrest aldus art. 1382 en 1383 B.W. schendt;

Dat het onderdeel gegrond is;

...

NOOT – Zie in dezelfde zin: Cass., 21 oktober 1993, Arr. Cass., 1993, 867.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 21 DECEMBER 2000

Voorzitter: de h. Verheyden

Rapporteur: de h. Echement

Openbaar ministerie: de h. Werquin

Advocaat: mr. Draps

Scheiding van tafel en bed – Op grond van feitelijke scheiding – Hulpverplichting – Weerlegging schuldvermoeden – Analogie met echtscheiding op zelfde grond

Tenzij de wet het anders bepaalt, is de scheiding van tafel en bed aan dezelfde regelen onderworpen als de op dezelfde oorzaak gegronde echtscheiding. Dat is zo wat betreft de weerlegging van het vermoeden van schuld aan het ontstaan en het voortduren van de feitelijke scheiding.

G. t/ S.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 februari 1999 gewezen door het Hof van Beroep te Luik;

...

Overwegende dat luidens art. 1305, eerste lid, Ger. W., in de gevallen waarin de echtgenoten echtscheiding op grond van bepaalde feiten kunnen vorderen, het hun eveneens vrij staat een vordering tot scheiding van tafel en bed in te stellen;

Overwegende dat uit het door de wetgever gewilde parallelisme tussen de echtscheiding en de scheiding van tafel en bed voortvloeit dat, tenzij de wet het anders bepaalt, de scheiding van tafel en bed aan dezelfde regelen is onderworpen als de op dezelfde oorzaak gegronde echtscheiding;

Overwegende dat art. 306 B.W. bepaalt dat de echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt op grond van een feitelijke scheiding van meer dan vijf jaar, geacht wordt de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken, maar dat de rechtbank er anders over kan beslissen indien de eisende echtgenoot het bewijs levert dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot;

Overwegende dat de eisende echtgenoot het bewijs moet leveren dat de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot de scheiding hebben veroorzaakt en tevens ertoe bijgedragen hebben die scheiding meer dan vijf jaar te doen voortduren;

Overwegende dat het arrest aan de in het middel weergegeven overwegingen toevoegt, in verband met de weerlegging van het vermoeden dat de scheiding aan verweerster te wijten is omdat zij de vordering tot scheiding van tafel en bed heeft ingesteld, «dat de gegevens die tijdens het onderzoek verzameld werden voldoende aantonen dat (eiser) zich jegens zijn gezinsleden autoritair en gewelddadig gedroeg, zowel in zijn bewoordingen als soms zelfs in daden, wanneer hij de beslissingen die hij eenzijdig nam, probeerde op te dringen aan de hand van bekrompen en tergende maatregelen, zodat na een bepaalde tijd (...) de sfeer in het gezin zo ondraaglijk werd dat (verweerster) psychologisch gezien verplicht was de echtelijke woning te verlaten»; dat het arrest, na de redenen te hebben uiteengezet waarom de scheiding uitsluitend aan eiser te wijten is, beslist dat uit de vastgestelde gegevens blijkt «dat het begin en het voortduren van de scheiding (aan eiser) te wijten zijn»;

Overwegende dat het arrest aldus oordeelt dat de fouten en tekortkomingen waaraan de scheiding te wijten is, tevens ertoe hebben bijgedragen die scheiding meer dan vijf jaar te doen voortduren;

Overwegende dat het hof van beroep zijn beslissing regelmatig met redenen omkleedt en zijn beslissing naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 16 FEBRUARI 2001

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Waüters

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Vonnissen en arresten – Uitspraak – Strafrechtelijke vrijspraak – Geen uitspraak over de burgerlijke vordering – Gevolg

De rechter die op strafgebied de beklaagde vrijsprekt, doet daardoor geen uitspraak over de burgerlijke vordering die voor hem is gesteld; door die uitspraak op strafgebied wijst de strafrechter niet tevens en noodzakelijk de burgerlijke vordering af die op dit misdrijf is gebaseerd.

R. t/ C., C. en B.

Gelet op het bestreden vonnis, op 2 december 1997 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde;

Over het middel, gesteld als volgt:

schending van art. 23 tot en met 28 Ger. W., 3 en 4, eerste lid, van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel Sv., 159, 161, 189, 202, 203 Sv. en van het algemeen rechtsbeginsel van het rechterlijk gewijsde in strafzaken, ...

terwijl eiser n.a.v. een verkeersongeval dat zich op 2 december 1989 te Vlierzele had voorgedaan, samen met Ph.M. voor de Correctionele Rechtbank te Dendermonde werd gedagvaard wegens het onopzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen aan o.m. eerste en tweede verweersters; te dezen tussen partijen niet werd betwist – en door de verweersters zelfs uitdrukkelijk werd aangevoerd – dat verscheidene benadeelden, onder wie de verweersters, zich zowel tegen eiser als tegen M. burgerlijke partij hadden gesteld; voorts vaststaat dat de Correctionele Rechtbank te Dendermonde bij vonnis van 8 januari 1992 oordeelde dat uitsluitend M. verantwoordelijk was voor het ongeval en eiser dientengevolge vrijsprak; tegen dit vonnis hoger beroep werd ingesteld door M. en door het openbaar ministerie, alsook door enkele burgerlijke partijen, maar niet door de verweersters, die zulks uitdrukkelijk bevestigden in de procedure die leidde tot het thans bestreden vonnis; de appèlrechters in het bestreden vonnis dienaangaande opmerkten dat de omstandigheid «(d)at de burgerlijke partijen (te dezen de verweersters), na vrijspraak van (eiser), geen hoger beroep instelden, (...) de rechter in hoger beroep niet (kan) beletten zich op het hoger beroep van het openbaar ministerie, over de strafvordering uit te spreken; het Hof van Beroep te Gent m.b.t. de tegen het vonnis van 8 januari 1992 ingestelde hogere beroepen bij arrest van 3 november 1993 oordeelde dat uitsluitend eiser aansprakelijk was voor het ongeval, eiser bijgevolg op strafgebied veroordeelde en hierbij stelde dat eiser de door het ongeval ontstane schade diende te vergoeden; het hof van beroep eiser aldus veroordeelde tot het betalen van diverse schadevergoedingen aan de burgerlijke partijen, met uitzondering evenwel van de verweersters, omdat het hof van beroep m.b.t. de burgerlijke vorderingen van verweersters oordeelde dat «(d)oor de eerste rechter (...) niet werd beslist nopens hun vordering tegenover (eiser)» en dat er «(t)erzake (...) geen hoger beroep (is) van (eiser), noch deze burgerlijke partijen, zodat omtrent deze vordering niet moet worden beslist»; verweersters in de procedure die leidde tot het thans bestreden vonnis eiser op grond van het arrest van 3 november 1993 dagvaardden

voor de Politie rechtbank te Aalst, zitting houdende in burgerlijke zaken, teneinde eiser te horen veroordelen tot de vergoeding van de schade die zij door het ongeval hadden geleden, hierbij enerzijds aanvoerend dat eiser in dit arrest definitief was veroordeeld en anderzijds benadrukkend dat hun burgerlijke vorderingen noch in het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Dendermonde noch in het arrest van het hof van beroep aan bod waren gekomen; de strafrechter die beslist dat het aan de beklaagde ten laste gelegde misdrijf niet bewezen is en deze beklaagde dientengevolge vrijspreekt, noodzakelijk tevens beslist dat de burgerlijke vordering die op dit misdrijf is gebaseerd, niet kan worden ingewilligd; eiser ten deze door de correctionele rechtbank in het vonnis van 8 januari 1992 werd vrijgesproken en de correctionele rechtbank de burgerlijke vorderingen die de verweersters als burgerlijke partijen tegen eiser hadden ingesteld, niet inwilligde;

De burgerlijke partij die nalaat hoger beroep in te stellen tegen het vonnis dat de beklaagde van het aan haar burgerlijke vordering ten grondslag liggend misdrijf vrijspreekt, definitief gebonden is door deze vrijpraak en ook in de hypothese dat die vrijpraak op het hoger beroep van het openbaar ministerie of van een of meer andere burgerlijke partijen door een veroordeling wordt vervangen, achteraf in een burgerlijk proces niet meer vermag aan te voeren dat de feiten bewezen zijn, noch op die veroordeling een nieuwe vordering vermag te steunen tot herstel van de schade die haar door dat misdrijf zou zijn veroorzaakt; ten deze vaststaat dat eiser werd vrijgesproken door de correctionele rechtbank in het vonnis van 8 januari 1992 en de verweersters, die zich tegen eiser burgerlijke partij hadden gesteld, geen hoger beroep tegen dit vonnis instelden;

De omstandigheid dat het openbaar ministerie, en de beklaagde M., alsook enkele andere burgerlijke partijen hoger beroep tegen dit vonnis instelden en het hof van beroep in het arrest van 3 november 1993 eiser schuldig verklaarde aan het ten laste gelegde misdrijf, geen afbreuk doet aan het feit dat de burgerlijke vordering van de verweersters tegen eiser door de correctionele rechtbank niet werd ingewilligd, omdat deze rechtbank oordeelde dat eiser het hem ten laste gelegde misdrijf niet had begaan en dientengevolge diende te worden vrijgesproken; deze laatste beslissing (...) definitief is in de verhouding tussen eiser en de verweersters, die tegen het vonnis van 8 januari 1992 geen hoger beroep hadden ingesteld;

De appèlrechters, door in het bestreden vonnis de vorderingen van de verweersters ontvankelijk en gegrond te verklaren, zowel het gezag van het gewijsde van het vonnis van 8 januari 1992 miskennen als het gezag van het gewijsde van het arrest van november 1993, nl. door enerzijds te oordelen dat de verweersters niet gebonden zijn door de vrijpraak van eiser in het vonnis van 8 januari 1992, en door anderzijds te oordelen dat de verweersters zich kunnen beroepen op de veroordeling van eiser in het arrest van 3 november 1993,

zodat de appèlrechters, door zich niet gebonden te achten door de vrijpraak van eiser in het vonnis van 8 januari 1992, de vorderingen van de verweersters ten onrechte ontvankelijk en gegrond verklaren (schending van art. 23 tot en

met 28 Ger. W., 3 en 4, eerste lid, van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel Sv., 159, 161, 189, 202, 203 Sv. en van het algemeen rechtsbeginsel van het rechterlijk gewijsde in strafzaken),

Overwegende dat de rechter die op strafgebied uitspraak doet en de beklaagde vrijspreekt, daardoor geen uitspraak doet over de burgerlijke vordering die voor hem is gesteld;

Dat die rechter door die uitspraak op strafgebied niet tevens en noodzakelijk die op dit misdrijf gebaseerde burgerlijke vordering afwijst;

Dat het middel in zoverre faalt naar recht;

NOOT – *Vergeten te beslissen*

1. Vergissingen van rechters kunnen niet altijd worden hersteld. Op verkeerde beoordelingen wordt in de regel niet teruggekomen, tenzij via de wettelijke rechtsmiddelen. Een ambtshalve ingediend genadeverzoek kan in strafzaken ook al eens een vergissing enigszins goedmaken.

2. Verschrijvingen of misrekeningen in een uitspraak kunnen achteraf door de rechter worden *verbeterd* (art. 794 Ger. W.). Onduidelijke of dubbelzinnige beslissingen kunnen door de rechter worden *uitgelegd* (art. 793 Ger. W.). Zolang de procedure verder loopt, gebeurt de interpretatie door het gerecht waar de zaak aanhangig is, eventueel door het Hof van Cassatie in geval van voorziening of van een verzoek om regeling van rechtsgebied (b.v. Cass., 21 december 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, nr. 218; Cass., 7 juni 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 604). Zo zal het Hof van Cassatie beslissen dat een zinsnede in een verwijzingsbeschikking «Zegt dat er geen reden tot vervolging is tegen die verdachte» – die overigens het voorwerp uitmaakte van een niet goedgekeurde doorhaling – uit een evidente verschrijving voortspuit, zodat die verdachte wel degelijk naar het vonnisgerecht verwezen was (Cass., 3 september 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 6).

3. De rechtspleging tot uitlegging of tot verbetering kan niet dienen om de in de beslissing bevestigde rechten uit te breiden, te beperken of te wijzigen (Cass., 25 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 697, met noot P.M.; Cass., 3 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 293; Cass., 21 december 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 449; Cass., 3 oktober en 8 december 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, nrs. 70 en 232; Cass., 20 oktober 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 550; Cass., 7 juni 2000, *Arr. Cass.*, 2000, nr. 347), ook al zouden die rechten als zodanig onwettig zijn (Cass., 17 november 1997, *Arr. Cass.*, 1997, nr. 482). De procedure tot verbetering kan niet worden gebruikt om in werkelijkheid de veroordeling uit te breiden tot een andere partij (Cass., 12 maart 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, nr. 369).

4. Voor het *Hof van Cassatie* is een verschrijving in de bestreden beslissing geen reden tot cassatie (Cass., 30 september 1996, *Arr. Cass.*, 1996, nr. 337). Het Hof verbetert zelf de verschrijving (Cass., 4 en 25 april 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, nrs. 450 en 491; Cass., 3 oktober 1996, *Arr. Cass.*, 1996, nr. 360). Het constateert dat het cassatiemiddel, dat na die rechtzetting op een schijnbare maar onjuiste lezing van de bestreden beslissing blijkt te berusten, feitelijke grondslag mist (Cass., 4 januari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 498; Cass., 22 september 1982 en 20 april 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83,

nrs. 56 en 455; Cass., 13 juni 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, nr. 589; Cass., 16 april 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 481; Cass., 4 februari en 27 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, nrs. 354 en 593; Cass., 16 september 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 33; Cass., 18 september 1995, *Arr. Cass.*, 1995, nr. 386; Cass., 6 oktober 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 515). Soms werd een middel in een dergelijk geval onontvankelijk verklaard (Cass., 9 september 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 47; Cass., 22 februari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 679; Cass., 29 maart 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, nr. 441; Cass., 23 september 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 43, 105), maar dat lijkt wel niet de juiste formule te zijn om het middel te verwerpen. In enkele gevallen gebruikt het Hof een meer neutrale formule en zegt het dat het middel niet kan worden aangenomen (Cass., 29 mei 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, nr. 552; Cass., 8 januari 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 281; Cass., 18 april 2000, *Arr. Cass.*, 2000, nr. 261).

5. In een procedure tot regeling van rechtsgebied stelde het Hof van Cassatie vast dat de raadkamer bij het correctionaliseren van een misdaad verzachtende omstandigheden had aangenomen spruitende uit vorige criminele veroordelingen; het nam aan dat deze zinloze motivering moest worden gelezen als «afwezigheid van criminele veroordelingen», zodat het vonnisgerecht, door het niet rechtzetten van die verschrijving, zich ten onrechte onbevoegd had verklaard (Cass., 23 maart 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 172).

6. Soms wordt het Hof van Cassatie ertoe gebracht verschrijvingen te herstellen die het in een van zijn eigen vroeger uitgesproken arresten ontdekt (Cass., 27 februari 1985, AR 4167, *onuitg.*; Cass., 16 december 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 264; Cass., 3 april 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 466; Cass., 14 juni 1990, twee arresten, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 596; Cass., 21 april 1994, *Arr. Cass.*, 1994, nr. 191; Cass., 24 maart 2000, *Arr. Cass.*, 2000, nr. 201).

7. In geval van cassatie met verwijzing moet de verwijzingsrechter wel de grenzen van zijn saisine bepalen, onder de eventuele controle van het Hof van Cassatie (Cass., 14 februari 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, nr. 320). Hij zal zijn onderzoek dus moeten beperken tot wat tot de omvang van de cassatie behoort, met inbegrip van de niet onderscheiden dispositieven en de beslissingen die het gevolg zijn van de gecasseerde beslissing (Cass., 21 september 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, nr. 624). Maar in principe behoort het niet de verwijzingsrechter het cassatiearrest te interpreteren (Cass., 8 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 427). Het Hof van Cassatie interpreteert zelf waar het behoort zijn eigen arresten (Cass., 11 september 1996, *Arr. Cass.*, 1996, nr. 304). Het mag bij die gelegenheid het gezag van gewijsde van het geïnterpreteerde arrest niet schenden; dat doet het niet wanneer het enkel een dubbelzinnigheid uit de weg ruimt door een rechtsgevolg te preciseren dat uit het arrest voortvloeit (Cass., 20 oktober 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 550).

8. Naast deze verschrijvingen en dubbelzinnigheden die respectievelijk verbetering of uitlegging vragen, heeft men gevallen waarin een rechter gewoon *vergeet of verzuimt* uitspraak te doen. Hier is er een hemelsbreed verschil tussen een vergetelheid in de uitspraak en het eenvoudig geen uitspraak doen over een bepaalde strafrechtelijke of civielrechtelijke vordering. In het eerste geval kan het verzuim een onwettigheid opleveren die tot cassatie kan leiden; in het

tweede geval blijft de vordering, bij gebrek aan uitspraak, bij de rechter aanhangig.

Weliswaar bepaalt geen enkele wettekst op welke plaats en in welke vorm een rechter moet uitdrukken wat hij over de hem voorgelegde betwisting beslist; de gewone plaats is het dispositief, maar de beslissing kan ook verscholen zitten in de redenen van het vonnis of arrest (Cass., 31 oktober 1990 en 20 maart 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, nrs. 119 en 387; Cass., 20 oktober 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 553; Cass., 29 maart 2001, AR C 2000.361 F).

Hoe dan ook, de beslissing moet op een of andere manier *uitgedrukt* worden. Zo moet een verbeurdverklaring niet alleen verantwoord maar ook ondubbelzinnig uitgesproken worden (Cass., 31 oktober 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, nr. 119). Vergeet de rechter die uit te spreken, dan kan hij dat later niet meer met een aanvullende beslissing (Cass., 3 november 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 139 met noot). Een veroordeling tot een geldboete moet het toegepaste aantal opdecimen vermelden, alsook het uit die verhoging voortvloeiende cijfer (Cass., 9 november 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 596). Er werd wel aangenomen dat een rechter die een straf met uitstel uitspreekt in een latere beslissing de duur van het uitstel zou bepalen (Cass., 4 maart 1998, *Arr. Cass.*, 1998, nr. 122). Het is misschien raadzaam dit niet als een aanvullende maar als een interpretatieve beslissing te beschouwen.

In een recent geval werd impliciet beslist dat de cassatie van het dictum over de opdecimen zonder verwijzing gebeurt als de toepasselijke opdecimen met zekerheid kunnen worden bepaald op grond van de vaststellingen van het vernietigde arrest (Cass., 21 maart 2001, AR P.2000.1626 F). Dat lijkt moeilijk te verzoenen met de algemeen aangenomen principes.

9. In ingewikkelde zaken kan het gebeuren dat het *onderzoeksgerecht* verzuimt uitspraak te doen over een of ander feit, aan een of andere verdachte ten laste gelegd. Men heeft dan ooit zijn heil gezocht in een hoger beroep, vroeger verzet geheten, om een uitspraak van de kamer van inbeschuldigingstelling te verkrijgen over een veronachtzaamde vervolging (K.I. Brussel, 6 april 1971, onuitgegeven, vermeld in Cass., 21 juni 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 1065). Dat heeft eigenlijk geen zin, omdat een rechtsmiddel moeilijk het onbestaande als voorwerp kan hebben, ondanks de dubbelzinnige termen van art. 1138, 3^o, Ger. W., dat men er soms bij haalt. Bovendien is er geen oplossing als de termijn voor hoger beroep voorbij is. Juister is te constateren dat de onderzoeksrechter met het onderzoek belast blijft in zoverre de raadkamer over een bepaald feit of over een bepaalde verdachte geen uitspraak deed; een latere beslissing van de raadkamer wordt dan verwacht, volgens het geval na een aanvullend verslag van de onderzoeksrechter en/of een aanvullende vordering van het openbaar ministerie (Cass., 10 augustus 1998, *Arr. Cass.*, 1998, nr. 365, *R.D.P.*, 1999, 103; K.I. Gent, 12 december 1995, *R.W.*, 1996-87, 129 met noot M. Gelders, «Over de partiële beschikking van de raadkamer»).

10. Helemaal verschillend is de hypothese waarin de raadkamer in de beschikking van verwijzing verzuimt verzachtende omstandigheden te vermelden om een correctionalisatie te verantwoorden. Die vergetelheid kan de raadkamer niet met een volgende beschikking goedmaken (Cass., 14 juni 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1142; Cass., 20 juni

2000, *Arr. Cass.*, 2000, nr. 386; zie ook *Cass.*, 30 juni 1947, *Pas.*, 1947, I, 307).

11. Een aanvullende beslissing kan ook nodig blijken na een cassatieprocedure (zie S. Van Overbeke, «Het Hof van Cassatie als rechter over zijn eigen arresten», in *Rec. Cass.*, 2001, p. 1-22, nr. 38). Het kan zijn dat het Hof van Cassatie zich niet heeft uitgesproken over een bepaalde voorziening of over een bepaald punt van een voorziening. Dan moet het Hof in een later arrest zijn rechtsmacht uitputten, zo nodig na heropening van de debatten (*Cass.*, 1 december 1993, *Arr. Cass.*, 1993, nr. 492, met noot). In een paar gevallen had het Hof uitspraak gedaan over de voorziening van de beklaagde t.o.v. één burgerlijke partij, maar niet t.o.v. een andere burgerlijke partij (*Cass.*, 27 februari 1950, *Pas.*, 1950, I, 459; *Cass.*, 25 januari 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, nr. 303); cassatie werd in een later arrest uitgesproken t.o.v. de tweede burgerlijke partij. In een ander geval was er een cassatieberoep tegen de onmiddellijke aanhouding en een tweede cassatieberoep tegen de veroordeling zelf. Het Hof had uitspraak gedaan over de eerste voorziening, niet over de tweede. Dat gebeurde dan in een aanvullend arrest, waarbij het Hof zonder enige noodzaak de bedenkelijke en overigens nutteloze formule gebruikte dat het eerste arrest ingetrokken wordt in zoverre het geen uitspraak doet over de tweede voorziening (*Cass.*, 11 september 1996, *Arr. Cass.*, 1996, nr. 304).

12. In het hierboven gepubliceerde arrest is er sprake van een vonnis waardoor een beklaagde op strafgebied wordt vrijgesproken, terwijl over de tegen hem ingestelde burgerlijke rechtsvorderingen eenvoudig geen uitspraak wordt gedaan. Was dat geen impliciete maar zekere afwijzing van die rechtsvorderingen? Op die vraag antwoordt het Hof van Cassatie ontkennend.

13. Weliswaar bestaat er een sterke band tussen de uitspraak op strafgebied en de uitspraak op burgerlijk gebied. De strafrechter kan immers de rechtsvordering van de burgerlijke partij enkel inwilligen indien hij vaststelt dat de schade het gevolg is van een misdrijf dat hij bewezen verklaart (*Cass.*, 26 september 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, nr. 40; *Cass.*, 21 juni 2000, *Arr. Cass.*, 2000, nr. 388). Gelet op de theorie van de identiteit van strafrechtelijke en burgerlijke fout, zou de rechter zichzelf tegenspreken indien hij de beklaagde voor onopzettelijke slagen vrijspreekt en de burgerlijke fout van art. 1383 B.W. wel bewezen verklaart (*Cass.*, 19 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 376).

14. Daarmee is nog niet gezegd dat een vrijspraak op strafgebied altijd, in alle omstandigheden en noodzakelijk de afwijzing van de burgerlijke rechtsvordering meebrengt. Er zijn gevallen waarin de strafrechter, al spreekt hij vrij voor het feit van de telastlegging, toch een veroordeling op burgerlijk gebied uitspreekt. Vooral in verkeerszaken is het gevaar van verwarring van de fouten zeer reëel (b.v. *Cass.*, 13 februari en 16 april 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, nrs. 354 en 483). Het gebeurt zelfs dat het Hof van Cassatie, bij het casseren van de burgerlijke veroordeling op grond van een aan het feit van de telastlegging vreemde fout, de cassatie met verwijzing uitspreekt en aldus de verwijzingsrechter als het ware uitnodigt op het verkeerde pad voort te gaan (*Cass.*, 9 april 1991, *Arr. Cass.*, nr. 418; R. Declercq, «De rechtsmacht van de strafrechter na cassatie», *Rec. Cass.*, 2000, p. 252-257, vooral p. 255 en voetnoot 33).

15. Het is trouwens ook niet zo evident *wat* een strafrechter met de burgerlijke rechtsvordering moet doen als hij op strafgebied de beklaagde vrijspreekt. De meeste rechters verklaren zich onbevoegd (zie *Cass.*, 13 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1050; *Cass.*, 12 april 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, nr. 435; *Cass.*, 3 maart 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 127; *T. Strafr.*, 2000, 19; *J.T.*, 1999, 533; *Cass.*, 2 februari 2000, *Arr. Cass.*, 2000, nr. 86). Dat zou betekenen dat een andere rechter voor diezelfde vordering wel bevoegd zou zijn, wat niet het geval is. Het is juist te zeggen dat de burgerlijke rechtsvordering ongegrond is (zie E.K. noot, onder *Cass.*, 25 mei 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 936; noot (E.L.) onder *Cass.*, 23 oktober 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, nr. 102; J. D'Haenens, *Belgisch Strafprocesrecht*, II, B, 29; R. Verstraeten, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen-Apeldoorn, 1999, nr. 1818; zie ook *Cass.*, 21 september 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, nr. 35). Het Hof van Cassatie heeft daar geen bezwaar tegen (*Cass.*, 20 maart 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 718).

16. Een veroordeling op burgerlijk gebied kan samengaan met een vrijspraak op strafgebied als er enkel hoger beroep was van de burgerlijke partij tegen een vonnis van vrijspraak; de definitief geworden vrijspraak in eerste aanleg verhindert niet de burgerlijke veroordeling in tweede aanleg (o.a. *Cass.*, 8 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 177; *R.W.*, 1974-75, 955; *Cass.*, 4 maart en 30 april 1997, *Arr. Cass.*, 1997, nrs. 120 en 209).

17. In sommige gevallen is de strafrechter verplicht over de ingestelde burgerlijke rechtsvordering uitspraak te doen, hoewel hij geen straf of maatregel oplegt. Dat gebeurt als de beklaagde zich in een van de door art. 1 van de Wet tot bescherming van de maatschappij bedoelde staten bevindt, maar geen gevaar voor de maatschappij meer uitmaakt (*Cass.*, 11 januari 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, nr. 273, *R.W.*, 1982-83, 2114, met conclusie van advocaat-generaal E. Liekendael) of als hij zich op het ogenblik van de feiten in staat van krankzinnigheid bevond, maar uiteindelijk op grond van art. 71 Sw. wordt vrijgesproken (*Cass.*, 1 februari 2000, *Arr. Cass.*, 2000, nr. 84; *R.W.*, 2000-2001, 493; *T. Strafr.*, 2000, 117 met noot F. Swennen, «Het lot van de burgerlijke rechtsvordering in het geval van geestesstoornis van de verdachte of beklaagde»).

Ontslag van vervolging op grond van verjaring van de strafvordering ontslaat de rechter niet van de verplichting over de tijdig ingestelde burgerlijke rechtsvordering uitspraak te doen (*Cass.*, 7 maart 1995, *Arr. Cass.*, 1995, nr. 138) of bepaalde maatregelen van burgerlijke aard te nemen, zoals het herstel van de plaats in haar vorige toestand (*Cass.*, 29 januari 1988, *R.W.*, 1987-88, 1064).

In fiscaal-strafrechtelijke zaken moet de strafrechter ook na vrijspraak uitspraak doen over de burgerlijke rechtsvordering tot betaling van ontdoken rechten (*Cass.*, 12 mei 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1131; *Cass.*, 9 september 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 15; *Cass.*, 13 september 1994, *Arr. Cass.*, 1994, nr. 373; *Cass.*, 11 februari en 25 juni 1997, *Arr. Cass.*, 1997, nrs. 77 en 301; *Cass.*, 19 november 1997, *Arr. Cass.*, 1997, nr. 490, *R.D.P.*, 1998, 572; Corr. Antwerpen, 15 december 1988, *F.J.F.*, 1989, 212).

18. Voor het geval van vrijspraak werd eerst gezegd dat de strafrechter zich over de *teruggave* van inbeslaggenomen voorwerpen niet hoefde uit te spreken (*Cass.*, 11 december 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 249). Later werd meer in het algemeen gezegd dat de strafrechter die over de strafvorde-

ring uitspraak doet, zich over de teruggave moet uitspreken, maar dat dit niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven (Cass., 28 juni 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 636). Verzuimt de rechter over de teruggave uitspraak te doen, dan past men de procedure toe van het K.B. nr. 260 van 24 maart 1936 (J. De Peuter, «Het beslag in strafzaken», in *Straf-procesrecht voor rechtspractici*, nr. 2, Leuven-Amersfoort, Acco, 1986, (59), 86-97).

19. Er is ten slotte nog dit probleem: terwijl hij de beklagde vrijspreekt, vergeet de rechter uitspraak te doen over de tegen de *civielrechtelijk aansprakelijke* persoon gerichte vordering. Men zou geneigd zijn te denken dat, zonder veroordeling van de beklagde, er geen civielrechtelijke aansprakelijkheid kan bestaan, en dat er aldus impliciet maar zeker verwerping is van die vordering. In die zin zou men een cassatiearrest kunnen begrijpen waarin de cassatiemiddelen van de burgerlijke partij tegen de als civielrechtelijk aansprakelijk opgeroepen partij bij gebrek aan belang onontvankelijk worden verklaard (Cass., 11 april 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 482; het ware wellicht beter geweest de voorziening zelf onontvankelijk te verklaren bij gebrek aan voorwerp).

Maar ook hier, hoe paradoxaal het ook moge klinken, is het mogelijk dat de veroordeling van de civielrechtelijk aansprakelijke verder reikt dan die van de beklagde, zodat het buiten de zaak stellen van de beklagde niet automatisch de afwijzing betekent van de tegen de civielrechtelijk aansprakelijke gerichte vordering. Op een zeker ogenblik heeft men aangenomen dat het afwijzen van de tegen de beklagde gerichte civielrechtelijke vordering, op grond van art. 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet – omdat de schuld van de aangestelde licht was en niet gewoonlijk voorkwam – de civielrechtelijke veroordeling van de werkgever niet uitsluit (Cass., 18 november 1981, *R.W.*, 1982-83, 859). In dit verband kan men ook vermelden dat de vermindering van de herstellplicht die op grond van billijkheid volgens art. 1386bis B.W. bestaat ten voordele van de abnormale delinquent, niet kan worden ingeroepen door de ouders (Cass., 18 oktober 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, nr. 90) of door de verzekeraar (Cass., 22 september 2000, *Arr. Cass.*, 2000, nr. 489 met noot, *R.W.*, 2000-2001, 1418, met noot F. Swennen).

20. Als men met dit alles rekening houdt, moet men besluiten dat het niet zo eenvoudig is te weten wat een strafrechter met de civielrechtelijke vordering moet of kan doen als hij de beklagde vrijspreekt. In het hier besproken arrest was de vraag trouwens niet zozeer wat de correctionele rechtbank had moeten of kunnen doen met die vordering, maar wel wat zij ermee gedaan heeft. Eigenlijk niets. De vraag werd open gelaten. Men begrijpt het Hof van Cassatie dat voor een «non-dit» stond. Daarmee werd het antwoord van het Hof, in het raam van de aangevoerde cassatiemiddelen, vrij eenvoudig. In de hele zaak kan men vermoeden dat er nog andere problemen schuilgingen. Men denkt b.v. aan de positie van de Correctionele Rechtbank te Dendermonde in de hypothese dat de benadeelden, die noch in het vonnis van die rechtbank noch in het arrest van het hof van beroep aan bod kwamen, hun rechtsvordering bij diezelfde rechtbank zouden hebben voortgezet, liever dan een gloednieuwe rechtsvordering in te leiden bij de politierechtbank in haar vermoming van civiele rechter. Zou die correctionele rechtbank een burgerlijke veroordeling hebben

kunnen uitspreken als uitgesteld aanhangsel van haar vonnis van vrijspraak? Of zou zij gebonden geweest zijn door de strafrechtelijke schuldigverklaring door het hof van beroep, waar de benadeelden in werkelijkheid geen partij meer waren? Maar dit is een ander verhaal...

Raoul Declercq

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 21 MEI 2001

Voorzitter-rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. Werquin

Advocaat: mr. Simont

Werkloosheid – 1. Recht op uitkeringen – Bedrag – Tijdelijke werkloze die halve uitkeringen geniet – 2. Controlekaart – Tijdelijke werkloze – Vrijwillig deeltijdwerknemer – Zelfstandig bijberoep

1. *Krachtens art. 109, § 2, 2°, van het Werkloosheidsbesluit 1991 wordt voor de tijdelijke werkloze die halve uitkeringen geniet overeenkomstig art. 108, het aantal halve uitkeringen voor de beschouwde maand met twee halve eenheden verminderd voor elke zondag en elke gewone dag van inactiviteit, gelegen tussen de eerste effectieve werkloosheidsdag in de beschouwde maand en het einde van deze maand, waarop hij een activiteit in de zin van art. 45 heeft verricht, behalve indien deze activiteit wordt uitgeoefend in het raam van zijn normale deeltijdarbeidsregeling. Met de woorden «elke gewone dag van inactiviteit» in art. 109, § 2, 2°, worden de dagen bedoeld waarop de deeltijdwerknemer volgens zijn gewoon werkschema niet tewerkgesteld wordt.*

2. *De verplichting van art. 71, 4, van het Werkloosheidsbesluit 1991 inzake het invullen van de controlekaart geldt ook voor de vrijwillig deeltijdwerknemer in een zelfstandig bijberoep uitoefent en hiertoe de nodige aangiften bij de R.V.A. heeft gedaan, wanneer hij als tijdelijke werkloze tijdens de periode vanaf de eerste werkloosheidsdag tot de laatste dag van de maand zijn zelfstandige activiteit aanvat.*

R.V.A. t/ De V.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 mei 2000 gewezen door het Arbeidshof te Antwerpen:

...

Wat het eerste onderdeel (van het eerste middel) betreft:

Overwegende dat krachtens art. 109, § 2, 2°, van het Werkloosheidsbesluit van 25 november 1991 het aantal halve uitkeringen voor een beschouwde maand met twee halve eenheden wordt verminderd voor de tijdelijke werkloze die halve uitkeringen geniet overeenkomstig art. 108, voor elke zondag en elke gewone dag van inactiviteit, gelegen tussen de eerste effectieve werkloosheidsdag in de beschouwde maand en het einde van de maand, waarop hij een activiteit in de zin van art. 45 heeft verricht, behalve indien

deze activiteit wordt uitgeoefend in het raam van zijn normale deeltijdse arbeidsregeling;

Overwegende dat deze wettelijke bepaling met de woorden «elke gewone dag van inactiviteit» de dagen bedoelt waarop de deeltijdwerknemer volgens zijn gewoon werkschema niet tewerkgesteld wordt;

Overwegende dat het arrest de toegepaste verminderingen afwijst op grond dat met de bedoelde woorden in de voormelde wettelijke bepaling de aangegeven dagen van tijdelijke werkloosheid zijn bedoeld;

Dat het arrest zodoende art. 109, § 2, 2°, van het Werkloosheidsbesluit schendt;

...

Over het tweede middel:

Overwegende dat krachtens art. 71, 4°, van het Werkloosheidsbesluit 1991 de werknemer, om uitkeringen te kunnen genieten, vóór de aanvang van een activiteit bedoeld in art. 45, hiervan met onuitwisbare inkt melding moet maken op zijn controlekaart, waarvan hij overeenkomstig art. 71, 1°, vanaf de eerste werkloosheidsdag van de maand tot de laatste dag van de maand in het bezit moet zijn en die hij bij zich moet bewaren;

Overwegende dat deze verplichting ook geldt voor de vrijwillig deeltijdwerknemer die een zelfstandig bijberoep uitoefent en hiertoe de nodige aangiften bij eiser heeft gedaan, wanneer hij als tijdelijke werkloze tijdens de periode vanaf de eerste werkloosheidsdag tot de laatste dag van de maand zijn zelfstandige activiteit aanvat;

Dat het arrest vaststelt dat de sanctie van uitsluiting werd opgelegd omdat verweerder deze verplichting niet heeft nageleefd, maar de sanctie vernietigt omdat eiser niet aantoonde dat verweerder gehandeld heeft tegen de instructies in die zijn uitbetalingsorganisme hem gegeven zou hebben;

Dat het arrest aldus zijn beslissing niet naar recht verantwoordt en art. 71 en 154 van het Werkloosheidsbesluit schendt;

Dat het middel gegrond is.

RAAD VAN STATE

5e KAMER – 1 FEBRUARI 2000

Voorzitter-rapporteur: de h. De Brabandere

Staatsraden: de hh. Lienardy en Hellin

Auditoraat: de h. Roelandt (eensluidend advies)

Advocaten: mrs. Van der Gucht, Gérard en Detry

Taalgebruik – Bestuurszaken – Openbare orde – Benoemingen – Afwezigheid taalkaders – Onwettigheid – Continuïteit van de openbare dienst

Benoemingen verricht bij ontstentenis van verplichte taalkaders zijn strijdig met de Bestuursstaalwet die van openbare orde is. In casu kan het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst niet worden ingeroepen om de benoemingen te rechtvaardigen.

B. e.a. t/ N.M.B.S.

Arrest nr. 84.994

Gezien de verzoekschriften die B. e.a., allen onder-bureaucheef en van de Nederlandse taalrol, op 19 mei 1989 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van «het ministerieel of koninklijk besluit van onbekende datum waarbij G. e.a. (allen van de Franse taalrol), bevorderd worden tot bureaucheef of inspecteur (administratief) bij de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen» (hierna: N.M.B.S.);

...

Over de gegrondheid van de beroepen

Overwegende dat de verzoekers als enig middel de schending aanvoeren van de gecoördineerde wetten op het gebruik der talen in bestuurszaken, doordat de bestreden benoemingen werden verricht buiten het bestaan van een taalkader, aangezien de taalkaders die werden vastgesteld bij koninklijk besluit van 16 december 1981, door de Raad van State werden vernietigd bij arrest nr. 26.770, V.V.O., van 26 juni 1986;

Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat de bestreden benoemingen wettelijk verantwoord zijn op grond van overmacht; dat zij betoogt dat, ook al werden de taalkaders vernietigd, de N.M.B.S. absoluut genoodzaakt was zonder verwijl de vacante vaste posten aan te vullen, en dit met het oog op het verzekeren van de continuïteit van de dienst waarvoor zij moet instaan; dat de principiële mogelijkheid om op grond van overmacht of absolute noodzaak benoemingen te doen bij ontstentenis van taalkaders volgens de rechtspraak van de Raad van State niet wordt uitgesloten, indien het bewijs wordt geleverd dat de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen niet anders kon dan de bestreden benoemingen in vast verband of bij wijze van bevorderingen te doen; dat de verwerende partij ook aanvoert dat de bestreden benoemingen plaats hadden en alleen konden plaatshebben volgens haar personeelsstatuut, en dat de aanvulling enkel gedaan kon worden door middel van Franstalige benoemingen, daar deze rekening hielden met de te verwachten verhouding inzake verdeling van betrekkingen overeenkomstig het bestaande ontwerp van nieuwe taalkaders; dat de verwerende partij vervolgt dat de feitelijke gegevens aantonen dat er een wanverhouding op taalgebied bestaat, waardoor de dienst niet meer naar behoren kan worden vervuld en het doel van de wetten op het gebruik der talen in bestuurszaken, namelijk de zaken kunnen afhandelen met inachtneming van de taalvoorschriften, niet meer kan worden verwezenlijkt; dat de verwerende partij besluit dat zij zodoende de geest van de taalwetgeving heeft gerespecteerd;

Overwegende dat de verwerende partij niet betwist dat de bestreden benoemingen werden verricht in betrekkingen van het centraal bestuur of van de uitvoeringsdiensten die Brussel-hoofdstad bestrijken, waarvoor taalkaders verplicht moeten worden vastgesteld; dat, zoals verzoekers aangeven, de taalkaders van de N.M.B.S., vastgesteld bij K.B. van 16 december 1981, door de Raad van State werden vernietigd, zodat de bestreden benoemingen zijn verricht bij ontstentenis van taalkaders, wat strijdig is met art. 43, §§ 3

en 5, van de gecoördineerde wetten op het gebruik der talen in bestuurszaken, die van openbare orde zijn; dat, zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat het kenmerk van openbare orde van de taalwetten in sommige gevallen moet wijken voor het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst en dat op grond van dat laatste beginsel vacante betrekkingen moeten kunnen worden ingenomen zonder dat aan alle wettelijke voorwaarden is voldaan, dan nog het de verwerende partij toekwam aan te tonen dat het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst vereiste dat in deze aangelegenheid de betreffende posten absoluut werden bezet en, vooral, dat zij enkel konden worden bezet door middel van een vaste benoeming; dat de verwerende partij op zijn minst het laatste niet aantoonde; dat een personeelsstatuut niet kan prevaleren op een wet van openbare orde; dat een ontwerp van taalkader geen enkele verbindende kracht heeft; dat, meer bepaald, niet is aangetoond dat de posten waarin de bestreden benoemingen werden gedaan, niet konden worden ingenomen bij wijze van tijdelijke uitoefening van hogere functies; dat het middel gegrond is.

(Volgt: vernietiging)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER – 20 APRIL 1998

Voorzitter: de h. Verstreken

Raadsheren: de hh. Wetsels en Bergs

Advocaten: mrs. Mattheessens loco Mertens en Janssens loco Van den Heuvel

Verzekering – Diefstal – Restitutie van het gestolene – Begrip

Als in een diefstalverzekering is bedongen dat, bij diefstal, de verzekeraar de overeengekomen vergoeding slechts moet betalen na een termijn van dertig dagen vanaf de datum waarop hij de uitgifte van het schadegeval heeft ontvangen, dient te worden aangenomen dat in voornoemde periode aan de situatie van diefstal een einde komt door de restitutie in die periode van het gestolene aan de verzekeringnemer.

Deze restitutie houdt het daadwerkelijk teruggeven of teruggegeven zijn in van de gestolen zaak aan de verzekerde, waardoor de situatie van wederrechtelijke toe-eigening door de dief of de heler zich niet langer voordoet. Het «weten staan» en het louter ontdekken van een gestolen voertuig in de handen van een in het buitenland verblijvende derde, zonder enige zekerheid dat dit voertuig aan het bezit van de dief of de heler is onttrokken door een betrouwbare overheid, en zonder enige zekerheid dat het ooit zal kunnen worden teruggegeven, is geen restitutie van een gestolen voertuig binnen voornoemde termijn van dertig dagen.

N.V. M. t/ P.

Gelet op de door de wet vereiste processtukken in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder het bestreden vonnis, op tegenspraak tussen partijen gewezen op 21 juni 1995 door de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, betekend bij akte van 20 juli 1995, en waartegen een naar vorm en ter-

mijn regelmatig alsmede ontvankelijk hoger beroep werd aangetekend bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit Hof, op 14 september 1995;

...

Overwegende dat krachtens art. 6 van de algemene polisvoorwaarden appellante zich verbonden heeft om dekking te verlenen in het geval van diefstal van het omschreven voertuig;

dat in de polis geen omschrijving van «diefstal» is gegeven, zodat dit begrip moet worden begrepen naar het algemeen taalgebruik, als het heimelijk weggenomen zijn van het voertuig om het zich toe te eigenen, cfr. Van Dale, *verbo* «stelen»;

dat niet wordt betwist dat het omschreven voertuig van geïntimeerde heimelijk werd weggenomen om het zich toe te eigenen, en het door een derde te koop werd aangeboden in het buitenland;

dat evenmin wordt betwist dat de verplichting tot het verlenen van dekking bestaat in het uitkeren van een vergoeding, zijnde een som geld, waarvan de omvang is omschreven in art. 1 van de algemene voorwaarden van de polis;

dat de contractuele verplichting van appellante tot het verlenen van dekking of het betalen van de overeengekomen vergoeding ontstaat bij de realisatie van het risico, namelijk bij de diefstal van het voertuig;

dat evenwel in hetzelfde art. 6 partijen het erover eens waren dat, bij diefstal, appellante deze vergoeding slechts moest betalen, niet op het moment van de diefstal of van de aangifte, maar wel na een termijn van dertig dagen te rekenen vanaf de datum waarop geïntimeerde de aangifte van het schadegeval heeft ontvangen;

dat de *ratio legis* van dit beding, hoewel niet expliciet uitgedrukt in de polis, niet anders kan zijn dan het feit dat partijen het er tevens over eens waren dat de uitvoering van deze verplichting afhankelijk is van het gestolen blijven van het voertuig in deze periode van dertig dagen;

dat er dan ook moet worden aangenomen dat partijen impliciet overeenkwamen dat het bestolen zijn een periode van dertig dagen moet aanhouden alvorens appellante tot de uitvoering van haar vergoedingsplicht moet overgaan;

dat in de overeenkomst uitdrukkelijk werd bedongen welke de rechten van de contractpartijen zijn, wanneer na de uitbetaling van de vergoeding, het voertuig wordt teruggevonden;

dat hierbij de vergoede verzekeringnemer de mogelijkheid heeft om het teruggevonden voertuig, dat aan de verzekeraar is toegekomen, tegen terugbetaling van de ontvangen vergoeding terug te nemen;

dat de verzekeraar om de uitbetaalde vergoeding terug te kunnen ontvangen, buiten de beslissing van de verzekeringnemer tot terugname van het voertuig, het kwestieuze voertuig bij de ontvangst van de terugbetaalde vergoeding, aan de verzekerde moet ter hand stellen;

dat het hierbij niet voldoende is dat de verzekeraar zou hebben ontdekt waar het voertuig zich zou bevinden en in wiens macht het zou zijn, omdat hij, om de uitbetaalde vergoeding terug te ontvangen, het voertuig daadwerkelijk aan de bestolen verzekerde moet teruggeven;

dat de overeenkomst niets expliciet bepaalt voor het geval er tijdens de termijn van dertig dagen aan de situatie van diefstal een einde komt, noch wanneer dit zo is, noch hoe;

dat aldus moet worden aangenomen dat aan de situatie van diefstal of het weggenomen zijn met het oogmerk het zich toe te eigenen, een einde komt in de periode van dertig dagen, door de restitutie van het gestolene aan geïntimeerde in die periode;

dat deze restitutie inhoudt het daadwerkelijk teruggeven of teruggegeven zijn van het voertuig aan geïntimeerde, waardoor de situatie van de wederrechtelijke toe-eigening door de dief of heler zich niet langer voordoet;

dat het «weten staan» en het louter ontdekken van het voertuig in de handen van een derde, en dan nog in het buitenland, zonder enige zekerheid dat dit voertuig aan het bezit van de dief of de heler is onttrokken door een betrouwbare overheid, en zonder enige zekerheid dat het ooit zal kunnen worden teruggegeven, geen restitutie is van een ontstolen voertuig binnen de termijn van dertig dagen;

dat de beschouwingen en argumenten die appellante laat gelden om aan te tonen dat het voertuig niet meer als gestolen kan worden beschouwd, niet relevant zijn, omdat vaststaat dat het kwestieuze voertuig in de overeengekomen periode wel werd «teruggevonden», maar niet aan geïntimeerde werd gerestitueerd, zijnde de enige toestand waardoor de diefstalsituatie wordt beëindigd;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 7 JUNI 1999

Voorzitter: de h. Peeters

Raadsheren: de hh. Berneman en Neels

Advocaten: mrs. Kiebooms, De Ridder, Hertoghs loco Verschueren en Smeets loco Caeymaex

Hinder – Bouwen tegen muur van aanpalend perceel, met onderschoeiing – Waterinsijpeling in kelder van aanpalend gebouw – Overlast

De objectieve omstandigheid van het bouwen op een aanpalend perceel, muur aan muur, met onderschoeiing, brengt uit de aard van de operatie zelf een bepaald risico mee, dat te dezen heeft geleid tot een bovenmatige burenhinder in de vorm van waterinsijpeling in de kelder van het aanpalende gebouw.

Van der A. t/ L. e.a.

Overwegende dat de beide hogere beroepen ertoe strekken een hervorming te verkrijgen van het vonnis van de 15e kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen inzake A.R. 79.473;

...

Overwegende dat het Hof op grond van de dossiers van de volgende feiten uitgaat: bouwheer Van der A. liet, vanaf augustus 1991, een gebouw optrekken door de aannemer B.V.B.A. Bouwwerken G., op een perceel grenzend aan de woning van mevr. L., en, in de hierna vermelde omstandigheden, gehuurd door de heer Van den B. Onmiddellijk na de aanvang van de bouwwerken deden zich waterinsijpelingen voor in de kelder van de aanpalende

woning van mevr. L. Het geschil gaat over de oorzaak van de schade, en de financiële gevolgen, bij gebreke aan overeenstemming tussen partijen.

Overwegende dat de gerechtsdeskundige, architect O., in zijn verslag de schade beschrijft en raamt als volgt:

- herstellingswerken voor een totaal bedrag van 237.000 fr. (excl. B.T.W.);
- mindergenot, andere onkosten en reiniging voor een totaal bedrag van 61.500 fr.

Overwegende dat de eerste rechter de vordering van eigenares mevr. L. tegen de aannemer Bouwwerken G. B.V.B.A., inzake diens quasi-delictuele aansprakelijkheid (art. 1382 B.W.), ongegrond had verklaard, wegens afwezigheid van een door hem begane fout, en de vordering tegen de bouwheer Van der A. op basis van art. 544 B.W., gegrond had verklaard voor een bedrag van 259.300 fr.; overwegende dat de eerste rechter de vordering van huurder Van den B. op dezelfde wijze had beoordeeld, maar slechts beperkt gegrond had bevonden, nl. ten belope van een bedrag van 34.000 fr.

Overwegende dat het hoger beroep van de partijen L. en Van den B. ertoe strekt de schadevergoeding voor de herstellingswerken, ten belope van 259.300 fr., te horen uitspreken, zowel ten opzichte van de aannemer, B.V.B.A. Bouwwerken G., en de schadevergoeding wegens de overige door de deskundige begrote posten te verhogen, en eveneens ten laste van de bouwheer en de aannemer te leggen.

Overwegende dat de gerechtsdeskundige in zijn advies de «mede»-verantwoordelijkheid van de aannemer aanvaardt, en ook aangeeft dat er een wellicht moeilijk te voorkomen schade is opgetreden, en geen fout van de bouwheer aanwezig acht;

Overwegende, allereerst, dat de aansprakelijkheid van de aannemer naar het oordeel van het Hof toch is betrokken, zoals uit het advies terzake van de deskundige blijkt; dat geen beslissende redenen zijn aangegeven om die aansprakelijkheid niet te aanvaarden; dat de aannemer dus een quasi-delictuele aansprakelijkheid draagt op grond van art. 1382 B.W.;

Overwegende, vervolgens, dat de objectieve omstandigheid van het bouwen op een aanpalend perceel, muur aan muur, met onderschoeiing, volgens het verslag van de gerechtsdeskundige, een bepaald risico meebrengt, uit de aard van de operatie zelf; dat dit risico, *in casu*, heeft geleid tot een overmatige burenhinder in de vorm van de waterinsijpeling in de kelder; dat een dergelijke overlast, d.i. hinder die de grenzen van de gewone ongemakken overschrijdt, op grond van art. 844 B.W., leidt tot de mogelijkheid dat de storende buurman ingevolge zijn handelingen is gehouden tot vergoeding wegens verbreking van het evenwicht;

Overwegende dat er zonder de fout ook overlast zou geweest zijn; dat beide rechtsgrondslagen dienen te worden aangenomen, omdat zij niet noodzakelijk alternatief zijn noch elkaar uitsluiten;

Overwegende dat de bouwheer is voortgegaan op de professionele bijstand van twee vaklieden, nl. de aannemer en de architect;

Overwegende dat de bouwheer in zijn opdrachtbrief van 26 maart 1991 bovendien heeft bedongen dat de verantwoordelijkheid van de werken volledig ten laste van de aannemer blijft, en de aannemer die brief voor wederzijds akkoord heeft mede-ondertekend;

Overwegende bovendien dat de aannemer aan de bouwheer de premie voor de «alle risico's-bouwverzekering» heeft aangerekend en dat de bouwheer deze aanrekening kennelijk heeft voldaan;

Overwegende dat de bouwheer hierdoor zijn vergoedingsplicht uit hoofde van het verstoorde evenwicht contractueel heeft ingedekt;

Overwegende dat, om al deze redenen samen genomen, de aansprakelijkheid van de aannemer dient te worden aangenomen op grond van diens quasi-delictuele verantwoordelijkheid, met toepassing van art. 1382 B.W., en dat eveneens een vergoedingsplicht uit hoofde van verstoord evenwicht, op grond van art. 544 B.W. bij de bouwheer dient te worden gelegd;

Overwegende dat, eveneens op niet-tegengesproken wijze, aan het Hof is uiteengezet dat de bouwheer en/of aannemer vrij gemakkelijk met de andere burens, geconfronteerd met hetzelfde probleem, een regeling konden treffen, maar dat eigenares en huurder in deze zaak de aangeboden hulp en herstellingen na enige tijd weigerden;

Overwegende dat er in die omstandigheden aanleiding toe is om de door de eerste rechter toegekende schadevergoeding uit hoofde van herstellingswerken niet volledig toe te kennen, ook omdat aan het Hof geen enkele werkbom of factuur kan worden overgelegd tot staving van de herstellingskosten; dat het Hof het bedrag van de vergoeding voor herstellingswerken naar billijkheid vaststelt op 200.000 fr., *in solidum* ten laste van de B.V.B.A. Bouwwerken G. uit hoofde van haar quasi-delictuele aansprakelijkheid (art. 1382 B.W.), en ten laste van de heer J. Van der A. uit hoofde van diens vergoedingsplicht wegens abnormale hinder (art. 544 B.W.);

Overwegende dat de aannemer de bouwheer contractueel volledig heeft gevrijwaard en er derhalve aanleiding toe is de B.V.B.A. Bouwwerken G. te veroordelen tot volledige vrijwaring van de heer J. Van der A.;

Overwegende dat de huurder een wijziging vordert, in belangrijke mate, uit hoofde van mindergenot en sommige kosten;

Overwegende dat geen huurovereenkomst wordt overgelegd, noch de huurprijs wordt medegedeeld; dat op een niet-tegengesproken wijze aan het Hof is uiteengezet dat eigenares en «huurder» samen wonen op hetzelfde adres;

Overwegende dat het Hof in die omstandigheden oordeelt dat een schadevergoeding, *ex aequo et bono* geraamd, voor de door de deskundige voor de «huurder» begrote posten samen, op een bedrag van 10.000 fr. naar billijkheid, vastgesteld, volstaat;

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER – 15 JANUARI 2001

Voorzitter: de h. Hulpiau

Raadsheren: de hh. Lemmens en Embrechts

Advocaten: mrs. Bleyen loco De Roo-Neven en Dehaese

Faillissement – Curator – Aansprakelijkheid ten aanzien van de gefailleerde

De gefailleerde is ten aanzien van het bewind van de curator niet te beschouwen als een derde, zodat de aansprakelijkheid van de curator jegens de gefailleerde enkel van persoonlijke aard kan zijn en geen aanleiding geeft tot een schuldvordering in de boedel of een van de boedel.

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

Op de sluitingsvergadering van het faillissement verklaarde de gefailleerde bezwaar te hebben tegen de eindafrekening voorgesteld door de curatoren en behield zich voor schade of verlies ontstaan door het beheer van de curatoren op deze te verhalen. De gefailleerde verwijt aan de curatoren haar voertuig Mercedes tegen een te lage prijs te hebben verkocht en voert aan door dit beweerd foutief beheer van het faillissement haar schade te hebben berokkend die zij raamt op 1.029.000 fr., zijnde het verschil tussen de werkelijke waarde, 1.669.000 fr. en de verkregen verkoopprijs 640.000 fr.

...

De gefailleerde is ten aanzien van de failliete boedel en het beheer ervan niet te beschouwen als een derde, zodat eventuele fouten begaan door de curatoren in het beheer tegenover de gefailleerde niet kunnen resulteren in een schuld in of van de boedel. De gefailleerde die meent dat de curatoren aansprakelijk zijn voor schade die werd geleden ingevolge een beweerd foutief beheer, kan de curatoren dan ook slechts in hun persoonlijke naam aanspreken tot vergoeding en niet in hun hoedanigheid van curatoren, in welk geval zij slechts de boedel verbinden.

Daar de curatoren in eerste aanleg niet verschenen zijn in hun eigen naam, maar slechts in hun hoedanigheid van curatoren, kan appellante niet in hoger beroep de curatoren krachtens art. 807 Ger. W. in hun persoonlijke naam aanspreken tot vergoeding. De bewering dat de curatoren ook in eigen naam in de procedure waren betrokken, is in strijd met de bewoordingen van de gedingstukken die zonder onderscheid geïntimeerden vermelden als optredend in hun hoedanigheid van curatoren.

De vordering is dan ook onontvankelijk.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

4e KAMER – 21 NOVEMBER 2000

Voorzitter: de h. Beerten

Rechters in handelszaken: de hh. De Preter en Swartelé

Advocaten: mrs. Schruers loco Brouckennooghe en Vandenboer loco Van de Brande

1. Factuur – Bewijskracht – Fiscale onregelmatigheid – Gevolg – 2. Overeenkomst – Algemene voorwaarden – Gebrek aan protest – Aanvaarding – 3. Gewijsde (rechterlijk) – Motieven van vonnis waarbij rechter zich territoriaal onbevoegd verklaart – Rechter die uitspraak doet over het bodemgeschil

1. De fiscale onregelmatigheid tast de bewijskracht van de factuur niet aan.

2. De algemene contractvoorwaarden die op een dergelijke factuur voorkomen, kunnen bij gebrek aan protest geacht worden deel uit te maken van de tussen de partijen gesloten overeenkomst.

3. De motieven van een vonnis waarbij een rechtbank zich territoriaal onbevoegd verklaart, hebben geen gezag van gewijsde voor de rechter die later uitspraak doet over het bodemgeschil.

B.V.B.A. I.K. t/ S.

1. Verweerder kocht begin 1999 een tweedehands koelinstallatie aan bij een zekere S. uit Holsbeek.

Deze koelinstallatie werd door aanlegster op 24 en 25 februari 1999 ontmanteld en vervoerd naar verweerder.

Op 28 april 1999 reikte aanlegster voor de door haar verrichte werkzaamheden factuur 99097 ten bedrage van 104.354 fr. uit.

Verweerder protesteerde de factuur bij brief van 28 mei 1999 aanvoerende dat hij niet akkoord ging met het aangerekende bedrag, daar hij de bedongen koopprijs van de koelinstallatie had betaald aan de verkoper.

Hierop repliceerde aanlegster bij brief van 2 juni 1999 erop wijzend dat het protest te laat was, omdat het niet binnen drie dagen na ontvangst van de factuur, zoals voorgeschreven door de algemene voorwaarden, was geuit. In dezelfde brief werd aangedrongen op betaling.

Bij brieven van 29 juni, 27 juli en 26 augustus 1999 werd verweerder aangemaand om de factuur te vereffenen.

Bij brief van 2 september 1999 liet de raadsman van verweerder weten dat zijn cliënt nooit aan aanlegger opdracht had gegeven om de aangerekende prestaties uit te voeren en nooit akkoord was gegaan om de kosten voor demontage en vervoer ten laste te nemen.

Bij brief van 20 september 1999 liet de raadsman van aanlegster weten dat zijn cliënt wel degelijk opdracht had gekregen van verweerder om de bedoelde prestaties uit te voeren.

Naderhand werd er tussen de raadslieden van partijen nog briefwisseling gevoerd, die echter niet tot een oplossing leidde, zodat uiteindelijk aanlegster tot dagvaarding voor de rechtbank van koophandel te Leper overging.

Bij vonnis van 8 mei 2000 verklaarde de rechtbank van koophandel te Leper zich territoriaal onbevoegd om kennis te nemen van de zaak en verzond ze naar de rechtbank van koophandel te Hasselt.

2. De door aanlegster in februari 1999 uitgevoerde prestaties werden op 28 april 1999 gefactureerd, wat in strijd is met art. 4 van het K.B. nr. 1 van 29 december 1992 dat bepaalt dat de factuur moet worden uitgereikt uiterlijk de vijfde dag na de maand waarin het goed werd geleverd of de dienst werd voltooid.

Hieruit besluit verweerder dat de factuur onregelmatig is en dat de vordering dus ontoelaatbaar is.

De fiscale onregelmatigheid tast in beginsel de geldigheid van de rechtshandeling tussen partijen niet aan (H. De Page, *Traité*, III, p. 801, nr. 786; A. Cloquet, *Factuur*, in *A.P.R.*, p. 128, nr. 320). Enkel wanneer het verzuim om aan bepaalde fiscale verplichtingen te voldoen, een der doorslaggevende beweegredenen zou zijn geweest voor het totstandkomen van de overeenkomst, wordt de rechtsgeldigheid ervan aangetast (Antwerpen, 23 december 1997,

inzake 1995/AR/2856, onuitgegeven). Zulks is *in casu* niet het geval, zodat de vordering ontvankelijk is.

3. Aanlegster betoogt dat de factuur, hoewel uitgereikt op 28 april 1999, slechts bij brief van 28 mei 1999 werd geprotesteerd. Aanlegster meent dat een dergelijk protest te laat is en dus de factuur als aanvaard moet worden beschouwd, zodat verweerder gehouden is tot betaling ervan.

Verweerder stelt dat zij de factuur slechts mocht ontvangen in de loop van de maand mei.

In principe dient hij, die de factuur heeft uitgereikt, aan te tonen op welk tijdstip de factuur de bestemming heeft bereikt (Cass., 8 november 1991, *T.B.H.*, 1992, 134).

Aanlegster toont niet aan op welk tijdstip de factuur verweerder zou hebben bereikt, zodat niet kan worden gesteld dat het bij brief van 28 mei 2000 geuite protest te laat zou zijn geformuleerd.

Zelfs zo de factuur omstreeks haar uitreiking verweerder zou hebben bereikt, kan het protest van verweerder niet als te laat ingesteld worden beschouwd.

Immers, aanlegster heeft de factuur te laat uitgereikt (nl. 2,5 maanden na de uitvoering van de prestaties), wat tot gevolg heeft dat het protest van verweerder minder vlug dient te worden geformuleerd (E. Dirix en G. Ballon, *De factuur*, in *A.P.R.*, p. 117, nr. 206).

4. In zijn protestbrief van 28 mei 1999 stelt verweerder dat hij niet akkoord kan gaan met het door aanlegster aangerekende bedrag, daar de koopprijs aan de verkoper werd betaald.

Uit dit protest kan worden opgemaakt dat verweerder ervan uitging dat in de koopprijs ook de kosten van ontmanteling en vervoer waren begrepen.

Of dit het geval was, is een discussie die vreemd is aan aanlegster.

In de protestbrief van 28 mei 1999 ontkent verweerder niet dat hij opdracht aan aanlegster zou hebben gegeven tot ontmanteling en vervoer van de installatie.

Hiervan uitgaande dient te worden aangenomen dat aanlegster de bewuste prestaties in opdracht van verweerder heeft uitgevoerd, zodat laatstgenoemde dan ook gehouden is tot betaling ervan.

5. Naast het bedrag van 104.354 fr. vordert aanlegster de betaling van een schadevergoeding gelijk aan 12,5% op het nog verschuldigde bedrag alsmede verwijlinteressen aan een rentevoet van 12,5% per jaar en dit overeenkomstig de algemene factuurvoorwaarden.

Verweerder heeft de factuurvoorwaarden als zodanig niet geprotesteerd, zodat zij geacht worden deel uit te maken van de tussen partijen gesloten overeenkomst.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat, hoewel in het vonnis van 8 mei 2000 wordt beslist dat aan de factuur elke bewijskracht moet worden ontnegd omdat deze werd opgesteld in strijd met B.T.W.-wetgeving, deze motieven geen gezag van gewijsde hebben. Immers, de motieven van een beslissing waarbij de rechtbank zich *ratione loci* onbevoegd verklaart hebben geen gezag van gewijsde voor de rechter die later uitspraak doet over het bodemgeschil (Cass., 29 april 1983, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1070).

Daar de fiscale onregelmatigheid van de factuur geen afbreuk doet aan de bewijskracht ervan (H. Vandenbergh, «In hoeverre moet de civilist fiscaal minded zijn» in *Liber Amicorum Fons Vandeurzen*, Gent, Mys & Breesch, 1995, p. 202-203) en dus de factuurvoorwaarden, bij gebreke aan

protest, geacht kunnen worden deel uit te maken van de tussen partijen gesloten overeenkomst, zijn deze aan verder tegenwerpelijk.

De bedongen schadevergoeding en interesten worden, conform de vaststaande rechtspraak van deze rechtbank, beide herleid tot 10%;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE DENDERMONDE

12e KAMER – 15 JUNI 2001

Voorzitter: de h. Van Hecke

Rechters: de hh. Vandenberghen en Van Volsen

Advocaten: mrs. Greeve en Dellaert

Handelshuur – Huurhernieuwing – Verval – Huurovereenkomst van onbepaalde duur – Opzegging door huurder – In acht te nemen opzeggingstermijn

Wanneer een handelshuurovereenkomst met toepassing van art. 14, derde lid, Handelshuurwet van onbepaalde duur is geworden, kan de huurder deze overeenkomst beëindigen met inachtneming van de door het gemeene recht (art. 1736 B.W.) bepaalde opzeggingstermijn van één maand.

N.V. S. t/ N.V. B.H.

Het dossier dat aan de rechtbank wordt overgelegd, bevat de rechtsplegingsdossiers met:

- een voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis van de vrederechter van het eerste kanton Sint-Niklaas, op tegenspraak gewezen op 30 oktober 2000
- een gemotiveerd verzoekschrift tot hoger beroep tegen voormeld vonnis door appellante neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 20 november 2000.

...

B. Bijzondere feitelijke gegevens

Op 25 april 1989 sloten partijen een handelshuurovereenkomst waarbij geïntimeerde aan appellante een handelspand gelegen te Sint-Niklaas, (...), bestaande uit toonzaal en magazijn met een oppervlakte van 630 m², in huur gaf. De overeenkomst werd gesloten voor een duur van negen jaar, met inwerkingtreding op 1 juli 1989, om van rechtswege zonder stilzwijgende verlenging te eindigen op 1 juli 1998. De huurprijs werd bepaald op 70.000 fr. per maand. Naar deze overeenkomst zal verder worden verwezen als *pand 1*.

Op dezelfde datum sloten partijen een overeenkomst van dienstverhuur, waarbij geïntimeerde zich verbond tot een aantal dienstverrichtingen, waaronder het ter beschikking stellen van telefax, fotokopiemachine, bewakingsdienst, postdistributie, water en verwarming, onderhoud van buitengevel, parking, ramen... Deze overeenkomst trad in werking op 1 september 1989 en geïntimeerde ontving hiervoor een forfaitair bedrag van 40.000 fr. per maand, vermeerderd met de B.T.W. Naar deze overeenkomst zal eveneens verder worden verwezen als *pand 1*.

...

Bij aangetekende brief van 27 juli 1998 meldde geïntimeerde aan appellante dat zij nog steeds geen antwoord mocht ontvangen op haar mondelinge voorstel met betrekking tot een nieuwe huurovereenkomst voor het pand 1 te Sint-Niklaas. Appellante werd erop gewezen zonder recht noch titel gebruik te maken van de gebouwen, gelet op de beëindiging van de huurovereenkomst op 30 juni 1998.

Bij aangetekende brief van 20 augustus 1998 antwoordde de raadsman van appellante dat de initiële huurovereenkomst werd voortgezet en dus omgezet in een mondelinge huurovereenkomst voor onbepaalde duur, zodat het geenszins een gebruik zonder recht noch titel betrof en dat zijn cliënte bereid was te negocieren met betrekking tot een nieuwe huurovereenkomst.

Op 28 augustus 1998 liet geïntimeerde de raadsman van appellante een voorstel voor het sluiten van een nieuwe huurovereenkomst geworden, met een vooropgestelde maandelijkse huurprijs van 125.000 fr. huur en een dienstenvergoeding van 75.000 fr.

In antwoord hierop wees de raadsman van appellante bij brief van 1 september 1998 op de aanzienlijke verhoging van huurprijs en dienstenvergoeding en werd om bijkomende gegevens met betrekking tot de huurprijzen en de oppervlakte van de andere huurders en met betrekking tot de dienstenvergoeding verzocht.

In haar faxbericht van 9 september 1998 gaf geïntimeerde nogmaals te kennen dat de initiële handelshuurovereenkomst niet werd omgezet in een mondelinge handelshuurovereenkomst voor onbepaalde duur, omdat de bepalingen inzake huurhernieuwing niet werden nageleefd, en werden bijkomende gegevens verstrekt nopens de bepaling van de huurprijs.

Bij brief van 12 oktober 1998 beklemtoonde de raadsman van appellante dat de handelshuur als zodanig werd voortgezet en er dus een mondelinge handelshuurovereenkomst voor onbepaalde duur bestond, en werd aangedrongen op een bespreking.

...

D. De tegenvordering van geïntimeerde

1° De ontbinding/opzeg van de overeenkomsten

Geïntimeerde is van oordeel dat de handelshuurovereenkomst van 25 april 1989 en de dienstenhuurovereenkomst van 25 april 1989 ingevolge opzeg beëindigd zijn per 25 september 2000 door vrijgave van het pand, en dat de handelshuurovereenkomst met inbegrip van de dienstenverhuurovereenkomst van 25 augustus 1995 dient te worden ontbonden ten laste van appellante wegens contractuele wanprestatie.

Appellante zegde per brief van 20 oktober 1999 «de lopende huurovereenkomst» op tegen 31 januari 2000. Aangenomen kan worden dat appellante beide handelshuurovereenkomsten en overeenkomsten van dienstverlening als één geheel beschouwde, zodat zij op voornoemde datum deze overeenkomsten samen heeft opgezegd.

Appellante bleef pand 1 betrekken na de bedongen einddatum van 30 juni 1998, zonder een huurhernieuwing aan te vragen en zonder dat geïntimeerde opzeg gaf aan appellante om het pand te verlaten.

Aangezien de huurder vervallen was van het recht op huurhernieuwing en na het verstrijken van de huurperiode toch in het gehuurde goed werd gelaten en dit vrijwillig door de verhuurder – die de huurprijs verder aanvaardde – werd toegelaten, ontstond een overeenkomstig art. 14, derde lid, Handelshuurwet na het verstrijken van contractueel bedongen einddatum een nieuwe mondelinge huurovereenkomst van onbepaalde duur.

Nadien werd tussen partijen onderhandeld over de voorwaarden voor een nieuwe handelshuurovereenkomst van negen jaar, maar dienaangaande kwam het nooit tot een akkoord.

De door geïntimeerde vooropgestelde verhoging van de huurprijs was weliswaar substantieel te noemen, maar de «precaire situatie» waarin appellante aldus terecht kwam, had zij in eerste instantie aan zichzelf te wijten door te vergeten de huurhernieuwing aan te vragen.

Indien de huurder een einde wenst te maken aan de overeenkomst van onbepaalde duur, spreekt de wet zich niet uit betreffende de aan de verhuurder te betekenen opzeg. In tegenstelling tot de verhuurder, moet de huurder geen opzeg van achttien maanden geven, maar wordt de opzegging bepaald door het gemene recht en meer bepaald door art. 1736 B.W., zoals gewijzigd door de wet van 20 februari 1991, zijnde een maand (A. Pauwels en P. Massart, *Bestendig handboek huishuur en handelshuur*, Brussel, De nieuwe uitgeverij Excelsior, 1998, C-VIII-12-8 en C-IX-2-11).

Door geïntimeerde en de eerste rechter wordt ten onrechte verwezen naar de vroegere versie van art. 1736 B.W. – vóór de wijziging bij wet van 20 februari 1991 – waarin voor de duur en de opzegging van mondelinge overeenkomsten nog wel werd verwezen naar de plaatselijke gebruiken.

De opzeg door appellante «voor zoveel als nodig» gegeven bij brief van 20 oktober 1999 tegen 31 januari 2000 was bijgevolg rechtsgeldig.

Na 31 januari 2000 bleef appellante het pand evenwel verder betrekken en werden nog geen sleutels afgegeven.

Gezien de afgifte van de sleutels aan geïntimeerde op 1 maart 2000 en bijgevolg de teruggave van het gehuurde goed op die datum, kan het einde van de huurovereenkomst op 1 maart 2000 worden gesitueerd.

...

NOOT – Opzegging door de huurder van een handelshuur die van onbepaalde duur is geworden

1. Art. 14, derde lid, Handelshuurwet bepaalt dat, indien de van het recht op huurhernieuwing vervallen huurder, na het eindigen van de huur in het bezit van het verhuurde goed wordt gelaten, er een nieuwe huurovereenkomst van onbepaalde duur totstandkomt, die de verhuurder kan beëindigen met inachtneming van een opzeggingstermijn van ten minste achttien maanden.

De wetgever heeft niets bepaald omtrent de mogelijkheid voor de huurder om door opzegging een einde te maken aan een dergelijke, van onbepaalde duur geworden handelshuurovereenkomst. Het staat buiten kijf dat dit recht aan de huurder toekomt op grond van het algemeen aanvaarde beginsel dat alle voor onbepaalde duur aangegane overeenkomsten door een van de partijen door opzegging

eenzijdig kunnen worden beëindigd, daar de partijen anders levenslang of zonder enige tijdsbeperking aan de overeenkomst gebonden zouden blijven, wat een onaanvaardbare aantasting van de persoonlijke vrijheid zou inhouden (zie betreffende dit beginsel vooral: Cass., 16 oktober 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 167; *Pas.*, 1970, I, 147; *R.C.J.B.*, 1970, 527, met noot M. Papier-Jamoulle; Cass., 9 maart 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 671; *Pas.*, 1973, I, 640; Cass., 22 november 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 327; *Pas.*, 1974, I, 312; R. Dekkers, «De la rupture des contrats à durée illimitée» (noot onder Gent, 16 januari 1956), *R.C.J.B.*, 1957, (316), p. 319-321, nrs. 10-14; T. Delahaye, *Résiliation et résolution en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, p. 121-138, nrs. 100-113).

Zo de huurder principieel het recht heeft om door opzegging een einde te maken aan een van onbepaalde duur geworden handelshuurovereenkomst, rijst vervolgens de vraag welke opzeggingstermijn hij alsdan in acht dient te nemen. Over onder meer dit probleem diende het geannoteerde vonnis zich uit te spreken. Dienaangaande worden er in de doctrine drie verschillende oplossingen verdedigd.

2. Sommige auteurs zijn van oordeel dat in dit geval een analogische toepassing moet worden gemaakt van art. 3, derde lid, Handelshuurwet, dat bepaalt dat de huurder de lopende huur kan beëindigen bij het verstrijken van elke driejarige huurperiode, met inachtneming van een opzeggingstermijn van zes maanden. Betoogd wordt dat, wegens het van onbepaalde duur geworden zijn van de handelshuur, er dan geen rekening moet worden gehouden met de driejarige periodes (D. Meulemans en S. Lust, «De minnelijke huurhernieuwing tijdens een handelshuur van onbepaalde duur» (noot onder Cass., 6 mei 1994), *Recente Arresten van het Hof van Cassatie*, 1995, (66), p. 67, nr. 9; R. De Wit, «Huurhernieuwing en uitzettingsvergoeding», in *Het handelshuurrecht geactualiseerd*, Brugge, Die Keure, 1997, (35), 45).

Deze opvatting is moeilijk verdedigbaar, omdat ze ingaat tegen de tekst van art. 3, derde lid, Handelshuurwet, die aan de huurder slechts een opzeggingsmogelijkheid verleent bij het einde van iedere driejarige huurperiode. Bij een van onbepaalde duur geworden huur kan er echter geen sprake zijn van een onderverdeling in periodes van drie jaar (zie in die zin, voor wat deze categorie van huurovereenkomsten betreft, de niet-toepasselijkheid van art. 6 Handelshuurwet waarop ook slechts bij het einde van iedere driejarige huurperiode een beroep kan worden gedaan: A. Pauwels, *Handelshuur*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1971, p. 72, nr. 121, en p. 121, nr. 258; M. La Haye en J. Vankerckhove, *Le louage de choses*, in *Les Nouvelles, Droit Civil*, VI-2, *Les baux commerciaux*, Brussel, Larcier, 1984, p. 128, nr. 1634, p. 219, nr. 1773, en p. 221, nr. 1775).

3. Volgens een tweede opvatting dient hier toepassing te worden gemaakt van de gemeenrechtelijke regel van art. 1736, tweede lid, B.W., volgens welke een overeenkomst van onbepaalde duur slechts kan worden beëindigd met inachtneming van een opzeggingstermijn van één maand. (A. Pauwels en P. Massart, *Bestendig handboek huishuur en handelshuur*, Brussel, De nieuwe uitgeverij Excelsior, 1998, C-VIII-12-8 en C-IX-2-11, nr. 19). Dit is ook de zienswijze die wordt verwoord in het hier geannoteerde vonnis.

Deze opvatting verdient de voorkeur, omdat de regelen van de gemeenrechtelijke huur, waaronder art. 1736 B.W., van toepassing zijn op alle huurovereenkomsten, ook die welke aan de Handelshuurwet zijn onderworpen, voor zover daarvan niet wordt afgeweken door specifieke, dwingend-rechtelijke bepalingen van o.m. de Handelshuurwet (H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, Brussel, Bruylant, 1972, p. 522, nr. 504; B. Louveaux, *Le droit du bail*, Régime général, Brussel, De Boeck-Wesmael, 1993, p. 8, nr. 4; Y. Merchiers, *Les baux*, in *Répertoire notarial*, Tome VIII, Livre I, *Le bail en général*, Brussel, Larcier, 1997, p. 117, nr. 28). Het valt niet te ontkennen dat dit een bijzonder korte opzeggingstermijn is wanneer men deze vergelijkt met de opzeggingstermijn van achttien maanden die de verhuurder in acht moet nemen wanneer hij een van onbepaalde duur geworden handelshuurovereenkomst wil beëindigen. Daartegenover staat echter dat art. 1736, tweede lid, B.W. van aanvullend recht is, zodat partijen afwijkende overeenkomsten mogen sluiten (J. Vankerckhove en G. Rommel, «Lois des 20 février et 1er mars 1991 modifiant et complétant les dispositions du Code Civil relatives aux baux à loyer», *J.T.*, 1991, (321), p. 322, nrs. 2-3; A. Van Oevelen, *Het nieuwe huurrecht anno 1991*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1991, p. 22, nr. 13; B. Hubeau, E. Lanckswert en J. Vande Lanotte, «Art. 1736-1737 B.W.», in *Artikelsgewijze commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, losbladig, p. 6, nr. III; Y. Merchiers, *o.c.*, p. 264, nr. 405).

4. Volgens een derde opvatting wordt de door de huurder in acht te nemen opzeggingstermijn bepaald door de plaatselijke gebruiken (A. Pauwels en M.-Th. Vrancken, «Handelshuur, art. 14», in *Artikelsgewijze commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, *s.d.*, nr. 27, met verwijzing naar rechtspraak van vóór de afschaffing van de plaatselijke gebruiken door de wijziging van art. 1736 B.W. bij de wet van 20 februari 1991). Deze opvatting steunt op de premisse dat de afschaffing van de plaatselijke gebruiken voor het bepalen van de duur en de opzeggingstermijnen van huurovereenkomsten door de wijziging van art. 1736 B.W. bij de wet van 20 februari 1991, wel geldt voor het gemene huurrecht, maar niet voor de handelshuur (in die zin: B. Hubeau, E. Lanckswert en J. Vande Lanotte, *o.c.*, *l.c.*, p. 2-3; vgl. M. La Haye en J. Vankerckhove e.a., *Le louage de choses*, in *Les Nouvelles, Droit Civil*, VI-1, *Les baux en général*, Brussel, Larcier, 2000, p. 175, nr. 286; p. 183-184, nr. 304; p. 187, nr. 308, en p. 203, nr. 329).

Deze zienswijze kan niet overtuigen, omdat, zoals reeds gezegd, art. 1736 B.W. behoort tot de gemeenrechtelijke huurbepalingen, die van toepassing zijn op alle huurovereenkomsten, met inbegrip van die welke aan de Handelshuurwet zijn onderworpen, behoudens als er voor die aan gelegenheid in de Handelshuurwet een afwijkende bepaling is opgenomen, wat te dezen niet het geval is.

Voor deze derde opvatting kan ook geen steun worden gevonden in de parlementaire voorbereiding van de huurwet van 20 februari 1991. In de aanhef van het oorspronkelijk voorgestelde art. 1736 B.W. werd een voorbehoud gemaakt voor de landpacht en de huurovereenkomsten betreffende de hoofdverblijfplaats van de huurder, maar niet voor de handelshuur. Op de vraag van een lid van de Kamercommissie voor de Justitie of de

handelshuur onder de toepassing van dit artikel valt, werd door de minister van Justitie geantwoord dat het de bedoeling is de verwijzing naar de plaatselijke gebruiken weg te laten, zodat men tot een uniforme regel komt, «waarvan de partijen nog steeds kunnen afwijken, tenzij het gaat om handelshuur, pacht of overeenkomsten met betrekking tot de hoofdverblijfplaats van de huurder, waarvoor een andere afwijking is voorzien» (verslag Mayeur en Hermans, *Parl. St.*, Kamer, 1990-91, nr. 1357/10, p. 111-112). Met deze afwijking voor handelshuur- pacht- en woninghuurovereenkomsten – in de Franse tekst «auxquels cas la dérogation sera automatique» – bedoelt de Minister blijkbaar dat voor die huurovereenkomsten de uniforme regel van art. 1736 B.W. niet geldt, omdat de duur en de opzeggingstermijnen voor die huurovereenkomsten op dwingende wijze worden geregeld door specifieke wettelijke bepalingen. Deze ministeriële verklaring kan echter moeilijk als argument worden aangewend als het gaat om de door de huurder na te leven opzeggingstermijn bij een van onbepaalde duur geworden handelshuur, omdat die nu juist niet door de Handelshuurwet wordt geregeld. In zo'n geval vervalt dat voorbehoud en kan opnieuw worden gerefereerd aan de algemene regel van art. 1736 B.W. en de daaraan ter grondslag liggende bedoeling om de plaatselijke gebruiken af te schaffen voor het bepalen van de duur van de opzeggingstermijnen bij huurovereenkomsten.

Voor de zienswijze dat art. 1736 B.W. niet van toepassing is op handelshuurovereenkomsten, zou eventueel ook als argument kunnen worden gebruikt dat deze bepaling enkel van toepassing is op de huurovereenkomsten die van bij de aanvang voor onbepaalde duur zijn gesloten, en niet op de huurovereenkomsten die, zoals de handelshuurovereenkomsten bedoeld in art. 14, derde lid, Handelshuurwet, aanvankelijk voor een bepaalde termijn werden gesloten, maar nadien, krachtens een uitdrukkelijke wetsbepaling, van onbepaalde duur zijn geworden. Een argument ten voordele van deze opvatting is de tekst van art. 1736, eerste lid, B.W., dat spreekt van «voor onbepaalde duur gesloten huurovereenkomst» (in de Franse tekst: «Le bail conclu pour une durée indéterminée»). Daar tegenover staat dat art. 14, derde lid, Handelshuurwet bepaalt dat in de daarin vermelde situatie «een nieuwe huur van onbepaalde duur tot stand (komt)». Krachtens de wil van de wetgever wordt er dus ook een huurovereenkomst van onbepaalde duur gesloten...

5. Welke opvatting men omtrent het hierboven behandelde probleem ook moge verdedigen, het is duidelijk dat er hier sprake is van een leemte in de Handelshuurwet, die door de rechtspraak zal moeten worden opgevuld. Het geannoteerde vonnis is, voor zover kon worden nagegaan, de eerste gepubliceerde uitspraak over deze aangelegenheid sinds de inwerkingtreding van de huurwet van 20 februari 1991. De door de rechtbank gegeven oplossing kan, zoals gezegd, worden goedgekeurd. Af te wachten valt of de latere rechtspraak zich daarbij zal aansluiten.

A. Van Oevelen
Gewoon hoogleraar Universiteit
Antwerpen (UIA en UFSIA)

VREDEGERECHT TE TORHOUT

15 JUNI 1999

Rechter: de h. Vandeputte

Advocaten: mrs. Windels en Daems

**1. Afstand van recht – Bewijs – Stilzitten van een partij –
2. Verbintenis – Betaling van geldsom – Anatocisme –
a) Gerechtelijke aanmaning – Neerlegging van conclusies ter
griffie – Tijdstip van kapitalisatie van de interest –
b) Toepassingsgebied – Interest op niet tijdig betaalde
huurgelden**

1. Afstand van recht wordt niet vermoed, maar dient ondubbelzinnig vast te staan op grond van de feitelijke omstandigheden van de zaak. Het loutere stilzitten van een partij kan op zichzelf niet worden uitgelegd als een afstand van recht.

2. a) De neerlegging ter griffie van conclusies, waarin de aandacht van de schuldenaar wordt gevestigd op de kapitalisatie van de interesten, geldt als een gerechtelijke aanmaning in de zin van art. 1154 B.W. Er kan evenwel geen kapitalisatie van interesten worden toegekend voor een periode die voorafgaat aan het neerleggen ter griffie van de conclusie waarin zulks voor het eerst is gevorderd.

b) De in art. 1154 B.W. bepaalde voorwaarden voor de kapitalisatie van interesten zijn van toepassing op de interesten verschuldigd voor niet tijdig betaalde huurgelden.

P. t/ P.

1. Feiten en gegevens van de zaak

1. Destijds werd door de rechtsvoorgangers van partijen een notariële huurovereenkomst opgemaakt op 18 juli 1963 voor een periode van 27 jaar, met aanvang op 1 juli 1963 om te eindigen op 1 juli 1990. Deze huurovereenkomst werd overgeschreven in het hypotheekkantoor te Brugge op 31 juli 1963.

2. De basishuurprijs bedroeg 36.000 fr. per jaar, trimestrieel en op voorhand te betalen.

3. De oorspronkelijke huurders blijken het huurgoed voor hun noodwendigheden te hebben aangepast en op het perceel bouwwerken te hebben uitgevoerd om er hun handelszaak in uit te baten.

4. Bij vonnis van deze zetel werd op 17 januari 1989 geoordeeld dat in het geschil tussen Godelieve D. en Wilfried P., geen aanleiding bestond om de ontbinding van de huurovereenkomst uit te spreken.

5. Bij aangetekende brief van 2 februari 1989 hebben eisers huurhernieuwing aangevraagd betreffende het gehuurde pand aan de oorspronkelijke verweerster.

6. Op 26 april 1989 antwoordde oorspronkelijke verweerster op voormelde aanvraag negatief, aanvoerend dat geen handelshuurovereenkomst werd gesloten en derhalve van hernieuwing geen sprake kon zijn. Subsidiair en voor zover daarover anders zou worden geoordeeld door een rechtbank, werden andere voorwaarden gesteld.

7. Tijdens de procedure werd correspondentie tussen partijen gevoerd via de raadslieden om tot een nieuwe

huurovereenkomst te komen, maar tevens betreffende een mogelijke verkoop van het gehuurde pand.

8. Uiteindelijk blijkt een nieuwe huurovereenkomst te zijn opgemaakt tussen de oorspronkelijke eisers en de oorspronkelijke verweerster op 20 februari 1990, ingaande op 1 juli 1990 voor een periode van negen jaar. De bepalingen van de Wet op de handelshuurovereenkomst werden van overeenkomstige toepassing gemaakt op deze huurovereenkomst.

9. De oorspronkelijke verweerster, Godelieve D., overleed op 18 januari 1991, en Lena G. overleed op 8 mei 1995. Voor beiden werd het geding hernomen door de rechtsopvolgers.

2. In rechte**2.1. Hoofdeis****2.1.1. Primair: Huurverlenging aan dezelfde voorwaarden**

De vordering in huurhernieuwing heeft betrekking op de huurovereenkomst van 18 juli 1963, ingegaan op 1 juli 1963. Deze werd gevraagd door eerste eiser en wijlen zijn echtgenote bij aangetekende brief van 2 februari 1989. Het antwoord met de weigering volgde op 26 april 1989 bij aangetekende brief met ontvangstbewijs. Subsidiair werden andere voorwaarden gesteld.

De huurovereenkomst van 18 april 1963 liep ten einde op 1 juli 1990. Aanvankelijk stelden verweersters dat die huurovereenkomst, die volgens hen geen handelshuurovereenkomst was, hoe dan ook een einde nam op die datum, en dat zij voorts weigerden dat eisers nog verder het huurgoed bleven bezetten, vanwaar de initiële tegenvordering.

Tijdens de procedure werd een nieuwe huurovereenkomst gesloten op 20 februari 1990, ingaande op 1 juli 1990, derhalve in onmiddellijke opvolging van de beëindigde huurovereenkomst van 18 juli 1963, waarbij de bepalingen van de Handelshuurwet van overeenkomstige toepassing werden verklaard.

De huurprijs in die nieuwe huurovereenkomst werd bepaald op een trimestrieel vooraf te betalen bedrag van 180.000 fr., jaarlijks op evenredige wijze aan te passen aan het indexcijfer van de consumptieprijzen.

Volgens eisers zouden verweersters afstand hebben gedaan van hun vorderingsrecht en nooit aanspraak hebben gemaakt op de huurprijs van 180.000 fr. per trimester, maar integendeel de prijs van 124.276 fr. per jaar protestloos hebben aanvaard.

Afstand van rechtsvordering veronderstelt overigens dat er een bepaald recht kan worden prijsgegeven, wat het daadwerkelijk bestaan van een recht impliceert. Nergens blijkt dat verweersters nu de bedoeling hebben gehad om van een rechtsvordering afstand te doen, wat immers een processuele handeling is.

Als eisers afstand van recht bedoelen, wat afstand van een materieel recht betekent en niet van een rechtsvordering, dan geldt ook het principe dat zulks ondubbelzinnig dient vast te staan. Afstand van recht wordt immers niet vermoed, maar dient ondubbelzinnig vast te staan op grond van feitelijke omstandigheden terzake. Het loutere stilzitten van een partij kan op zichzelf niet worden uitgelegd als een afstand van recht. In ieder geval kan niet worden vastgesteld

op grond van alle omstandigheden van de zaak dat verweersters een houding hebben aangenomen waaruit enige afstand van recht kan worden afgeleid.

Zij lieten immers in antwoord op een brief van de raadsman van eisers reeds in maart van 1990 weten dat zij zich wilden beraden over al dan niet opnieuw verhuren of verkopen. Omdat geen verkoping doorging vóór het einde van de lopende huur, is de huurovereenkomst vanaf 1 juli 1990 in werking getreden volgens verweersters.

De onderhandelingen over de eventuele verkoping van het onroerend goed zijn gevoerd met het gemeentebestuur van Kortemark, waarvan verweersters moeten worden geacht duidelijk op de hoogte te zijn geweest. Om die reden, en voornamelijk wegens art. 12 Handelshuurwet werd de nieuwe huurovereenkomst niet geregistreerd. Dat eisers ervan op de hoogte waren, moet blijken uit de interesse die zij hebben betoond voor aankoop van het pand, omdat zij aanspraak maakten op de toepassing van art. 8 van de aanvankelijke huurovereenkomst, waarin een verkooprecht werd gestipuleerd. Deze interesse is ook gebleken tijdens het plaatsbezoek.

Dit hield niet in dat de nieuwe huurovereenkomst niet zou hebben bestaan gedurende die periode. Alleen werd zij niet geregistreerd ten einde naderhand de eventuele koper niet te confronteren met een onmogelijk op te zeggen huurovereenkomst.

Op 5 december 1990 werd de nieuwe huurovereenkomst geregistreerd door toedoen van verweersters. Bij de gedingshervatting bij conclusie, neergelegd op 17 april 1991, voor de oorspronkelijke verweerder door haar kinderen, rechtsopvolgers, vorderden dezen de achterstallige huur op grond van de nieuwe huurovereenkomst.

Uit de feitelijke omstandigheden, zijnde het aanvaarden van het bedrag van 124.276 fr. en het stilzwijgen gedurende een relatief korte periode kan niet worden afgeleid dat verweersters afstand zouden hebben gedaan van het recht op de huurprijs die werd bepaald in de huurovereenkomst van 20 februari 1990. Zij kunnen niet worden geacht de huurhervatting stilzwijgend te hebben aanvaard.

Er was trouwens nog de lopende procedure waarin de huurhervatting werd betwist door de oorspronkelijke verweerder, naderhand door de gedinghervattingen. Hun aangetekende brief van weigering van de huurhervatting was ook ondubbelzinnig in dat verband, waarbij uitdrukking werd gegeven dat zij geen hervatting tegen de oude condities wensten.

...

2.1.4. Besluit

Uit dit alles komt de rechtbank tot het besluit dat door het aangaan van de nieuwe huurovereenkomst de vordering in huurhervatting zonder voorwerp is gevallen, zodat deze dient te worden afgewezen.

2.2. Tegeneis

2.2.1. Achterstallige huurgelden

Op grond van de overeenkomst van 20 februari 1990 vorderen verweersters de achterstallige huur. Deze wordt gerekend op basis van de huurprijs van 60.000 fr. per maand

of 180.000 fr. per trimester, zoals bepaald in art. 5 van de huurovereenkomst.

Bij conclusie, neergelegd op 20 mei 1991, vorderden verweersters de huur vanaf het derde trimester 1990 tot en met het tweede trimester van 1991, zijnde viermaal 180.000 fr. of 720.000 fr. Eisers betaalden een bedrag van 124.276 fr., zodat een saldo blijft van 595.724 fr. Hierop lopen gerechtelijke intresten vanaf 22 mei 1991.

Bij conclusie, neergelegd op 16 november 1994, vorderden verweersters de geïndexeerde huur vanaf 1 juli 1991 tot en met juni 1994. Dit levert een totaal bedrag op van 2.295.760 fr., verminderd met de in die jaren betaalde huur van 372.828 fr. (3 x 124.276 fr.), wat een saldo geeft van 1.922.932 fr. Samen met nog twee trimesters sinds juli 1994, wat een bedrag vertegenwoordigt van 396.506 fr., krijgt men een huurprijs van 2.575.054 fr., meer gerechtelijke intresten vanaf 16 november 1994.

Vervolgens werden bij conclusie, neergelegd op 27 juni 1995, de huurgelden (geïndexeerd) voor het eerste semester van 1995 gevorderd, zijnde een bedrag van 396.506 fr., te verminderen met het betaalde bedrag van 124.276 fr., waardoor een bedrag van 272.230 fr. blijft, meer gerechtelijke intresten vanaf 27 juni 1995.

Sinds 1 juli 1995 diende de trimestriële huur te worden bepaald door indexatie op een bedrag van 200.938 fr., zodat voor het tweede semester van 1995 een bedrag verschuldigd is van 401.876 fr., verminderd met een bedrag van 62.138 fr., wat een saldo laat van 339.738 fr., meer gerechtelijke intresten vanaf 10 november 1995.

Ten slotte vorderen verweersters, bij conclusie, neergelegd op 23 november 1998 nog de geïndexeerde huur voor de laatste twee trimesters, deze van de eerste helft van 1996, zijnde een bedrag van 401.876 fr. De huurovereenkomst nam immers een einde door de opzegging van 20 december 1995, niet betwist door verweersters. Er werd evenwel 62.138 fr. betaald, zodat een bedrag blijft van 339.738 fr., meer gerechtelijke intresten vanaf 23 november 1998. Bij materiële vergissing hebben verweersters de gedeeltelijke betaalde huur met het bedrag van de onroerende voorheffing voor 1995 en de helft van 1996 afgetrokken.

Verweersters vorderen toepassing van art. 1154 B.W. Dit kan onder de daarin vermelde voorwaarden dat de vervallen intresten ten minste voor een geheel jaar verschuldigd zijn en na een gerechtelijke aanmaning. Aldus geldt de neerlegging van conclusies als een gerechtelijke aanmaning, wanneer daarin de aandacht van de schuldenaar wordt gevestigd op de kapitalisatie van de intresten (Cass., 18 juni 1981, *Pas.*, 1981, I, 1200).

Ten onrechte zijn eisers van oordeel dat op de intrest voor niet tijdig betaalde huurgelden art. 1154 B.W. niet van toepassing zou zijn.

Bij conclusie, neergelegd op 22 juni 1991 vorderden verweersters de betaling van achterstallige huurgelden, samen met de achterstallige onroerende voorheffing, meer gerechtelijke intresten. Bij conclusie, neergelegd op 27 juni 1991, vragen zij nu de toepassing van art. 1154 B.W.

Er dient evenwel voor ogen te worden gehouden dat er geen intrest op intrest kan worden toegekend voor een periode die voorafgaat aan het neerleggen ter griffie van de conclusie waarbij zulks voor het eerst is gevorderd (Cass., 17 januari 1992, *R. Cass.*, 1992, 25, nr. 43).

Dit houdt in dat de gerechtelijke intrest, vervallen na 22 mei 1991 tegen de wettelijke rentevoet, en gerekend tot 27 juni 1995 op de toen vervallen huurgelden ten belope van 595.724 fr., een bedrag vertegenwoordigde van 195.593 fr. Dit laatste bedrag dient bij het kapitaal te worden geteld, zodat een bedrag van 791.317 fr. wordt verkregen, waarop vanaf 27 juni 1995 gerechtelijke intresten lopen.

...

2.2.4. Onroerende voorheffing

De onroerende voorheffing voor de jaren 1989 en 1990 bedraagt samen 147.776 fr., wat moeilijk te betwisten valt. Art. 8 bepaalde dat de onroerende voorheffing ten laste van eisers viel.

Ook op de daarop gelopen intresten kan anatocisme worden toegepast. Aldus bedroeg de intrest vanaf 22 mei 1991 tot 27 juni 1995 een bedrag van 48.519 fr., dat bij het kapitaal dient te worden gevoegd. Gerechtelijke intresten op het bedrag van 196.295 fr. lopen vanaf 27 juni 1995.

...

NOOT – Bovenstaand vonnis werd bevestigd bij vonnis van Rb. Brugge, 26 januari 2001.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Arbitragehof 15 juli 1999

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Rechterlijke macht – Toelatingsvoorwaarden – Examen inzake beroepsbekwaamheid – Vrijstelling – Plaatsvervangende rechters – Krijgsraad te velde

«Bij arrest nr. 74.160 van 8 juni 1998 heeft de Raad van State de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Schendt art. 21, § 1, tweede lid, van de wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op de opleiding en de werving van magistraten, gewijzigd bij de wet van 1 december 1994, de artikelen 10 en 11 van de gecoördineerde Grondwet, in zoverre dit artikel de plaatsvervangende rechters, benoemd vóór de inwerkingtreding van de wet van 18 juli 1991 en aan wie wegens onverenigbaarheid ontslag om eervolle redenen is verleend, vrijstelt van het examen inzake beroepsbekwaamheid, terwijl de plaatsvervangende rechters die een tijdelijk mandaat hebben vervuld en aan wie bijgevolg geen ontslag om eervolle redenen is verleend, geen recht hebben op vrijstelling van het examen inzake beroepsbekwaamheid?»

Op de volgende gronden beantwoordt het Hof deze vraag ontkennend:

«B.3. De verwijzende rechter vraagt het Hof of het niet discriminerend is dat de overgangsregeling niet geldt voor een categorie van plaatsvervangende rechters die een tijdelijk mandaat hebben uitgeoefend en aan wie geen ontslag om eervolle redenen werd verleend, namelijk de

plaatsvervangende burgerlijke leden van de krijgsraad te velde.

«B.4.1. Tussen de plaatsvervangende burgerlijke leden van de krijgsraad te velde en de gewone plaatsvervangende rechters bestaat in verscheidene opzichten een objectief verschil.

«B.4.2. Op grond van art. 62, § 3, van de wet van 15 juni 1899 houdende eerste en tweede titel van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het leger worden de plaatsvervangende burgerlijke leden van de krijgsraad te velde benoemd onder de beroepsmagistraten der gerechten van het moederland of van Afrika of onder de doctors of licentiaten in de rechten van ten volle vijftientig jaar. De benoemingsvoorwaarden voor deze laatsten waren aldus minder streng dan de benoemingsvoorwaarden die vóór de inwerkingtreding van de wet van 18 juli 1991 golden voor de gewone plaatsvervangende rechters. Deze moesten niet alleen het diploma van doctor of licentiaat in de rechten hebben verworven, maar bovendien op grond van art. 187 en 191 Ger. W. ten volle dertig jaar oud zijn en gedurende tenminste vijf jaar in België werkzaam zijn geweest in de in die bepalingen vermelde ambten.

«B.4.3. Een ander onderscheid tussen de plaatsvervangende burgerlijke leden van de krijgsraad te velde en de gewone plaatsvervangende rechters betreft de duur van de benoeming. De eerste categorie wordt benoemd voor een periode van zes maanden, die kan worden verlengd. De tweede categorie daarentegen is, overeenkomstig art. 152 van de Grondwet, benoemd voor het leven.

«B.4.4. Ten slotte is er ook een verschil wat de inhoud van de rechtsprekende functie betreft, vanwege de specifieke geschillen waarvoor de krijgsraad te velde bevoegd is en wat tot gevolg heeft dat de juridische ervaring van zijn leden van een andere aard is dan die van de gewone plaatsvervangende magistraten.

«B.5. De gevolgen van het in het geding zijnde onderscheid zijn niet onevenredig met de door de wetgever nagestreefde doelstellingen, daar de plaatsvervangende leden van de krijgsraad te velde, zoals alle andere kandidaten, het examen inzake beroepsbekwaamheid kunnen afleggen en de toegang tot de magistratuur hun geenszins wordt ontzegd.

B.6. De verschillen aangegeven in B.4 verantwoorden bijgevolg dat de wetgever de overgangsregeling waarin de wet van 18 juli 1991 voorziet, niet heeft uitgebreid tot de plaatsvervangende leden van de krijgsraad te velde en aldus aan de uitoefening van laatstgenoemde functie niet dezelfde gevolgen heeft verbonden wat de toegang tot de magistratuur betreft.»

(Voorzitter: de h. De Grève – Rapporteurs: de hh. Bosuyt en Cerexhe – Advocaten: mrs. Liebaux loco Devers en P. Peeters – Arrest nr. 83/99).

Hof van Cassatie (1e Kamer) 11 februari 2000

Rechtsmiddelen – Burgerlijke zaken – Hoger beroep – Verschijningstermijn – Nietigheid – Verscheidene partijen – Nietigheid van hoger beroep jegens één partij – Gevolg ten aanzien van andere partijen

Het arrest dat op 9 juni 1998 werd gewezen door het Hof van Beroep te Luik, wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest, zonder dat het middel daartegen opkomt, vaststelt dat de bij art. 1062 Ger. W. opgelegde verschijningstermijn jegens de tweede verweerder niet in acht is genomen;

«Dat het oordeelt dat «de nietigheid van de akte van hoger beroep die jegens een van de gedaagde partijen de verplichte verschijningstermijn niet in acht neemt (...) slaat op de gehele akte van hoger beroep die aangetast is door de onregelmatige vervulling van de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen (...);»;

«Overwegende dat art. 860, eerste lid, Ger. W. bepaalt dat, wat de verzuimde of onregelmatig verrichte vorm ook zij, geen proceshandeling nietig verklaard kan worden, indien de wet de nietigheid ervan niet uitdrukkelijk heeft bevolen;

«Overwegende dat, wanneer er verscheidene partijen zijn, de nietigheid van het hoger beroep tegen een partij jegens wie de wettelijke verschijningstermijn niet in acht is genomen, niet kan leiden tot nietigheid van het hoger beroep tegen een andere partij jegens wie die termijn wel in acht is genomen;

«Overwegende dat het arrest zijn beslissing om «de akte van het principaal hoger beroep nietig en niet ontvankelijk te verklaren» niet naar recht verantwoordt».

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Parmentier – Openbaar ministerie: de h. De Riemaeker – Advocaten: mrs. Draps en Simont – In de zaak: Belgische Staat t/ M.).

NOOT – Zie in dezelfde zin met betrekking tot art. 710 Ger. W. (dagvaardingsstermijn): Cass., 2 februari 1987, *R.W.*, 1987-88, 81.

Hof van Cassatie (2e Kamer) 12 april 2000

Rechtsmiddelen – Strafzaken – Hoger beroep – Appellele uitspraken – Vonnis dat de persoonlijke verschijning beveelt

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Nijvel van 1 december 1999:

«Overwegende dat luidens art. 152, § 3, eerste lid, Sv. «de (politie)rechtbank de persoonlijke verschijning kan bevelen, zonder dat tegen haar beslissing enig rechtsmiddel kan worden ingesteld»;

«Overwegende dat de appèlrechters de voormelde bepaling hebben geschonden, aangezien zij het hoger beroep ontvankelijk verklaren dat eiser heeft ingesteld tegen het vonnis van de politierechtbank dat zijn persoonlijke verschijning beveelt.»

(Voorzitter: de h. Lahousse – Rapporteur: de h. Batselé – Openbaar ministerie: de h. Spreutels – Advocaat: mr. Garot – In de zaak: O. t/ O.M.).

NOOT – Zie ook Cass., 28 januari 1997, *R.W.*, 1997-98, 80, met noot A. Vandeplas; «Bevel tot persoonlijke verschijning», in *Comm. Strafr.*

Hof van Cassatie (1e Kamer) 13 oktober 2000

Belasting over de toegevoegde waarde – Onregelmatige facturen – Toekenning van B.T.W.-aftrek – Geen vaststelling dat de ontbrekende vermeldingen geen nut hadden voor de inning en de controle van de belasting – Onwettig

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 20 april 1998:

«Overwegende dat krachtens het te dezen toepasselijke art. 3, § 1, 1^o, van het K.B. nr. 3 van 10 december 1969 met betrekking tot de aftrekgeregeling voor de toepassing van de belasting over de toegevoegde waarde, de belastingplichtige om zijn recht op aftrek te kunnen uitoefenen ten aanzien van de belasting geheven op de aan hem geleverde goederen en verleende diensten, in het bezit moet zijn van een factuur opgemaakt overeenkomstig art. 2 van het K.B. nr. 1 van 23 juli 1969;

«Overwegende dat uit die bepaling volgt dat de belastingplichtige niet de mogelijkheid heeft ontbrekende, wezenlijke vermeldingen op de factuur op grond van andere documenten aan te vullen om alzo zijn recht op aftrek alsnog te kunnen uitoefenen;

«Dat de factuur, om het recht op aftrek te kunnen gronden, de datum moet dragen waarop zij wordt uitgereikt en het volgnummer moet vermelden waaronder de factuur is ingeschreven in het boek van de uitgaande facturen;

«Overwegende dat het arrest oordeelt dat «het juiste jaartal van het betrokken voertuig en de datum van zijn eerste inverteerstelling dienen te worden vermeld teneinde de administratie in de mogelijkheid te stellen de cataloguswaarde van de betrokken voertuigen te achterhalen» en dat «dient te worden aangenomen dat de B.T.W.-administratie door de vermeldingen op de betrokken facturen niet afdoende was ingelicht om die cataloguswaarde te kunnen bepalen»;

«Dat het arrest verder beslist dat door het ontbreken van het volgnummer in het boek der uitgaande facturen de administratie aanvankelijk niet kon nazien door vergelijking van de boekhouding van verweerder met die van haar leverancier of de door verweerder in aftrek gebrachte B.T.W. wel degelijk door de leverancier werd opgenomen onder de aan de Staat verschuldigde belasting, maar oordeelt dat een nieuwe facturatie met de ontbrekende vermeldingen gedaan tijdens de procedure, het bestuur in staat stelde de nodige controles te doen nog vóór de verjaringsdatum;

«Overwegende dat het arrest dat aldus niet vaststelt dat de ontbrekende vermeldingen geen nut hadden voor de inning van de belasting over de toegevoegde waarde en voor de controle erop door de administratie, zijn beslissing dat de begane onregelmatigheden geen beletsel meer vormen voor de bestreden B.T.W.-aftrek, niet naar recht verantwoordt».

(Voorzitter-rapporteur: de h. Waûters – Openbaar ministerie: de h. Goeminne – Advocaat: mr. Claeys Bouuaert – In de zaak: Belgische Staat t/ P.).

BOEKEN

G.P. HOEFNAGELS, **Handboek scheidingsbemiddeling**, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 210 p.

Dit boek is totstandgekomen op basis van ervaringen die de auteur heeft opgedaan in een kwarteeuw bemiddelingspraktijk, gecombineerd met wetenschappelijk onderzoek in het familierecht. G.P. Hoefnagels is inmiddels al jaren emeritus hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam; hij mag de grondlegger van de scheidingsbemiddeling in Nederland worden genoemd. Het besproken werk is een handboek in de ware betekenis van het woord: een beknopte verhandeling waaruit men de beginselen van de scheidingsbemiddeling kan leren, een leidraad voor de scheidingsbemiddelaar. Drie delen kunnen worden onderscheiden.

Deel I begint met een kort hoofdstuk over de kenmerken van de bemiddeling in het algemeen. Vervolgens wordt de geschiedenis van de scheidingsbemiddeling in Nederland vanaf medio jaren '70 weergegeven. Iets te beknopt wordt ingegaan op de ontwikkelingen in enkele Anglo-Amerikaanse en Scandinavische landen. Het eerste deel wordt besloten met een opsomming van de groeiende bezwaren tegen de traditionele echtscheidingsprocedure die uitmondt in een pleidooi voor wat de auteur noemt «het primaat van de overeenkomst en de bemiddeling in echtscheidingsland». Zonder de advocatuur onrecht aan te doen, wijst hij zeer overtuigend op de nadelen van de structurele polarisatie die zo kenmerkend is voor de «twee-advocatenscheidingsprocedure».

Deel II behandelt het psychologisch proces dat met een scheiding gepaard gaat. Naast de scheidingssignalen, de toestand van duurzame ontwrichting en de scheidingsoverwegingstijd wordt aandacht besteed aan o.m. de betekenis van de scheidingsmelding en -aanvaarding. Ook de positie van de kinderen in het scheidingsproces wordt vanuit een psychologische invalshoek belicht. De auteur pleit ervoor om tijdens de bemiddeling het juridische proces af te stemmen op het psychologische proces.

Deel III is gewijd aan de bemiddelingsmethode, en is duidelijk een toepassing van Deel II. Hoefnagels beschrijft het verloop van de bemiddeling als een gestructureerd scheidingsproces in fasen en koppelt de theorie aan praktijkbeschrijvingen waarbij de klemtoon ligt op de rol van de bemiddelaar. Bijzonder interessant is zijn uitgewerkt idee van een «paraplusprek» met de kinderen als vorm van scheidingsmelding dat het – in België nog te weinig bekende – ouderverslotingsyndroom kan voorkomen. Er wordt specifiek ingegaan op de bemiddeling inzake alimentatie na echtscheiding en het belang van voorlichting op fiscaal vlak. Het hoofdstuk i.v.m. de fiscale begeleiding van echtscheiding door prof. van Arendonk is vrij technisch en daarom enkel praktisch relevant voor de Nederlandse praktijkjurist. Ten slotte wordt ook de go-between-methode, waarbij de bemiddelaar met beide partijen afzonderlijk tot een vergelijk probeert te komen, kort besproken.

Het werk wordt afgesloten met een samenvatting in 48 stellingen en een omvangrijke bibliografie.

Hoefnagels heeft met veel overtuiging een vlot leesbaar boek geschreven, dat enthousiasmerend kan werken voor elke aspirant-bemiddelaar. Jammer is wel dat verschillende hoofdstukken zwak gestructureerd zijn; de uiterst onoverzichtelijke inhoudstafel kan weinig soelaas bieden voor de lezer die de draad even is verloren.

Dit werk onderscheidt zich echter van de overige literatuur omtrent echtscheidingsbemiddeling wegens de verhelderende beschrijving van de overgang van de irrationele naar de rationele fase in het scheidingsproces.

Nu de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken in de Belgische wetgeving werd opgenomen, is er behoefte aan een degelijke handleiding voor diverse categorieën bemiddelaars. Respect voor eenieders professionalisme impliceert ook belangstelling voor andermans specialisme. Meer nog dan welzijnswerkers hebben magistraten, advocaten en notarissen behoefte aan een verdieping van hun psychologische inzichten in het scheidingsproces. Dit boek kan daar in grote mate toe bijdragen.

Gerd Verschelden

I. KRIKKE, **Het bibliotheekprivilege in de digitale omgeving**, Deventer, Kluwer, 2000

Dit boek behandelt een van die terreinen waar het recht de ontwikkelingen op het terrein stevast achterna holt, zonder veel hoop de achterstand ooit in te halen. Het gaat om de moeilijke positie van bibliotheken en het auteursrecht in het dossier van de digitale informatie, al dan niet online. De problemen zijn bekend. In het gedrukte tijdperk lieten de rechthebbenden om een dubbele reden grotendeels betijen: de schade die ze leden door het bestaan van bibliotheken als raadpleeg- en kopieerinstantie van gedrukt materiaal, was enerzijds beperkt en anderzijds ook nauwelijks efficiënt te controleren. In de digitale omgeving is dat heel anders: de eventuele economische schade kan enerzijds hoog oplopen omdat elektronische kopies van enorme hoeveelheden informatie bliksemsnel gemaakt en verspreid kunnen worden (denk bijvoorbeeld aan het Napster-dossier), maar anderzijds beschikken de rechthebbenden deze keer in theorie wel over tamelijk efficiënte technische beveiligingsmaatregelen die controle mogelijk maken. Bovendien is het ook duidelijk dat bibliotheken in een digitale omgeving veel meer toegang bieden tot informatie dan dat ze zelf informatie bezitten. Dit plaatst hen in de positie zelf informatieleverancier te kunnen spelen en aldus op het terrein van de uitgever actief te worden, wat de terughoudendheid van de rechthebbenden verklaart.

Toch kan de titel van het boek nog enige verbazing wekken: een bibliotheekprivilege (in de zin van specifieke beperkingen aan het auteursrecht die alleen voor bibliotheken gelden) bestaat helemaal niet in ons land en zelfs niet in Nederland (waarover het boek gaat). De vraag is vooral of het eventueel moet worden ingevoerd, vanuit de bekommernis om vrije of toch laagdrempelige toegang tot allerlei soorten informatie voor iedereen mogelijk te maken. In een aantal andere landen bestaat een dergelijk privilege wel, onder andere in Scandinavië, het VK en de VS. De rechtsvergelijking met deze landen is dan ook de essentie van deze studie.

Na de inleiding worden in hoofdstuk 2 de rol en functies van bibliotheken vroeger en nu uit de doeken gedaan, met vooral oog voor de publieke taak, waar een privilege gerechtvaardigd zou zijn. In hoofdstuk 3 wordt het internationale juridische kader geschetst (o.a. Berner Conventie, Europese leen- en databankrichtlijn en vooral het richtlijnvoorstel over harmonisatie van auteursrecht in de informatiemaatschappij), waaruit te voorschijn komt dat de mogelijkheden van de nationale wetgever erg beperkt zijn en dat de positie van de rechthebbenden in de digitale omgeving in het algemeen als te sterk overkomt.

In de volgende vier hoofdstukken worden dan de belangrijkste bibliotheekfuncties (collectievorming, preserving, ontsluiting, uitleen, raadpleging ter plaatse en op afstand, kopiëren) getoetst aan de noodzaak van beperkingen op het auteursrecht, en dit achtereen volgens in Nederland, Duitsland, VK en VS. Terwijl in Nederland en Duitsland het privilege eigenlijk ontbreekt (er zijn alleen algemene beperkingen waarvan bibliotheken net als iedereen van profiteren), bestaan er wel privileges in de twee Anglo-Amerikaanse landen, maar die zijn in de praktijk vaak niet zo nuttig, omdat ze te ingewikkeld en dus moeilijk toepasbaar zijn en bovendien niet van dwingend recht. Bibliotheken nemen daarom ook in die landen meestal hun toevlucht tot de contractuele praktijk, waarin voorwaarden worden onderhandeld. Daarentegen ziet de auteur van het boek wel iets in de begeleidende open norm die deze landen hanteren, namelijk het «fair use».

Hoofdstuk 8 schetst dan de uit dit alles voortvloeiende contouren van een (nieuw) bibliotheekprivilege, waarbij opnieuw alle bibliotheekfuncties overlopen worden. Daarbij wordt vaak teruggerepen naar het voorstel uit 1998 van de (Nederlandse) Commissie Auteursrecht. Hoofdstuk 9 komt dan tot conclusies en aanbevelingen, en het boek sluit af met enkele bijlagen van wetteksten, bibliografie en summary.

Er zijn te veel specifieke, genuanceerde standpunten en bijzondere aanbevelingen om ze hier zinvol op te sommen of samen te vatten. Over het algemeen wordt betoogd dat toch een minimum aan wettelijke beperkingen zou moeten worden doorgetrokken van de gedrukte naar de digitale informatie, zodat preserving en alvast elementaire raadpleging ter plaatse niet in het gedrang komen. Anderzijds moeten bibliotheken geen uitzonderingen krijgen in zoverre ze zelf commercieel gaan exploiteren. Het gaat trouwens niet altijd alleen om digitale informatie in dit boek: inzake document

delivery in de vorm van papieren kopies wordt ook een standpunt ingenomen (vergoeding met gedifferentieerde tariefstelling).

Zich bewust van het feit dat de wetgever de materie moeilijk in goede banen kan leiden, kiest de auteur uiteindelijk nogal vaak voor de oplossing van de contractuele praktijk, waar nodig ondersteund door een subsidie van de overheid. Daarbij wordt het voorstel gedaan een standaardregeling voor de sector te ontwikkelen, een vrij recente figuur in het Nederlandse recht, ondergebracht in art. 6:214 BW. Als men er zich bij neerlegt dat het in de praktijk toch heel vaak op contracten zal uitdraaien, is de idee van zulke standaardregeling wel te onderschrijven, omdat de overheid daarbij meteen de zwakkere partij een steuntje in de rug kan geven. Voorts past een dergelijke oplossing natuurlijk in de deregulerende en dan toch weer wat regulerende tijdsgeest.

Een kritiek kan zijn dat het boek, hoewel afgesloten einde 1999, op zijn beurt alweer een belangrijke ontwikkeling wat achterna-hinkt, namelijk het snel toenemende belang van online informatie (vooral via Internet). Er wordt, zonder dat dit steeds uitdrukkelijk gezegd wordt, eigenlijk vooral aandacht besteed aan plaatselijk opgeslagen elektronische informatie bvb. CD-ROM's), waarnaar de regelen voor het gedrukte materiaal ook nog iets makkelijker over te brengen zijn. Voor zover online ter sprake komt, kiest de auteur stevast voor de contractuele praktijk. Wie dan naar de toekomst kijkt, weet dat daarmee de idee van bibliotheekprivilege zo goed als naar de prullenmand verwezen wordt, omdat het leeuwendeel informatie online zal zijn.

Ten slotte is het boek misschien wat te braaf voor de zogenaamde rechthebbenden. In de praktijk zijn dat immers vooral de wereldwijde mediaconcerns, die naar de zwakkere bibliotheken toe licenties opdringen, waarbij ze hoge prijzen rekenen, schermend met het argument dat de bibliotheken hen de markt van de individuele gebruiker inpikken, terwijl ze in de praktijk vaak helemaal geen moeite doen om de individuele gebruiker te bereiken (bv. met betaalbare pay-per-view oplossingen) maar hun massale (bv. wetenschappelijke) databanken enkel als geheel verkopen, aan prijzen die uiteraard geen enkel individu kan/zal betalen. Het is blijkbaar winstgeverder databanken in hun geheel aan enkele honderden bibliotheken te verkopen dan de tienduizenden klanten van die bibliotheken rechtstreeks proberen te bereiken, hoewel dat technisch nauwelijks problemen stelt. In dat licht zijn bibliotheekprivileges dan weer beter te verdedigen, om deze concerns te verplichten de markt echt te laten spelen in plaats van gesubsidieerde bibliotheken leeg te melken.

Christoph Malliet

C.J.J. VAN DEN BERGH, *Geleerd recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvucht*, vierde druk, Deventer, Kluwer, 2000, 229 p.

De auteur van deze «vogelvucht», emeritus hoogleraar in de historische ontwikkeling van het recht aan de Rijksuniversiteit te Utrecht, is een van de meest vooraanstaande rechtshistorici in Nederland. Hij is niet alleen een erudiet, die de rechtsbronnen uit vele landen en perioden persoonlijk heeft bestudeerd, maar hij heeft ook een zeer brede belangstelling voor de externe factoren die de ontwikkeling van het recht begeleiden en soms zelfs determineren. Voeg daarbij dat de auteur beschikt over een levendige en ideeënrijke taal, en men heeft het recept voor even instructieve als vlot lezende boeken. Ook het hier besproken werk vervult de hoge verwachtingen die door de naam van den Bergh worden gewekt. De jurist zal er geboeid en moeiteloos worden binnengeleid in het grote huis van het historisch Europees recht. Het hele recht is historisch gegroeid, zoals men nu wel weet: de tijd toen men dacht dat het *Corpus Iuris* – en zelfs de *Code civil* – als de «geschreven rede» uit de hemel was gevallen, is al lang voorbij. Van den Bergh's verhaal voert de lezer met rasse schreden van de middeleeuwse school van Bologna over het humanisme en de Hollandse Elegante School naar onze eigen tijd, waar hfst. V, *Negentiende en Twintigste Eeuw*, begint met een paragraaf *Eeuwen van vooruitgang?* (let op het vraagteken, dat er honderd jaar geleden wel niet zou hebben gestaan).

Terwijl ik slechts met lof kan spreken over wat het boek bevat, moet ik enige reserve formuleren n.a.v. hetgeen het boek niet bevat. Het is nl. zo dat de aandacht van de auteur werd opgeslorpt door de invloed van het geleerde, Romeinse recht, zodat andere elementen van de Europese rechtswetenschap in de vergeethoek staan. Een van die verliezers is het gewoonrecht, en dus ook de grote commentatoren van de costumen: het is bijv. typisch dat Charles Du Moulin en zijn commentaar op de costume van Parijs niet in de index voorkomen, maar Gabriel Mudaeus wel. Een andere afwezige is het Engelse common law, dat nochtans ook rechtsgeleerde auteurs heeft voortgebracht, en reeds zeer vroeg (Bracton ontbreekt in de index). Maar zelfs binnen het Romeinse recht zijn er blinde vlekken te signaleren: de grote Spaanse humanisten van de zeventiende eeuw en met name de Spaanse Elegante School van Salamanca, ontbreken op het appél. We denken aan namen als F. Ramos del Manzano, J. Suarez de Mendoza en J. Fernandez de Retes. Het dient echter gezegd te worden dat de auteur hier een traditioneel pad heeft bewandeld, waartegen slechts recentelijk werd geprotesteerd (ik denk vnl. aan het artikel van D.J. Osler, «The Myth of European Legal History», in *Rechtshistorisches Journal*, 16, 1997, p. 393-410): de *translatio studii* van Bologna over Bourges en Leiden naar de pandektisten, de *Endstation Deutschland*, is inderdaad een ingeburgerde visie. Vreemd is ook dat de Franse exegetische School, die de rechtsgeleerdheid van de negentiende eeuw heeft gedomineerd in Frankrijk en België, geen afzonderlijk hoofdstuk heeft gekregen en alleen maar een terloopse vermelding (met het gevolg dat exegese en Ecole de l'exégèse in de index ontbreken, en het belangrijke werk over die School van Boudewijn Bouckaert eveneens ontbreekt in de bibliografie).

Deze vierde druk bevat een bibliografie die up to date is gebracht en zelfs publicaties uit 2000 vermeldt (maar de datum 1986 bij de *Abhandlung* van von Ziller is wat misleidend). Een aanbevelenswaardig lees- en leerboek!

R.C. van Caenegem

B. VAN KLINK en W. WITTEVEEN (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000, 279 p.

De *Overtuigende wetgever* borduurt voort op het thema van de communicatieve wetgever, dat in Nederland werd geïntroduceerd door auteurs als W. Witteveen en andere medewerkers van het Tilburgse Centrum voor wetgevingsvraagstukken. De communicatieve wetgever maakt wetten waarbij, aldus de samenvatting van Witteveen en Van Klink, «de invulling en handhaving van de (vaak open geformuleerde) rechtsnorm plaatsvindt in interactie en overleg met de normadressaten» (p. 269).

Er is intussen al het een en ander gepubliceerd rond dat thema. De voorliggende bundel blijft niettemin boeien. De invalshoek van een communicatieve benadering van wetgeving biedt interessante mogelijkheden om de rechtstheorie te herdenken op een wijze die beter aansluit bij de wijze waarop men «het recht» ervaart in een steeds pluralistischer en meer horizontaal wordende rechtsorde. Over de concrete gevolgen hiervan voor de dogma's en axioma's in het recht zijn in deze bundel wel aanwijzingen te vinden, maar dit is nog voer voor later onderzoek. Hier worden nog meer rechtstheoretische thema's aangesneden als de verhouding tussen recht en moraal en de betekenis van de democratische staat. Zoals dat meestal het geval is in een bundel, varieert de kwaliteit van de bijdragen. Dit wordt echter gecompenseerd doordat de bundel, die handelt over een «argumentatiecultuur» in het recht, ook zelf als een discussieforum leest. Rond de uitgangstekst van de twee redacteurs worden de andere bijdragen opgebouwd, waarbij de uitgangsideeën worden toegepast, gesitueerd of bekritiseerd. De slottekst is geen loutere samenvatting van de verschillende bijdragen. Ze gaat in op kritiek, vat de diverse opmerkingen samen rond vijf vraagpunten en formuleert conclusies.

Een dergelijke debatcultuur zou ook het Belgische rechtswereldje wat vaker mogen opfleuren.

P. Popelier

Imtech Belgium

Imtech Belgium NV, te Anderlecht (Brussel), maakt integraal deel uit van het beursgenoteerde Imtech bv. Imtech is een System Integrator in informatie- en communicatietechnologie, industriële automatisering, systeemtechnologie en installatie-techniek.

Zij zijn één van de belangrijke spelers op de Europese markt en actief op de markten van ICT, telecom, maritieme technologie, infra, industrie en utiliteit. Met ongeveer 15.000 medewerkers realiseren zij een omzet van ruim 2 miljard Euro.

Imtech Belgium NV bundelt vijf gerenomeerde Belgische bedrijven: Imtech Belgium Projects, ABI Imtech, Gomola Imtech, IC Imtech en Imtech Maintenance. Met meer dan 600 medewerkers en een omzet van ruim 81 miljoen Euro behoort Imtech Belgium tot de sterkste spelers op de Belgische technologiemarkt.

Om de verdere groei te ondersteunen wordt momenteel uitgekeken naar een competente (m/v):

Bedrijfsjurist

Je functie:

Als bedrijfsjurist staat u de verschillende bedrijven uit de groep bij met juridisch advies. Uw input wordt vooral gewaardeerd bij contractbesprekingen, openbare aanbestedingsdossiers en overnamedossiers. U volgt deze materies nauwgezet op en staat in voor sluitende overeenkomsten. Daarnaast neemt u de geschillen op, stelt u adviezen op, stelt u advocaten aan en volgt u betwistingen op.

Als algemeen secretaris houdt u tevens toezicht op de juridische verplichtingen van de vennootschappen. U werkt in nauwe samenspraak met het management van de diverse vennootschappen binnen Imtech België. U rapporteert aan de Gedelegeerd Bestuurder van Imtech Belgium NV.

Je profiel:

Licentiaat in de rechten met een gedegen ervaring als bedrijfsjurist of in een advocatenkantoor. Bij voorkeur hebt u ervaring met private of publieke aanbestedingen: lastenboeken, contracten,... Goede kennis van het vennootschapsrecht en handelsrecht. Goede tweetaligheid NI/Fr in woord en schrift.

Zowel in externe als in interne communicatie bent u goed onderlegd en uw onderhandelingsvaardigheid, ook met externe partijen, is uitstekend. U bent matuur, integer en discreet en gewend te functioneren op een hoog niveau.

Aanbod:

De mogelijkheid om uw specialistische talenten verder te ontplooiën binnen een groeiend bedrijf met een sterke reputatie in de markt en geruggesteund door de kracht van een beursgenoteerde internationale groep.

Bij deze uitdagende en veeleisende functie hoort een aangepast salarispakket aan het verantwoordelijkheidsniveau.

Interesse?

Dan kan u schrijven, bellen, faxen of e-mailen naar onze adviseurs: Monitor Personeelsadvies, Turnhoutsebaan 301, 2110 Wijnegem - tel: 03-475 12 51 – fax: 03-475 13 64 – e-mail: danny.rombouts@monitorpersoneelsadvies.be.

Voor meer informatie kan u hen tevens 's avonds bellen tussen 19 en 21 uur. Uw reactie wordt snel en vertrouwelijk behandeld.

Monitor
personeelsadvies

NIEUW!

De hervorming van het voogdijrecht

Serie Instituut voor Familierecht en Jeugdrecht K.U. Leuven

P. SENAEEVE, J. GERLO EN F. LIEVENS (eds.)

Exclusief
voorintekenaanbod
tot 15 december 2001:
10% korting
voor RW-abonnees!

2001 | ISBN 90-5095-207-0 | XXV + 499 blz. | 110 EUR | RW-abonnees tot 15 december: 99 EUR

Op 1 augustus 2001 is de nieuwe voogdijwet in werking getreden. De belangrijkste hervormingen zijn dat de instelling van de familieraad volledig wordt afgeschaft en dat de voogdij over minderjarigen slechts opvalt ingeval beide ouders overleden zijn of in de voortdurende onmogelijkheid zijn om het ouderlijk gezag uit te oefenen. De taken en de bevoegdheid van de vrederechter bij de werking van de voogdij worden aanzienlijk uitgebreid. Tal van andere hervormingen en modernisering worden doorgevoerd, niet enkel inzake de voogdij zelf, maar ook inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag over de goederen, het aangaan van een huwelijk, de ontvoogding, enz.

Uit de inhoud:

DEEL I - OPENVALLEN EN ORGANISATIE VAN DE VOOGDIJ

Inleiding - Openvallen van de voogdij - Organisatie van de voogdij - Het overgangsrecht

DEEL II - WERKING VAN DE VOOGDIJ INZAKE DE PERSOON - WIJZIGINGEN IN BOEK I B.W. INZAKE HUWELIJK, ADOPTIE, PLEEGVOOGDIJ EN ONTVOOGDING

De werking van de voogdij inzake de persoon - Huwelijk - Afstamming - Adoptie en volle adoptie - Pleegvoogdij - Ouderlijk gezag - Belangentegenstelling tussen de minderjarige en zijn ouders - Ontvoogding - Verlengde minderjarigheid - De voogdij van het O.C.M.W.

DEEL III - WERKING VAN DE VOOGDIJ INZAKE HET VERMOGEN De modernisering van het vermogensbeheer - De vaststelling en beschrijving van het te beheren vermogen - De basisbeschikkingen - De eigenlijke werking van de voogdij - De verantwoordingsverplichting - Het overgangsrecht

DEEL IV - DE PROCEDURES INZAKE VOOGDIJ EN HET HOORRECHT VAN MINDERJARIGEN

De procedures inzake voogdij en inzake vaststelling van de onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen - Het hoorrecht

van minderjarigen inzake de voogdijprocedures - Overgangsrecht
DEEL V - DE VERKOOP VAN ROERENDE EN ONROERENDE GOEDEREN VAN MINDERJARIGEN

De verkoop van onroerende goederen in het kader van de voogdij - De verkoop van roerende goederen in het kader van de voogdij - Bijzondere aandachtspunten in verband met de vervreemding van goederen van de minderjarige onder ouderlijk gezag - Beperkte wijziging in de machtigingsregels voor de overige onbekwamen - overgangsrecht

DEEL VI - ERFENISSEN, SCHENKINGEN EN LEGATEN. VERZEGELING EN BOEDELBSCHRIJVING. VERDELINGEN

De erfenissen - Schenkingen en legaten - Bewarende maatregelen - Verdelingen

DEEL VII - DE WETTELIJKE HYPOTHEEK VAN DE MINDERJARIGEN EN VAN DE ONBEKWAAMVERKLAARDEN

Inleiding - De rechthebbenden van de wettelijke hypotheek - De gewaarborgde schuldverdragen - De afbakening van de wettelijke hypotheek - De inschrijving van de wettelijke hypotheek - De ontoereikende en de overmatige waarborgen - De doorhaling van de wettelijke hypotheek - Overgangsrecht

DEEL VIII - PRAKTISCHE WENKEN BIJ HET OPTREDEN VAN DE VREDEGERECHTEN MET NIEUWE MODELLEN VOOR DE RECHTSPRAKTIJK

Inleiding - Voogdij over minderjarigen - Verrichtingen bij het einde van de voogdij - De (verlengde) minderjarige onder ouderlijk gezag en de ontvoogde minderjarige - Allerlei - Modellen - Overgangsbepalingen

Dit boek brengt een exhaustief overzicht van alle gevolgen die deze ingrijpende wetshervorming meebrengt en biedt een aantal handige modellen aan voor de rechtspraak.

Met bijdragen van: F. Aps, Chr. De Wulf, Chr. Engels, S. Mosselmans, P. Senaeeve, E. Vandendyck, U. Van den Plas, M. Verrycken en A. Wylleman

Bestel nu!



Stuur de coupon in een voldoende gefrankeerde envelop terug naar Intersentia Uitgevers nv | Churchillaan 108 | B-2900 Schoten (Antwerpen) | België



Of fax de coupon naar ++32 (0)3 658 71 21



Of stuur een berichtje naar mail@intersentia.be

ANTWOORDCOUPON



Hebt u vragen? Bel ++32 (0)3 680 15 50

☐ Ja, ik bestel ____ ex. van het boek **De hervorming van het voogdijrecht** (ISBN 90-5095-207-0). Als RW-abonnee betaal ik slechts 99 EUR i.p.v. 110 EUR, tot 15 december 2001. Ik betaal pas na ontvangst van de factuur, die mij samen met mijn bestelling wordt bezorgd.

de heer | mevrouw

naam: _____ voornaam: _____
firma: _____
straat: _____ nr.: _____
postnummer: _____ gemeente: _____
land: _____
telefoon: _____ fax: _____
e-mail: _____ btw: _____
datum: _____ handtekening: _____

Intersentia nv respecteert uw privacy. De persoonsgegevens die u doorgeeft, mag het gebruiken om u op de hoogte te houden van zijn uitgaven. Wilt u geen commerciële informatie van Intersentia nv? Kruis dan dit vakje aan: ☐ U kunt uw gegevens ook opvragen en laten verbeteren via fax of per brief.



intersentia

1-C-A-R