

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

J. KEUSTERMANS en F. MOLS, De wet van 28 november 2000 inzake informaticacriminaliteit: een eerste overzicht 721

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Rechterlijke macht** – Tucht recht – Duitstalige magistraten
Arbitragehof 31 mei 2001 733

Huur – Aansprakelijkheid van de huurder voor de brand van het gehuurde goed – Gezamenlijk genot en gebruik van het verhuurde goed door verhuurder en huurder – Verplichting van de huurder op het einde van de huur het uitsluitende houderschap aan de verhuurder over te laten – Niet toepasselijkheid van art. 1733 B.W.
Cass. 12 maart 1999 (met noot) 734

Borgtocht en garantie – Borgtocht – Tegenwerpelijkheid van excepties – Excepties ontleend aan de hoofdovereenkomst – Ontbinding wegens wanprestatie van de hoofdschuldenaar
Cass. 12 oktober 2000 735

Verjaring – Stuiting – Erkenning van het recht van hem tegen wie de verjaring loopt – Gevolg
Cass. 27 mei 1999 (met noot) 736

1. Strafvordering – Burgerlijke rechtsvordering – Civiele rechtbank – Schorsing rechtsgang – Grondslag – **2. Arbeids-overeenkomst** – Dringende reden – Termijn – Arbeidsgerecht – Uitspraak over termijn – Betekenis – Gevolg voor rechtsgang
Cass. 19 maart 2001 736

Rechtsmiddelen – Burgerlijke zaken – Herroeping van het gewijsde – Persoonlijk bedrog
Cass. 11 mei 2001 (met noot van P. Schollen, «Bedrog als herroepings- en... nietigheidsgrond in het procesrecht?») 737

Gemeente – Rechtsgeding – Raad van State – Vernietigings- en schorsingsprocedures – Afzonderlijke procedures – Afzonderlijke beslissingen om in rechte te treden
R.v.St. 26 oktober 2001 (met uittreksel uit het verslag van auditeur W. Weymeersch) 739

Koop – Levering – Verplichting tot conforme levering – Koper die conforme levering onmogelijk maakt – Gevolg
Hof Brussel 29 september 1999 742

Overeenkomst – Overmacht – Brouwerijovereenkomst – Op caféhouder rustende afnameverplichting – Daling van omzet beneden normaal rendabiliteitsniveau ingevolge externe omstandigheden buiten de wil van de caféhouder
Hof Antwerpen 17 januari 2000 746

Collectieve schuldenregeling – Minnelijke fase – Verkoop onroerend goed – Taak schuldbemiddelaar – Zuivering
Rb. Brussel 22 december 2000 (met noot) 747

Vennootschap – Besloten Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid – Faillissement binnen drie jaar na oprichting – Oprichtersaansprakelijkheid – Kleine B.V.B.A. – Wettelijk criterium – Verwijzing naar de gemiddelde omzet over de drie boekjaren vóór het faillissement – Extrapolatie van de resultaten naar de gemiddelde jaarlijkse omzet
Kh. Kortrijk 5 maart 2001 748

Jaarlijkse vakantie – Vakantiegeld – Niet-betaling – Misdrijf – Eenheid van opzet – Voortgezet misdrijf – Vordering ex delictu – Verjaring – Aanvang
Arbrb. Antwerpen 11 september 2001 (met noot van J.R.R.) 749

1. Huwelijksvermogensrecht – Wettelijk stelsel – Beheer – Huwelijksgemeenschap – Instellen van rechtsvordering – **2. Onrechtmatige daad** – **Aansprakelijkheid** – Gebrekkige zaken – a) Begrip gebrek – Abnormaal kenmerk – Niet noodzakelijk intrinsiek – b) Openbare wegen – Olievlek op wegdek – Wegdek niet meer beantwoordend aan normale veilige structuur – Eigen fout van het slachtoffer – Voorwaarden – **3. Onrechtmatige daad** – **Schade en schadeloosstelling** – Voertuigschade – Wachtijd
Pol. Gent 5 maart 2001 750

Europese rechtspraak in kort bestek

Vrij verkeer van goederen – Verkoopmodaliteiten – Markt-toegang

H.v.J. 13 januari 2000 en 8 maart 2001 (door J. Meeusen) 753

Vrij verkeer van goederen – Benaming van oorsprong – Verplichting tot botteling in productiegebied – Rechtvaardiging

H.v.J. 16 mei 2000 (door J. Capiau) 754

Vrij verkeer van diensten – Richtlijn 98/43/EG – Tabaks-reclame en -sponsoring – Rechtsgrondslag – Art. 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 95 EG)

H.v.J. 5 oktober 2000 (door J. Capiau) 755

Internationaal privaatrecht – Richtlijn Handelsagentuur – Onafhankelijke handelsagent die zijn werkzaamheden in een lidstaat verricht – In derde land gevestigd principaal – Contractuele rechtskeuze voor het derdelandsrecht – Voorrang Richtlijn Handelsagentuur

H.v.J. 9 november 2000 (door J. Meeusen) 756

Kanttekening

T. De Sutter, Eretitel voor gemeente- en OCMW-raadsleden 757

Boeken

R. Barents, EG-Executieverdrag (door I. Couwenberg) 759

H.S.M. Kruijer, De exoneratieclausules in de algemene voorwaarden van de Federatie van Nederlandse Ondernemingen in de Informatietechnologie (FENIT) (door L. Demeyere) 759

J.L. Van der Neut (red.), Daderschap en deelneming (door S. Van Overbeke) 760

J. Stuyk en P. Wytinck (red.), De hervormde Belgische mededingingswet (door S. De Keer) 760

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

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

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

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

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Vaste medewerkers:

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

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

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 123 €, Advocaten-stagiair: 115,50 €, Studenten: 73,50 €
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.



Internationaal Handelsrecht en Arbitrage

De Themis-School voor Postacademische Juridische Vorming organiseert een recyclage omtrent het Internationaal Handelsrecht en Arbitrage.

Het programma luidt als volgt:

K. Vandekerckhoven, Internationale koopcontracten
M. Pertégas Sender & Y. Van Couter, Internationale distributiecontracten
T. Kruger & Prof. dr. H. Van Houtte, Geschillenbeslechting: rechtbank of arbitrage
C. Vincke, Exportfinanciering

Dit programma wordt achtereenvolgens aangeboden op de volgende plaatsen:

Leuven (KULeuven) 27 februari 2002 (14u-18u), Kortrijk (KULAK) 4 maart 2002 (17u30-21u30), Brussel (KUB) 14 maart 2002 (17u30-21u30), Diepenbeek (LUC) 19 maart 2002 (17u30-21u30).

Voor meer informatie kunt u terecht bij:

THEMIS – School voor Postacademische Juridische Vorming
Tiensestraat 41 – 3000 Leuven

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

DE WET VAN 28 NOVEMBER 2000 INZAKE INFORMATICA-CRIMINALITEIT: EEN EERSTE OVERZICHT

I. INLEIDING¹

1. Informaticacriminaliteit is zonder enige twijfel bijna zo oud als informatica zelf. Vroege artikelen omtrent de problematiek werden in de Verenigde Staten reeds gepubliceerd in de tweede helft van de jaren zestig.² Zoals vaak in de informaticasector, waren de Verenigde Staten bij de eersten om specifieke wetgeving uit te vaardigen. In 1984 werd «The Federal Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Act» goedgekeurd.³

2. Op internationaal niveau werden er reeds verscheidene initiatieven genomen om te komen tot een gezamenlijke strafrechtelijke aanpak van de informaticacriminaliteit. De OESO bracht in 1985 reeds een rapport uit waarin de lidstaten werden aangeraden het materiële strafrecht aan te passen aan de nieuwe vormen van crimineel gedrag in een informatica-technologische omgeving.⁴ De werkzaamheden van de OESO en de Raad van Europa waren toonaangevend, en hebben ertoe geleid dat de meeste geïndustrialiseerde landen thans zijn overgegaan tot de herziening van hun nationale strafbepalingen. Momenteel wordt er gewerkt aan een Europees Verdrag over «cyber-crime», waarbij internationale samenwerking en harmonisering vooropstaan.⁵

De experts van de OESO definieerden het begrip «computer-related crime» als «any illegal, unethical, or unauthorized behaviour involving automatic-processing and/or transmission of data». Een aantal van dergelijke gedragingen was reeds bestraft in het Belgische recht,⁶ maar er waren nog tal van lacunes.

3. Op 13 februari 2001 trad de wet van 28 november 2000 inzake informaticacriminaliteit in werking.⁷ Door deze wetgeving worden een aantal nieuwe misdrijven ingevoerd in het Strafwetboek, en worden een aantal wijzigingen aange-

bracht in het Wetboek van Strafvordering en in de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

4. Hierna wordt ingegaan op de nieuwe misdrijven die door de Wet IC in het Belgische recht worden ingevoerd en op de wijzigingen die worden aangebracht aan de Belgische strafprocedure. Allereerst past het echter even stil te staan bij de gebruikte terminologie.

II. TERMINOLOGIE

5. De gehanteerde terminologie beoogt in het bijzonder technologie-neutraal te zijn, om aldus te vermijden dat de concepten al te snel achterhaald worden door de evolutie van de informatietechnologie.⁸ Twee vaak voorkomende begrippen in de Wet IC worden in de memorie van toelichting als volgt omschreven⁹:

A. Informaticasysteem

6. Hiermee bedoelt de wetgever alle systemen voor de opslag, verwerking of overdracht van data. Hierbij wordt vooral gedacht aan computers, chipkaarten en dergelijke, maar ook aan netwerken en delen daarvan, alsook aan telecommunicatiesystemen of onderdelen daarvan, die een beroep doen op informatietechnologie. Computerprogramma's, zowel besturingsprogramma's als toepassingsprogramma's, maken ons inziens deel uit van een informaticasysteem.

¹ Een uitgebreidere versie van deze tekst zal in de loop van 2002 verschijnen in het losbladig werk *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, A. VANDEPLAS, P. ARNOU en S. VAN OVERBEKE, (red.) (Kluwer Rechtswetenschappen). De auteurs danken Mr. Filip D'Hont, advocaat te Gent en assistent aan de U.Gent, en Mr. Jan Surmont, advocaat te Turnhout, voor hun nuttige suggesties op het ontwerp van deze bijdrage.

² Zie voor een overzicht: R. N. FREED, «Computer Fraud – a Management Trap», *Business Horizons*, juni 1969, opnieuw gepubliceerd in *Computers and Law – A Reference Work* (Peabody, Brown, Rowley & Storey (red.), Boston 1973).

³ *Computer Law Reporter*, september 1984, 266; U. SIEBER, *The International Handbook on Computer Crime*, Computer-related Economic Crime and the Infringements of Privacy, John Wiley & Sons, 1986, 258.

⁴ U. SIEBER, *o.c.*, 92-93.

⁵ Zie voor een verdere bespreking van deze internationale initiatieven: DE VILLENFAGNE, F. et DUSOLLIER, S., «La Belgique sort enfin ses armes contre la cybercriminalité: à propos de la loi du 28 novembre 2000 sur la criminalité informatique», *Auteurs & Media* 2001, 61-63, met verwijzingen.

⁶ Zie hierna onder meer nrs. 10, 40 en 46.

⁷ B.S., 3 februari 2001. Deze wet wordt hierna aangeduid als: «Wet IC»; voor de voorgeschiedenis van deze wet, zie: Y. POULLET, «A propos du projet de loi dit n° 214. La lutte contre la criminalité dans le cyberspace à l'épreuve du principe de régularité des preuves», in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001; S. EVRARD, «Le projet de loi relative à la criminalité informatique», *Ing.-Cons.* 1999, 5-27; J. DUMORTIER (red.), *Recente ontwikkelingen in informatica- en telecommunicatierecht*, ICRI, Die Keure, 1999, 219-240; H. VIAENE, «Zit Internet in een strafrechtelijk vacuüm?» in B.W.F. DEPOORTER, K. DE VULDER, G. SCHRANS en M. VERGOTTE (red.), *Telecom en Internet*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 337-356; P. VAN EECHE, *Criminaliteit in cyberspace*, Gent, Mys & Breesch, 1997; J. SURMONT, «Informaticacriminaliteit», in J. KEUSTERMANS en I. ARCKENS (red.), *Informatica en recht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 95-105; J. KEUSTERMANS, «Belgisch voorontwerp van de wet inzake informaticacriminaliteit», *Computerr.* 1990, 208; B. SPRUYT, «Computers op de strafbank. Analyse van het fenomeen informaticacriminaliteit: Nationale en internationale strafrechtelijke perspectieven» in B. DE SCHUTTER (red.) *Informaticacriminaliteit*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 227-361).

⁸ Deze wetgevingstechniek wordt algemeen toegepast sedert de Verenigde Staten er bewust voor opteeden technologie-neutraal te definiëren met de definitie van een computerprogramma in art. 101 van de Computer Software Act van 1980.

⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, 1999-2000, nr. 213/01, p. 12.

B. Gegevens

7. Hiermee bedoelt de wetgever de voorstellingen van informatie die geschikt zijn voor opslag, verwerking en overdracht via een informaticasysteem. De materiële vormgeving van deze gegevens – elektro-magnetisch, optisch of anderszins – is irrelevant.

8. De vraag rijst of het niet beter ware geweest om in de Wet IC zelf toch nog meer precieze en heldere definities te geven van de termen die worden gebruikt. Door dit na te laten geeft men de moeilijke opdracht aan de rechter om na te gaan wat de wetgever nu eigenlijk heeft willen strafbaar stellen, wat aanleiding kan geven tot arbitraire beslissingen.¹⁰ Dezelfde moeilijkheid heeft trouwens de rechtzoekende.

Het legaliteitsbeginsel (geen misdrijf zonder wet, geen straf zonder wet) kan bovendien zijn rechtsbeschermingsfunctie maar vervullen in de mate dat de wetgever de strafbaar gestelde gedragingen duidelijk en nauwkeurig omschrijft (*lex certa*-beginsel).¹¹

III. MATERIEEL STRAFRECHT

9. Het strafrecht tekent zich af tegen een aantal fundamentele democratische principes, zoals de vrijheid van meningsuiting. De informatietechnologie (bijvoorbeeld door middel van het internet) heeft de mogelijkheid gegeven dit recht uit te oefenen op internationale schaal.¹² Een ander principe is dat van de vrijheid van informatie. Informatie is in principe een vrij goed en mag door iedereen vergaard worden. Enkel wanneer de wetgever van mening is dat een bescherming van de informatie (en van diegene die de informatie heeft verzameld) nodig is, zal hij wetgevend tussenkomen en een uitzondering maken op het algemene principe door bijvoorbeeld bepaalde aspecten van informatie wettelijk te beschermen.¹³ Als deze wettelijke bescherming als onvoldoende wordt ervaren, en enkel in dat geval, is een strafrechtelijke bescherming als *ultimum remedium* onder bepaalde voorwaarden nodig, zoals bijvoorbeeld de bescherming van fabricagegeheimen door art. 309 Sw. Deze principes dienen te allen tijde voor ogen te staan bij de bespreking van de Wet IC.

10. Voor een aantal misbruiken volstonden de vóór de Wet IC bestaande strafbepalingen ingevolge de «teleologische interpretatie» van de strafwet.¹⁴ De rechter mag de wil van de wetgever op een «evolutieve» manier interpreteren en mag aldus rekening houden met gewijzigde omstandigheden in de samenleving, op voorwaarde dat het

feit onder de wettelijke definitie kan worden gebracht en er zekerheid bestaat over de wil van de wetgever.¹⁵ Zo kunnen boodschappen verspreid via internet bijvoorbeeld onder bepaalde voorwaarden drukpersmisdrijven uitmaken.¹⁶

Soms ging men te ver in het rekken van de bestaande strafbepalingen. Zo rees de vraag of het kopiëren van computerprogramma's kan worden gekwalificeerd als diefstal. Volgens een eerste strekking in de rechtspraak en de rechtsleer was dit mogelijk.¹⁷ Een tweede strekking was het hier niet mee eens.¹⁸ Terecht wordt gesteld dat informatie die niet voor intellectueelrechtelijke bescherming in aanmerking komt, ook niet via een (strafrechtelijke) omweg beschermd kan worden.¹⁹

11. Voor een aantal misbruiken diende de wetgever het Strafwetboek aan te passen, omdat de bestaande strafbepalingen, zelfs na een teleologische interpretatie, niet volstonden in de strijd tegen de informaticacriminaliteit. De nieuwe misdrijven die werden ingevoerd in het Strafwetboek worden hierna besproken.

A. Valsheid in informatica

12. Wie de waarheid opzettelijk vervalst via datamanipulatie met betrekking tot juridisch relevante gegevens, maakt zich schuldig aan valsheid in informatica.²⁰

1^o Juridisch relevante gegevens

13. In de rechtspraak en de rechtsleer heerste er onduidelijkheid over het antwoord op de vraag of «elektronische gegevens» onder de bescherming van de traditionele valsheidsdelicten vielen, en meer bepaald of deze gegevens als een geschrift beschouwd konden worden.²¹ Foto's en geluidsbanden kunnen in elk geval niet als een geschrift worden beschouwd.²²

¹⁵ Cass. 25 januari 1956, *Pas.* 1956, I, 535; Cass. 4 mei 1988, *R.D.P.* 1988, 958; zie hieromtrent tevens: J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Paris, PUF, 1999, 189-199.

¹⁶ Corr. Brussel 22 december 1999, *Juristenkrant* 2000 (weergave D. VOORHOOF), afl. 2, 9; *Computerr.* (Ned.) 2000, 199; *Rev. Dr. Etr.* 2000 (verkort), 121; *AM* 2000, 134, met noot D. VOORHOOF.

¹⁷ Antwerpen 13 december 1984, *R.W.* 1986-86, 244; R. VERSTRAETEN, «Diefstal van computergegevens: revolutie in het strafrecht», *R.W.* 1985-86, 215.

¹⁸ Zie onder meer Corr. Verviers 4 oktober 1989, *J.L.M.B.* 1990, 709; Kr. Brussel 20 december 1988, *Computerr.* 1990, 34; B. DE SCHUTTER, «Diefstal van computergegevens: de rechtspraak volhardt» (noot onder Brussel, 3 december 1986), *Computerr.* 1987, 38.

¹⁹ Zie voor een uitgebreide bespreking: P. HELSEN, «Diefstal van computergegevens», *Jur. Falc.* 1997-98, 261-285.

²⁰ Art. 210bis Sw.; diegene die schuldig wordt geacht aan het misdrijf valsheid in informatica wordt gestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar en met een geldboete van 26 frank tot 100.000 frank of met één van die straffen alleen (art. 210bis, § 1, Sw.). Een dergelijke zeer hoge geldboete komt eveneens voor in art. 10 van de wet van 30 juni 1994 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's. Voor de strafbare poging en in geval van (bijzondere) herhaling zijn aangepaste straffen bepaald (art. 210bis, §§ 3 en 4, Sw.).

²¹ Voor de invulling van het begrip «geschrift», zie: W. WILLIO, «Het begrip 'beschermd geschrift' in art. 193 ev. Sw.», *R.W.* 1995-96, 793-820.

¹⁰ Zie hierover tevens: DE VILLENFAGNE, F. en DUSOLIER, S., *l.c.*, 81.

¹¹ Zie L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, I, Leuven, Acco, 1997, 41-42.

¹² Zie hieromtrent: P. VALCKE, «Democratie en diversiteit op de informatiesnelweg: beschouwingen over de vrijheid van meningsuiting op het internet», in S. PARMENTIER (red.), *De rechten van de mens op het Internet*, Antwerpen, Maklu, 2000.

¹³ Bijvoorbeeld de wetgeving op de databanken: zie hieromtrent H. VANHEES, «De juridische bescherming van databanken», *R.W.* 1999-2000, 1001-1018.

¹⁴ Zie hieromtrent C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 76-79.

14. Het nieuwe misdrijf beschermt «juridisch relevante gegevens». Het gaat om gegevens die worden opgeslagen, verwerkt of overgedragen door middel van een informaticasysteem. De materiële vormgeving van deze gegevens (elektromagnetisch, optisch of anderszins) is (net zoals voor de «geschriften») irrelevant. Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de gegevens op een chip of op de magnetische strook van een kredietkaart.

15. Deze gegevens dienen tevens een juridische draagwijdte te hebben, en moeten zich aldus opdringen aan het openbaar vertrouwen.²³ Dit laatste betekent dat het mogelijk moet zijn dat de overheid of de particulieren die er kennis van nemen of aan wie ze worden voorgelegd, overtuigd worden van het vastgelegde juridisch feit of gerechtigd kunnen zijn daaraan geloof te hechten.²⁴ Een en ander is een feitenkwestie die de rechter ten gronde zal moeten beoordelen.

2° De vervalsing van de waarheid via datamanipulatie

16. De vervalsing van de waarheid is de grondvoorwaarde voor de valsheid in geschriften, zonder welke het misdrijf onbestaande is.²⁵ Hetzelfde geldt voor de valsheid in informatica. Niet iedere vervalsing van de waarheid is echter strafbaar. Het moet gaan om een vervalsing op een door de wet omschreven wijze.

17. Bij valsheid in informatica dient de waarheid vervalst te zijn via datamanipulatie. Daarmee wordt bedoeld: a) het invoeren in een informaticasysteem van gegevens; b) het wijzigen van gegevens; c) het wissen van gegevens; d) met enig ander technologisch middel de mogelijke aanwending van gegevens in een informaticasysteem veranderen.

Door deze datamanipulatie dient de juridische draagwijdte van de gegevens te veranderen. Pas vanaf dat ogenblik is het misdrijf voltrokken.

3° Moreel element

18. De waarheid dient opzettelijk vervalst te zijn. In het oorspronkelijk wetsontwerp volstond voor de valsheid in informatica het algemene opzet, namelijk het willens en wetens stellen van de materieel omschreven gedragingen.²⁶ Een amendement van de Senaat waarbij art. 193 Sw. werd gewijzigd (door toevoeging van valsheid in informatica aan de lijst van valsheidsdelicten die een bijzonder opzet vergen), heeft tot gevolg dat er toch een bijzonder opzet lijkt vereist te zijn voor valsheid in informatica.²⁷ De Kamer vergist zich blijkbaar wanneer zij bij de bespreking van de amendementen van de Senaat stelt dat de aanpassing van art. 193 Sw. inhoudelijk niets heeft gewijzigd en enkel een technische verbetering betreft die de tekst verduidelijkt.²⁸ Andere in-

terpretaties blijken evenwel mogelijk.²⁹ Het is o.i. logischer op dit vlak de parallel met valsheid in geschriften te behouden.³⁰

4° Gebruik van valse gegevens

19. Hij die, terwijl hij weet dat de verkregen gegevens vals zijn, hiervan gebruikt maakt, wordt gestraft alsof hij de dader van de valsheid was.³¹

20. De vraag rijst of er een bijzonder opzet voor het gebruik vereist is. Art. 213 Sw. is een bepaling gemeen aan de vier eerste hoofdstukken van titel III (Misdrijven en wanbedrijven tegen de openbare trouw), waaronder ook valsheid in informatica staat opgenomen. Dit artikel vereist bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden voor het gebruik van een aantal valse zaken. In de opsomming van valse zaken is er sprake van onder meer geschriften, maar niet van «juridisch relevante gegevens». Dit zou betekenen dat geen bijzonder opzet vereist is. De vraag rijst of deze niet-opname bewust is gebeurd dan wel of het een vergetelheid van de wetgever betreft.

5° Strafbare poging

21. De poging tot het plegen van voormeld misdrijf wordt eveneens strafbaar gesteld.³²

Het onderscheid met de gevaarzettingsdelicten dient hier duidelijk te worden gemaakt.³³ Deze worden zelfstandig bestraft wegens de sociale gevaarlijkheid die zij inhouden.³⁴

6° Vergelijking met klassieke valsheid in geschriften

22. De valsheid in informatica is een wanbedrijf. Op dit vlak bestaat er een belangrijk verschil met de valsheid in geschriften, die een misdaad is. In het geval van de valsheid in informatica kunnen er in vergelijking met de valsheid in geschriften wel zwaardere geldboetes worden uitgesproken. De vermogensvoordelen die met het misdrijf kunnen worden verkregen, zijn inderdaad wellicht groter, zodat bij vergaande inbreuken zwaardere straffen mogelijk zijn. Veelal zullen de vermogensvoordelen echter beperkt zijn. In zulke gevallen lijkt het ons niet de bedoeling dat de extra zware straffen worden toegepast.

²⁸ *Parl. St. Kamer*, 1999-2000, 213/011, 3; F. DE VILLENFAGNE en S. DUSOLLIER, *o.c.*, 65; F. GOOSSENS, «Wetgeving», *T. Strafr.* 2001, p. 107, nr. 10.

²⁹ J. DUMORTIER, «Recente ontwikkelingen van informatica-recht: De nieuwe Belgische wetgeving betreffende informatica-criminaliteit» in *Verslagboek 8ste VRG-Alumni-dag*, K.U.Leuven, 16 maart 2001, 105.

³⁰ Zie hieromtrent tevens: Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer*, 1999-2000, nr. 213/01, p. 51.

³¹ Art. 210bis, § 2, Sw.

³² Art. 210bis, § 3, Sw.: een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar en een geldboete van 26 fr. tot 50.000 fr. of één van die straffen alleen.

³³ Cfr. *infra*, nrs. 54 en 61.

³⁴ Vergelijk: het bedrieglijk namaken of vervalsen van sleutels als zelfstandig misdrijf (art. 488 Sw.).

²² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Deurne, Kluwer, 1992, 12-13.

²³ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 14.

²⁴ A. DE NAUW, *o.c.*, 15.

²⁵ A. DE NAUW, *o.c.*, 20; Brussel 20 februari 1991, *R.D.P.* 1991, 747.

²⁶ *Parl. St. Kamer*, 1999-2000, nr. 213/01, p. 14.

²⁷ *Parl. St. Kamer*, 1999-2000, nr. 213/08, p. 3.

23. Wellicht kan de valsheid in informatica niet worden beschouwd als een *lex specialis* ten opzichte van de valsheid in geschriften. Het is allicht niet de bedoeling van de wetgever geweest om aan de valsheid in informatica een beperktere actieradius te geven dan aan de valsheid in geschriften door een bijzonder bestanddeel aan de generale bestanddelen toe te voegen.³⁵

B. Informaticabedrog

24. In hoofdstuk II (Bedrog) van Titel IX (Misdrijven en wanbedrijven tegen eigendommen) van Boek II van het Strafwetboek wordt een nieuwe afdeling III^{ter} ingevoegd met als titel «Informaticabedrog».

25. Hij die, voor zichzelf of voor een ander, een bedrieglijk vermogensvoordeel verwerft via datamanipulatie, maakt zich schuldig aan informaticabedrog.³⁶

De bestraffing is dezelfde als voor valsheid in informatica.

Dit nieuwe misdrijf wordt losgekoppeld van art. 496 Sw. (oplichting), dat in essentie bedrieglijke manoeuvres viseert die het vertrouwen van personen schenden. Informaticafraude betreft ongeoorloofde manipulaties van data in een machine, en is in dat opzicht wezenlijk verschillend.³⁷

1^o Het verwerven van een vermogensvoordeel

26. Alle vermogensbestanddelen kunnen rechtstreeks of onrechtstreeks het voorwerp van informaticabedrog zijn. Aangezien er geen beperking wordt gesteld omtrent de aard van de zaken, horen hier ook immateriële goederen, onroerende goederen en dienstprestaties bij. Er is immers geen sprake van «afgeven» of «leveren», zoals bij oplichting, waardoor onroerende goederen en dienstprestaties bijvoorbeeld niet voor oplichting in aanmerking kunnen komen.³⁸

27. In de wettelijke omschrijving wordt niet de voorwaarde gesteld dat het om zaken moet gaan die aan een ander toebehoren. De relatie tussen «de verwerfer» en «van wie men verwerft» komt immers niet duidelijk tot uiting in de wettelijke omschrijving van het misdrijf. Men vergelijkte met diefstal («een zaak die hem niet toebehoort» – art. 461 Sw.), misbruik van vertrouwen («ten nadele van een ander» – art. 491 Sw.) en oplichting («het oogmerk om zich een zaak toe te eigenen die aan een ander toebehoort» – art. 496 Sw.).

28. Het is irrelevant voor het bestaan van het misdrijf informaticabedrog of het voordeel voor zichzelf of voor een ander wordt verkregen.³⁹ Ook het tijdstip (vóór of na de

datamanipulatie) waarop het vermogensvoordeel wordt verworven, is irrelevant.⁴⁰

29. De materiële omschrijving beperkt zich tot «vermogens»voordelen. Zo zou de student die in het informaticasysteem van zijn universiteit inbreekt en het behaalde resultaat op zijn examen(s) verandert, niet onder deze omschrijving vallen,⁴¹ tenzij de rechtspraak het aldus behaalde diploma als een vermogensvoordeel zou aanmerken. Het bestraffen van «elk voordeel» zou wellicht een te ruime omschrijving geweest zijn. In elk geval kan deze student worden bestraft voor computerinbraak en wellicht ook voor valsheid in informatica.

2^o Via datamanipulatie

30. Voor een omschrijving van het begrip «datamanipulatie» wordt verwezen naar randnummer 17. Terwijl bij valsheid in informatica het manipuleren van juridisch relevante gegevens een manier is om valsheid te plegen, en aldus een inbreuk uitmaakt op het openbare vertrouwen, wordt bij informaticabedrog het manipuleren van gegevens als manier om een vermogensvoordeel te verwerven strafbaar gesteld.

31. De parlementaire voorbereiding geeft de volgende voorbeelden: het gebruik van een gestolen kredietkaart om geld uit een automatische biljettenverdelers te halen, het onrechtmatig overschrijden van het krediet van zijn eigen kredietkaart (men kan zich de vraag stellen waarin hier de datamanipulatie bestaat, en of er sprake is van bijzonder opzet indien men nadien de rekening terug aanzuivert), het invoeren van programma-instructies waardoor bepaalde verrichtingen een ander resultaat opleveren met het oog op het verkrijgen van een onrechtmatig financieel voordeel, het met winstbejag verduisteren van bestanden of programma's die men enkel voor een bepaald doel heeft toevertrouwd gekregen.⁴²

32. Art. 6, § 1, van de wet van 30 juni 1994 betreffende de bescherming van computerprogramma's laat toe dat de rechtmatige verkrijger van een computerprogramma zonder toestemming van de auteursrechthebbende mag overgaan tot reproductie en adaptatie van dat programma, in zoverre dat noodzakelijk is voor het gebruik ervan voor het beoogde doel, onder meer om fouten te verbeteren. Zulke datamanipulatie is aldus in elk geval gerechtvaardigd, tenzij ze een onrechtmatig, door de wet van 30 juni 1994 niet toegelaten financieel voordeel oplevert.

33. Wat met het plaatsen van chips in consoles van CD-Rom-spelletjes waardoor ook kopieën van deze spelletjes in de console afgespeeld kunnen worden? De meeste consoles zijn immers uitgerust met een systeem waardoor enkel de originele CD-Roms afgespeeld kunnen worden, en geen kopieën van deze CD-Roms. Wellicht valt het plaatsen van dergelijke chips onder de materiële omschrijving van art. 504^{quater} Sw., namelijk het met enig technologisch middel

³⁵ Zie omtrent de verhouding *lex generalis* – *lex specialis*: B. SPRIET, «Recente rechtspraak omtrent vermogensmisdrijven uit het strafwetboek», in L. DUPONT, R. VERSTRAETEN en F. HUTSEBAUT (red.), *Straf(proces)recht*, Themis, Die Keure, 2000-2001, 67.

³⁶ Art. 504^{quater} Sw.: diegene die schuldig wordt geacht aan het misdrijf informaticabedrog wordt gestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar en met een geldboete van 26 fr. tot 100.000 fr. of met één van die straffen alleen (art. 504^{quater}, § 1, Sw.). Voor de strafbare poging en in geval van (bijzondere) herhaling zijn aangepaste straffen bepaald (art. 504^{quater}, § 2 en 3, Sw.).

³⁷ Memorie van toelichting, 15.

³⁸ A. DE NAUW, *o.c.*, 225.

³⁹ Art. 504^{quater}, § 1, Sw.

⁴⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 15.

⁴¹ Voorbeeld vermeld door S. EVRARD, «La loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique», *J.T.* 2001, 242.

⁴² Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 15.

veranderen van de mogelijke aanwending van gegevens in een informaticasysteem. Van zodra echter een legaal gebruik van deze mod-chips mogelijk is,⁴³ ontbreekt voor voormelde toepassing het vereiste morele element, waardoor er geen sprake kan zijn van informaticabedrog.

34. Art. 10 van de Softwarewet bestraft het in het verkeer brengen van middelen of het voor commerciële doeleinden bezitten ervan, die uitsluitend bestemd zijn om de ongeoorloofde verwijdering of ontwijking van de technische voorzieningen ter bescherming van het computerprogramma te vergemakkelijken. Het mogelijke legale gebruik van de mod-chips sluit wellicht het ongeoorloofde karakter van de verwijdering of ontwijking uit.⁴⁴ Hierop wordt nog teruggekomen bij de bespreking van art. 550ter Sw.⁴⁵

Dit voorbeeld toont aan dat men dikwijls zal dienen terug te grijpen naar het burgerlijk- of handelsrecht om uit te maken of manipulatie van data al dan niet gerechtvaardigd is. Nochtans dient men tevens rekening te houden met een zekere autonomie van het strafrecht.⁴⁶

3° Bijzonder opzet

35. Het beoogde vermogensvoordeel dient bedrieglijk te zijn. Aangezien een vermogensvoordeel moeilijk op zichzelf «bedrieglijk» kan zijn, heeft de wetgever wellicht bedoeld dat de wijze waarop het vermogensvoordeel wordt verworven, bedrieglijk moet zijn.

Bij misbruik van vertrouwen bestaat het bedrieglijke opzet in de bedoeling zich de toevertrouwde zaak toe te eigenen of ze aan de eigenaar te ontnemen.⁴⁷ Bij oplichting bestaat het bijzondere opzet in het oogmerk om zich een zaak toe te eigenen die aan een ander toebehoort.⁴⁸ Bij diefstal bestaat het bedrieglijke opzet in het voornemen de zaak niet meer terug te geven aan de eigenaar of aan de rechthebbenden, of in het *animo domini* handelen. Bedrieglijk opzet bij diefstal onderstelt dat men tegen de wil van de eigenaar handelt.⁴⁹

36. De precieze inhoud van het bijzonder opzet bij informaticabedrog zal nog door de rechtspraak verfijnd dienen te worden. De invulling hiervan zal in elk geval een belangrijke beperking zijn op de ruime materiële omschrijving van het misdrijf.

⁴³ Bijvoorbeeld het maken van een legale reserve-kopie, zie Parijs 7 januari 1987, *Droit de l'Informatique* 1987, 173 en bespreking hiervan door J. KEUSTERMANS, *L.c.*, 149.

⁴⁴ Zie hieromtrent F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 536, nr. 675; Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 104 S. Ct. 774 (1984) (Supreme Court-beslissing waarin Sony succesvol argumenteerde dat aangezien haar videorecorders ook voor legaal gebruik geschikt waren, deze niet een illegaal voorwerp uitmaakten tegenover de auteursrechten van Universal).

⁴⁵ Zie nr. 61.

⁴⁶ Zie hieromtrent L. DUPONT, *Beginnelen van strafrecht*, Leuven, Acco, 1997-98, 12-15.

⁴⁷ A. DE NAUW, *o.c.*, 216; Cass. 16 februari 1953, *Arr. Cass.* 1953, 408.

⁴⁸ A. DE NAUW, *o.c.*, 224.

⁴⁹ A. DE NAUW, *o.c.*, 187-188, met verwijzingen naar cassatie-rechtspraak.

4° Strafbare poging

37. De poging tot het plegen van voormeld misdrijf wordt eveneens strafbaar gesteld.⁵⁰

C. Misdrijven tegen de vertrouwelijkheid, integriteit en beschikbaarheid van informaticasystemen en van de gegevens die door middel daarvan worden opgeslagen, verwerkt of overgedragen

38. Er wordt in het Strafwetboek een nieuwe titel IXbis ingevoegd. In deze titel worden drie nieuwe rechtsbelangen opgenomen die door de nieuwe bepalingen worden beschermd: de vertrouwelijkheid, integriteit en beschikbaarheid van de informaticasystemen en de erin opgenomen gegevens.

1° Ongeoorloofde toegang tot een computersysteem

39. Centraal bij art. 550bis Sw. staat de bestraffing van de wederrechtelijke toegang verkregen tot een informaticasysteem of een deel daarvan («hacking»). Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen aantastingen van buiten het systeem (hierna onder a), en aantastingen door gebruikers die bepaalde toegangsbevoegdheden hebben binnen het systeem (hierna onder b).

40. «Hacking» is wellicht de meest gemediatiseerde vorm van computercriminaliteit.

Een van de bekendste gevallen in België is wellicht de zaak *Bistel*, waarbij er werd ingebroken in de elektronische postbus van de Eerste Minister. In eerste aanleg kwalificeerde de rechter deze feiten als valsheid in geschriften (aangezien de daders zich door middel van een paswoord dat hen niet toebehoorde, valselijk hadden voorgesteld als de rechtmatige gebruikers van het systeem), als diefstal van computerenergie en als verduistering van aan de toenmalige R.T.T. toevertrouwde mededelingen via toegang tot de telefoonlijn waarop het systeem was aangesloten. In hoger beroep werd echter alleen deze laatste grond in aanmerking genomen.⁵¹

Een andere, meer recente, en eveneens bekende zaak is de zaak *ReDaTtack*, waarin er sprake was van opzettelijke kennisname van klantenbestanden van Skynet en van betalingstransacties uitgevoerd door klanten van de toenmalige Generale Bank. De rechter diende zijn toevlucht te nemen tot de wet van 21 maart 1991 op de economische overheidsbedrijven om de dader te kunnen bestraffen. Art. 109ter D/3° en 4° van deze wet verbiedt het met opzet kennisnemen van gegevens inzake telecommunicatie, die betrekking hebben op een andere persoon, en het kenbaar maken, enig gebruik ervan maken, het wijzigen of vernietigen ervan. Het gaat om individuele gegevens die betrekking hebben op een persoon die gebruik maakt van diensten voor telecommunicatie. Deze gegevens zijn echter beperkt tot het gedeelte dat tot de telecommunicatie behoort: het tele-

⁵⁰ Art. 504quater, § 2 Sw.: een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar en een geldboete van 26 fr. tot 50.000 fr. of één van die straffen alleen.

⁵¹ Corr. Brussel 8 november 1990, *J.T.* 1990, 11, noot; B. DE SCHUTTER, «Het Belgisch Bistel-syndroom», *Computerr.* 1991, 164-166; J. SURMONT, «De Bistelzaak», *Computerr.* 1991, 43-44.

communicatieverkeer, de aard en de plaats van opstelling van de inrichtingen voor telecommunicatie, een geheim telefoonnummer van die persoon, ... De kennisname van algemeen bekende gegevens, zoals de naam en de woonplaats, wordt niet beschermd.⁵² In deze zaak kon enkel worden overgegaan tot een vrijspraak betreffende de kennisname en het kenbaar maken van betalingstransacties uitgevoerd door klanten van de toenmalige Generale Bank. Het betrof immers geen gegevens inzake telecommunicatie. Er volgde wel een veroordeling voor de kennisname en het kenbaar maken van de logincode, het paswoord, de gebruikersnaam en de pincode van negen klanten van de NV Skynet.⁵³

41. Uit hierboven genoemde voorbeelden blijkt duidelijk dat een aanpassing van de wetgeving noodzakelijk was indien men de hierboven vermelde gedragingen volledig strafbaar wilde stellen. Voor bepaalde categorieën van gegevens waren evenwel reeds strafbepalingen van toepassing. Zo waren de strafbepalingen van de wet van 8 december 1992 omtrent de bescherming van persoonsgegevens reeds van toepassing op personen die zich op ongeoorloofde wijze toegang verschaffen tot persoonsgegevens.

a) Externe «hacking»

42. Hij die, terwijl hij weet dat hij daar niet toe gerechtigd is, zich toegang verschafft tot een informaticasysteem of zich daarin handhaaft, maakt zich schuldig aan computerinbraak.⁵⁴

(1) Zich toegang verschaffen tot of zich handhaven in een informaticasysteem

43. Het ongeoorloofd binnendringen in een informaticasysteem is strafbaar. Dit kan gebeuren door zich opzettelijk met een netwerk, server of een bestand in verbinding te stellen, zonder daartoe de toestemming te hebben. Ook wanneer men onopzettelijk een verbinding tot stand brengt met een informaticasysteem, maar vrijwillig besluit deze te handhaven, is men strafbaar.⁵⁵

44. Welke materiële gedragingen vallen nu precies onder de noemer «zich toegang verschaffen tot een informaticasysteem»? Is het voldoende dat men zich in verbinding stelt met een informaticasysteem? Is het nodig dat men ook kennisneemt van de gegevens die door middel van een informaticasysteem worden bewaard of verwerkt? Wat als men gegevens toevoegt aan een informaticasysteem door zich daarmee in verbinding te stellen, zonder kennis te nemen van de gegevens die worden bewaard in het in-

formaticasysteem? De precieze materiële inhoud hiervan zal door de rechtspraak bepaald dienen te worden.

45. De eis dat een beveiligingssysteem wordt doorbroken, wordt niet als constitutief bestanddeel van het misdrijf in aanmerking genomen. Dit zou volgens de parlementaire voorbereiding een aantal complicaties meebrengen. Men zou zich de vraag dienen te stellen welk niveau van beveiliging wordt vereist, en voorts zou het openbaar maken van beveiligingsvoorzieningen naar aanleiding van de bewijsvoering niet opportuun zijn. Bovendien zou systeembeveiliging meer en meer standaard worden.⁵⁶

Verscheidene landen, waaronder Nederland, Duitsland, Denemarken en Finland, hebben nochtans gekozen voor het doorbreken van een beveiliging als voorwaarde voor strafbaarstelling. Dit is bovendien in overeenstemming met de richtlijnen van de OESO.⁵⁷

Beveiliging van informaticasystemen is dikwijls noodzakelijk, en informaticagebruikers dienen zich hiervan bewust te worden. Hierbij kan de beveiligingseis voor strafbaarstelling van computerinbraak een zachte druk uitoefenen op potentiële slachtoffers om hun systeem te beveiligen.⁵⁸ Het zou bovendien tevens op zijn minst enige vorm van intentie van diegene die zich toegang verschafft, alsook het gebrek aan toestemming hiervoor van het slachtoffer, aantonen. Voor woningschennis door particulieren is bijvoorbeeld vereist dat de dader moet hebben gehandeld hetzij met behulp van bedreiging of geweld tegen personen, hetzij door middel van braak, inklimming of valse sleutels. Deze omstandigheden drukken de afwezigheid van de toestemming van het slachtoffer uit.⁵⁹ De wetgever heeft het echter niet nodig geacht deze parallel door te trekken naar computerinbraak. Langs de andere kant kan men zich wel de vraag stellen of men de strafwaardigheid van een gedraging kan of moet laten afhangen van de voorzichtigheid en vooruitziendheid van het slachtoffer.

46. Er dient te worden opgemerkt dat wanneer een persoon zich op ongeoorloofde wijze toegang verschafft tot persoonsgegevens, de strafbepalingen van de wet van 8 december 1992 op de bescherming van de persoonsgegevens reeds van toepassing waren. Terwijl bij computerinbraak het beschermde rechtsbelang in de eerste plaats de integriteit van de gegevens en het informaticasysteem is,⁶⁰ zal de klemtoon bij de wet van 8 december 1992 echter eerder op de bescherming van de privacy liggen.

Bovendien voorziet de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid eveneens in een specifieke strafbaarstelling voor de ongeoorloofde toegang tot informaticagegevens. Deze wetgeving omtrent computerinbraak is echter enkel van toepassing bij inbraak in het netwerk van de Sociale Kruispuntbank.⁶¹

⁵² Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, 1989/90, nr. 1287/1, p. 67.

⁵³ Zie hieromtrent B. MICHAUX en S. EVRARD, «Red Attack en de wet van 28 november 2000 inzake informaticacriminaliteit: enkele bedenkingen», (noot onder Corr. Gent 11 december 2000), *T. Strafr.* 2001, 102.

⁵⁴ Art. 550bis, § 1, Sw.; externe «hacking» wordt bestraft met een gevangenisstraf van drie maanden tot één jaar en met een geldboete van 26 fr. tot 25.000 fr. of met één van deze straffen alleen. Wanneer het misdrijf wordt gepleegd met bedrieglijk opzet, bedraagt de gevangenisstraf zes maanden tot twee jaar.

⁵⁵ J. DUMORTIER, *Informatica- en telecommunicatierecht*, Leuven, Acco, 2001, 131-132.

⁵⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 17.

⁵⁷ P. VAN EECHE, *Criminaliteit in Cyberspace*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 25.

⁵⁸ P. VAN EECHE, *o.c.*, 25.

⁵⁹ Art. 439 Sw.; A. DE NAUW, *o.c.*, 163.

⁶⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 17.

(2) *Algemeen opzet: terwijl men weet dat men daar niet toe gerechtigd is*

47. Het wetens en willens wederrechtelijk binnendringen of zich handhaven in een informaticasysteem, is voldoende om strafbaar te zijn. Een bijzonder opzet is niet vereist. De straf wordt wel verhoogd indien het misdrijf wordt gepleegd met bedrieglijk opzet.⁶²

48. Wanneer is men niet gerechtigd om toegang te verkrijgen tot een informaticasysteem? Telkens de expliciete toestemming van de houder van een informaticasysteem vereisen om toegang te verkrijgen, is wellicht niet haalbaar. De grens zal soms moeilijk te trekken zijn. Is de verzender van een SMS-bericht (elektronisch tekstbericht per GSM) of e-mail van een door de bestemming ongewenste (reclame)boodschap strafbaar? Indien een GSM-toestel als een informaticasysteem kan worden beschouwd (een systeem voor de opslag, verwerking of overdracht van data), valt het verzenden van een SMS-bericht wellicht onder het zich toegang verschaffen tot een informaticasysteem.

Het komt ons voor dat het bewustzijn van de ongeoorloofde toegang nauw samenhangt met de opstelling van het informaticasysteem. Een (voice)mail-box staat open voor binnenkomende post. Op het eerste gezicht is het verzenden van zelfs ongewenste boodschappen niet gelijk aan het zich ongeoorloofd toegang verschaffen, net zoals het binnengaan van een woning om een ongewenste mededeling te doen, niet automatisch woningschennis uitmaakt. Ook hier zal men telkens de concrete omstandigheden dienen te onderzoeken. Het doorbreken van een beveiliging kan, hoewel het niet als constitutief bestanddeel in aanmerking is genomen, hiervoor een belangrijke indicatie zijn.

b) Interne «hacking»

49. Hij die, met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, zijn toegangsbevoegdheid tot een informaticasysteem overschrijdt, maakt zich schuldig aan interne «hacking».⁶³

(1) *Het overschrijden van zijn toegangsbevoegdheid tot een informaticasysteem*

50. De Belgische wetgever meent dat het binnen een organisatie (onderneming, administratie, ...) frequenter zal voorkomen dat er een ongeoorloofde toegang plaatsvindt tot bepaalde delen van het netwerk, wegens allerlei factoren (persoonlijke contacten, structuur van het netwerk, werkomgeving). Deze inbreuken kunnen weliswaar intentioneel zijn, maar worden slechts strafwaardig geacht als er een bijzondere negatieve bedoeling achterzit, wat verklaart waarom deze vorm van «hacking» een bijzonder opzet vereist.⁶⁴

⁶¹ Zie hieromtrent P. VAN EECHE, o.c., 20-21; F. ROBBEN, «Het wetsontwerp tot oprichting en organisatie van een kruispuntbank van de sociale zekerheid», *Computerr.* 1990, 14.

⁶² Art. 550bis, § 1, tweede lid, Sw.

⁶³ Art. 550bis, § 2, Sw.; hij die zich schuldig maakt aan interne «hacking» wordt gestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot twee jaar en met een geldboete van 26 fr. tot 25.000 fr. of met één van die straffen alleen.

Het zal niet altijd eenvoudig zijn om uit te maken tot hoever de toegangsbevoegdheid van dergelijke personen reikt. Ook hier wordt niet het vereiste gesteld dat er een beveiligingssysteem wordt doorbroken. Wellicht is het nochtans het beste om preventief te voorzien in een goed beveiligingssysteem. Men doet er ook goed aan om in een (arbeids)overeenkomst of (arbeids)reglement vast te leggen hoe ver de toegangsbevoegdheid precies reikt, zoals men ook voor het e-mailgebruik en internetgebruik door werknemers/medewerkers en de controle daarvan, duidelijke regels pleegt op te stellen in de vorm van een gedragscode of een bedrijfsreglement.⁶⁵

(2) *Bijzonder opzet: bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden*

51. Het bedrieglijk opzet bestaat in de bedoeling aan zichzelf of aan anderen een onrechtmatig voordeel te verschaffen. Het oogmerk om te schaden is de wil nadeel te berokkenen aan een derde.

De Belgische wetgever is van oordeel dat interne controlemechanismen moeten volstaan wanneer er geen bijzondere negatieve bedoeling aanwezig is.⁶⁶ Nieuwsgierige medewerkers moeten door hun werkgever maar op de vingers worden getikt.

c) Verzwarende omstandigheden (zowel voor interne als externe «hacking»)

52. In de volgende gevallen wordt er een zwaardere straf opgelegd.⁶⁷

- het overnemen van gegevens: bijvoorbeeld het stelen van industriële geheimen in het raam van bedrijfsspionage;
- het gebruik maken van een informaticasysteem van een derde of het zich bedienen van een informaticasysteem om toegang te verkrijgen tot een informaticasysteem van een derde: bijvoorbeeld het benutten van de capaciteit van een systeem, waardoor de mogelijkheden van andere gebruikers tijdelijk beperkt worden;
- het veroorzaken van schade aan het «gehackte» systeem, aan het systeem van derden of aan de gegevens in deze systemen, uit onvoorzichtigheid. Daarbij dient te worden opgemerkt dat opzettelijke sabotage een apart (nieuw) misdrijf is⁶⁸ en zwaarder wordt bestraft.

Deze drie gedragingen worden enkel strafwaardig geacht indien zij terzelfder tijd of na de «hacking» worden gepleegd. Door de ruime omschrijving van deze verzwarende omstandigheden, vooral van punt 2 («enig gebruik maken

⁶⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 16; zie randnummer 51.

⁶⁵ Zie hieromtrent: P. DE HERT, «Internetrechten in het bedrijf. Controle op e-mail en Internetgebruik in Belgisch en Europees perspectief», *Auteurs & Media* 2001/1, 110; J. DUMORTIER, «Internet op het werk: controlerechten van de werkgever», *Orientatie* 2000, 39.

⁶⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 16.

⁶⁷ Een gevangenisstraf van een jaar tot drie jaar en een geldboete van 26 fr. tot 50.000 fr. of één van deze straffen alleen.

⁶⁸ Art. 550ter Sw.

van»), bestaat het gevaar van de quasi-automatische toepassing ervan.⁶⁹

d) Strafbare poging

53. Poging tot het plegen van interne of externe «hacking» wordt gestraft met dezelfde straffen.⁷⁰ Gezien de ernst van deze gedragingen wordt dezelfde strafmaat bepaald als voor het voltooide misdrijf. Men kan bij de strafbare poging denken aan het geautomatiseerd uitproberen van lange listings van mogelijke paswoorden. Niet alleen kan dit een zekere tijd in beslag nemen, wat risico's kan meebrengen voor het systeem, maar bovendien zal de dader volgens de wetgever vaak eerder geïnteresseerd zijn in het verkrijgen van de toegangscode op zichzelf dan in het effectief binnenbreken in het informaticasysteem.⁷¹

De schade voor de samenleving is nochtans veel groter wanneer er ook effectief wordt ingebroken in het informaticasysteem. De opmerking van de wetgever dat daders vaak eerder geïnteresseerd zijn in de toegangscode op zich dan in het effectief binnenbreken, is wellicht te veel geïnspireerd door de tijdsgeest, met name door de aandacht in de pers voor personen die «hacken» voor de kick of voor de uitbouw van naam en faam, zoals Houdini sloten opende.

e) Voorbereidingshandelingen («hackertools»)

54. Bepaalde gedragingen die computerinbraak voorbereiden worden als een apart misdrijf beschouwd. Het gaat om het opsporen, verzamelen, ter beschikking stellen, verspreiden of verhandelen van bepaalde middelen om te kunnen hacken.⁷² Om te vermijden dat deze bepaling een hinderpaal zou vormen voor de vrije verspreiding van informatie inzake beveiligingstechnieken wordt een bijzonder opzet (namelijk bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden) vereist.⁷³ Deze gedragingen zullen vaak wellicht tevens als poging tot computerinbraak gekwalificeerd kunnen worden.

f) Opdrachtgevers

55. Diegene die de opdracht geeft tot of aanzet tot het plegen van computerinbraak, wordt zwaarder bestraft dan diegene die het misdrijf effectief uitvoert.⁷⁴ Het is immers gebleken dat professionele criminelen vaak jeugdige computerwizards inschakelen om plannen uit te voeren, waarvoor ze zelf niet over voldoende technische kennis beschikken.⁷⁵

⁶⁹ F. DE VILLENFAGNE en S. DUSOLIER, *l.c.*, 70-71.

⁷⁰ Art. 550bis, § 4, Sw.

⁷¹ Art. 550bis, § 5, Sw.

⁷² Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 18.

⁷³ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 18.

⁷⁴ Art. 550bis, § 6, Sw.: gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar en een geldboete van 100 fr. tot 200.000 fr. of één van deze straffen alleen.

⁷⁵ J. DUMORTIER, Verslagboek VRG-Alumnidag, *o.c.*, 109.

g) Gevolghandelingen

56. Een gevolghandeling die wordt strafbaar gesteld is het helen van de naar aanleiding van de «hacking» verkregen gegevens.⁷⁶ Aangezien het misdrijf heling traditioneel enkel materiële voorwerpen kan betreffen, is deze bepaling vooral in de context van de spionagebestrijding belangrijk. De formulering is gelijklopend met een soortgelijke bepaling onder de misdrijven betreffende het geheim van privé-communicatie en -telecommunicatie.⁷⁷

2° Ongeoorloofde datamanipulatie/sabotage

57. Hij die, met het oogmerk om te schaden, rechtstreeks of onrechtstreeks, gegevens in een informaticasysteem invoert, wijzigt, wist, of met enig ander technologisch middel de mogelijke aanwending van gegevens in een informaticasysteem verandert, maakt zich schuldig aan datamanipulatie/sabotage.⁷⁸

58. Het vernielen, beschadigen en aanrichten van schade was reeds strafbaar op basis van art. 510 e.v. Sw. Deze strafrechtelijke bescherming is echter enkel van toepassing op materiële goederen. Voor sabotage van hardware kunnen deze misdrijven enige bescherming bieden.⁷⁹ Voor de bescherming van immateriële goederen, zoals gegevens die worden opgeslagen, verwerkt of overgedragen door middel van een informaticasysteem, was er geen strafrechtelijke bescherming voorhanden. De invoering van een nieuw misdrijf was hiervoor noodzakelijk.

a) Datamanipulatie/sabotage

59. De datamanipulatie/sabotage dient een gevaar te betekenen voor de vertrouwelijkheid, beschikbaarheid of integriteit van gegevens of informaticasystemen. Het plaatsen op een (eigen) website van laster of racistische uitlatingen valt aldus wellicht niet onder art. 550ter Sw. Een typisch voorbeeld van datamanipulatie/sabotage zijn virussen die in een informaticasysteem worden ingebracht. Virussen zijn kleine computerprogramma's die een kopie van zichzelf in andere programma's kunnen maken en die het functioneren van een informaticasysteem tijdelijk of definitief onderbreken.⁸⁰

⁷⁶ Art. 550bis, § 7, Sw.

⁷⁷ Zie art. 314bis, § 2, Sw.; Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 18.

⁷⁸ Art. 550ter Sw.: data-manipulatie wordt gestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar en met een geldboete van 26 fr. tot 25.000 fr. of met één van die straffen alleen. Indien er effectief schade is opgetreden aan gegevens of aan een informaticasysteem, is er een strafverzwaring bepaald. Er is een verdubbeling van de straf bepaald in geval van herhaling van hetzelfde misdrijf of van de misdrijven bedoeld in art. 210bis Sw. (valsheid in informatica), art. 259bis Sw. (af luisteren, kennismaken en opnemen van privé-communicatie en -telecommunicatie door openbaar ambtenaar), art. 314bis Sw. (misdrijven betreffende het geheim van privé-communicatie en -telecommunicatie), art. 504quater Sw. (informaticabedrog) of art. 550bis Sw. (computerinbraak)).

⁷⁹ Zie hieromtrent J. SURMONT, *o.c.*, 104.

⁸⁰ Zie hiervoor onder meer J. SURMONT, *o.c.*, 103.

b) Bijzonder opzet: het oogmerk om te schaden

60. De wil om schade te berokkenen aan een derde dient te worden aangetoond. Aldus wordt vermeden dat de commercialisering van data of programma's waarvan een legitieme aanwending mogelijk is, maar die evenwel kunnen worden misbruikt, in het algemeen zou worden verboden.⁸¹

c) Voorbereidingshandelingen («sabotagetools»)

61. Naast de misdrijven die kwaadwillige manipulaties/sabotages en de gevolgen die daaruit voortvloeien viseren, wordt ook bepaalde voorbereidingshandelingen strafbaar gesteld. Hierbij wordt gedacht aan de ontwikkeling en de verspreiding van schadelijke gegevens en computerprogramma's, zoals virussen of programma's om dergelijke virussen te genereren.⁸² Ook hier is een bedrieglijk opzet of een oogmerk om te schaden vereist.

Men kan zich de vraag stellen of het commercialiseren van mod-chips onder deze bepaling valt. Het vereiste van een bijzonder opzet vermijdt dat de commercialisering van mod-chips, waarvan een legitieme aanwending mogelijk is,⁸³ maar die evenwel ook misbruikt kunnen worden, in het algemeen zou worden verboden.⁸⁴ Hierdoor is art. 550ter Sw. wellicht niet van toepassing op het commercialiseren van mod-chips.⁸⁵

IV. PROCEDUREEL STRAFRECHT

62. In het Wetboek van Strafvordering worden een aantal vernieuwingen ingevoerd inzake opsporings- en onderzoekshandelingen in een geïnformatiseerde context.

A. Databeslag

63. Er wordt een nieuw art. 39bis in het Wetboek van Strafvordering ingevoegd, waardoor een nieuw dwangmiddel wordt gecreëerd met dezelfde doelstellingen als de inbeslagneming. Wanneer de procureur des Konings nuttige gegevens (alles wat kan bijdragen tot het ontdekken van de waarheid omtrent de vervolgte feiten) aantreft in een informaticasysteem, maar van oordeel is dat de materiële drager niet in beslag moet of kan genomen worden, heeft hij nu de mogelijkheid om de gegevens te kopiëren.⁸⁶ Deze in

een informaticasysteem opgeslagen gegevens kunnen eveneens ontoegankelijk gemaakt of verwijderd worden.

64. Krachtens art. 35 Sv. kan alles wat schijnt gediend te hebben of bestemd te zijn geweest om de misdaad of het wanbedrijf te plegen, alles wat eruit schijnt voortgekomen te zijn en alle roerende goederen die kunnen bijdragen tot het ontdekken van de waarheid omtrent de vervolgte feiten, in beslag worden genomen.⁸⁷

65. De inbeslagneming van voor het strafonderzoek relevante gegevens, die worden opgeslagen, verwerkt of overgedragen via een informaticasysteem, kan aldus volledig volgens de traditionele procedures verlopen, zolang dit gepaard gaat met de inbeslagneming van de materiële drager ervan (bijvoorbeeld de computer, de optische schijven of diskettes).⁸⁸

66. Als de gerechtelijke overheid enkel over de gegevens wil beschikken, maar het informaticasysteem of andere dragers ter plaatse wil laten, is de juridische situatie verschillend, met name omdat inbeslagneming de onttrekking van het betreffende voorwerp aan de beschikking van diegene die het onder zich houdt vereist, en het kopiëren van data derhalve niet als zodanig kan worden geassimileerd met de inbeslagneming van materiële voorwerpen.⁸⁹

67. De parlementaire voorbereiding zet de grote lijnen van het nieuwe artikel als volgt uiteen:⁹⁰

«1) In principe worden de relevante gegevens gekopieerd op dragers van de overheid. Enkel in twee gevallen, namelijk dringendheid of technische problemen, kunnen dragers die ter beschikking staan van personen bevoegd voor het gebruik van het systeem, worden aangewend.

2) In principe wordt de toegang tot deze gegevens in het onderzochte informaticasysteem of op ter plaatse aanwezige dragers na kopienamen geblokkeerd (bijvoorbeeld door versleutelingstechnieken). Er kan evenwel worden beslist om gegevens of een deel ervan niet te blokkeren, bijvoorbeeld om de continuïteit van de werking van een systeem of een organisatie niet in het gedrang te brengen.

3) Het blokkeren van de gegevens kan worden vervangen door het wissen ervan, in twee gevallen:

– indien de procureur des Konings acht dat de gegevens strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden (bijvoorbeeld kinderpornografie, racistische pamfletten);

– de procureur des Konings meent dat de gegevens een risico voor schade opleveren (bijvoorbeeld computervirussen).»

De memorie van toelichting vergeet hierbij de gegevens die het voorwerp van het misdrijf vormen of voortgekomen zijn uit het misdrijf.⁹¹ Deze gegevens kunnen tevens ontoegankelijk worden gemaakt.

«4) Wanneer kopiëren niet mogelijk is, bijvoorbeeld omdat de toepassingsprogrammatuur zeer complex is en elders niet beschikbaar is of omdat de hoeveelheid data te omvangrijk is, worden de gegevens enkel geblokkeerd, wat

⁸¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 19; bijvoorbeeld: de voorwaarden waaronder een rechtmatig gebruiker van een computerprogramma dit mag wijzigen, worden beheerst door de wet van 30 juni 1994 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (zie hieromtrent: J. KEUSTERMANS, «Recente ontwikkelingen in de juridische bescherming van computerprogramma's, chips en databanken», *R.W.* 1994-95, 151 en F. BRISON en J.-P. TRIAILLE, «La nouvelle loi sur la protection des programmes d'ordinateur, dans le sillage de la loi sur le droit d'auteur», *J.T.* 1995, 141-144.

⁸² Art. 550ter, § 4, Sw.; Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 19.

⁸³ Cfr. *supra*, nrs. 33 en 34.

⁸⁴ Zie in die zin: Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 19.

⁸⁵ *Contra*: S. EVRARD, *o.c.*, 243.

⁸⁶ J. DUMORTIER, *o.c.*, 148.

⁸⁷ R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1999, 249.

⁸⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 20.

⁸⁹ Memorie van toelichting, *ibid.*

⁹⁰ Memorie van toelichting, *ibid.*

⁹¹ Art. 39bis, § 3, Sv.

in feite neerkomt op de informatische variant van verzegeling.

5) Als algemene waarborg is er een informatieverplichting voorzien ten aanzien van diegene die verantwoordelijk is voor het informaticasysteem. Daarbij wordt een samenvatting meegedeeld van de operaties die ten aanzien van de gegevens werden uitgevoerd. Een uitputtende inventaris is immers in een geïnformatiseerde omgeving vaak niet realistisch.»

De Raad van State was van oordeel dat deze «verantwoordelijke van het informaticasysteem» in de wet nauwkeuriger diende te worden omschreven. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever een zekere flexibiliteit aangaande de te contacteren persoon beoogt. Het zou moeilijk zijn om *a priori* eenduidig vast te stellen wie de reële of juridische controle heeft over het informaticasysteem.

Volgens Poulet is het mogelijk dat deze informatie pas wordt gegeven aan de verantwoordelijke van het informaticasysteem nadat er reeds beslag is gelegd. Hij waarschuwt voor het gevaar van een beslag op afstand, zonder dat de verantwoordelijke van het informatiesysteem hiervan op de hoogte is.⁹² Hierbij kan worden opgemerkt dat «hacking» door de overheid als nieuwe, geheime bewakingsmaatregel in elk geval verboden is.⁹³

Het feit dat enkel een samenvatting van de operaties die op de gegevens werden uitgevoerd wordt meegedeeld, kan aanleiding geven tot misbruiken. Evrard suggereert om een dubbele kopie te maken van de gegevens waarop beslag wordt gelegd: een die wordt verzegeld en die wordt neergelegd ter griffie of bij een vertrouwenspersoon, en een bestemd voor het eigenlijke onderzoek. Indien er (na de operaties die op de gegevens zijn uitgevoerd) discussie zou ontstaan over de oorspronkelijke inhoud van de gegevens, kunnen beide versies worden vergeleken voor de rechter ten gronde.⁹⁴

(6) Gezien de vluchtigheid van de data en de risico's dat de «in beslag genomen» data ongeoorloofde manipulaties zouden ondervinden die hun bewijswaarde in het gedrang zouden brengen, wordt een beveiligingseis gesteld teneinde de vertrouwelijkheid en de integriteit van de gegevens die het voorwerp uitmaken van de nieuwe dwangmaatregel te waarborgen.»

68. Art. 28^{sexies} en 61^{quater} Sv. zijn van toepassing, waardoor eenieder die wordt geschaad door een opsporings- of onderzoekshandeling met betrekking tot zijn goederen, aan de procureur des Konings of aan de onderzoeksrechter de opheffing ervan kan vragen. Er wordt terzake niet anders gehandeld dan bijvoorbeeld bij de inbeslagneming van een boekhouding, klanten- en leveranciersdossiers, beslag op bankrekeningen of voertuigen.⁹⁵

Het aangepaste art. 89 Sv. maakt art. 39^{bis} Sv. tevens toepasselijk voor de onderzoeksrechter.

⁹² Y. POULLET, «La lutte de la criminalité dans le cyberspace à l'épreuve du principe de régularité des preuves», in *Liber amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, nr. 14.

⁹³ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 23.

⁹⁴ S. EVRARD, *o.c.*, 243.

⁹⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 21.

B. Netwerkozeking

69. Art. 88^{ter} Sv. bevat de mogelijkheid voor de onderzoeksrechter, wanneer hij een zoeking beveelt in een informaticasysteem of een deel daarvan, om deze zoeking, onder bepaalde voorwaarden, uit te breiden naar een informaticasysteem of een deel daarvan dat zich op een andere plaats bevindt dan waar de zoeking plaatsheeft.

Deze uitbreiding dient noodzakelijk te zijn om de waarheid aan het licht te brengen ten aanzien van het misdrijf dat het voorwerp uitmaakt van de zoeking enerzijds, en andere maatregelen zouden disproportioneel zijn of er bestaat een risico dat zonder deze uitbreiding bewijselementen verloren gaan anderzijds.

70. Op de door de uitbreiding van de zoeking in een informaticasysteem aangetroffen gegevens kan krachtens art. 39^{bis} Sv. databeslag worden gelegd. Wanneer blijkt dat deze gegevens zich niet op het grondgebied van het Rijk bevinden, worden ze enkel gekopieerd. In dat geval deelt de onderzoeksrechter dit, via het openbaar ministerie, onverwijld mee aan het Ministerie van Justitie, dat de bevoegde overheid van de betrokken Staat hiervan op de hoogte brengt, indien deze redelijkerwijze kan worden bepaald.⁹⁶

71. De internationale verwevenheid van de netwerken zal wellicht onvermijdelijk aanleiding geven tot gevallen waarbij tijdens de netwerkozeking bestanden worden opgevraagd die zich in het buitenland bevinden. De mogelijkheid om doelbewust de zoeking uit te breiden naar systemen die in het buitenland zijn gesitueerd, roept een aantal juridische vragen op. Ook voor netwerkozeking buiten het arrondissement van de geadieerde onderzoeksrechter zal aan een aantal voorwaarden dienen te worden voldaan.

De onderzoeksrechter is in beginsel bevoegd binnen zijn eigen gerechtelijk arrondissement. Wanneer hij echter binnen zijn bevoegdheid kennis krijgt van een misdrijf, kan hij op grond van art. 62^{bis} Sv. buiten zijn arrondissement alle handelingen verrichten of gelasten die tot zijn bevoegdheid behoren. Hij zal hiervan enkel de procureur des Konings van het arrondissement waar de handeling moet worden verricht, dienen in kennis te stellen.

De situatie ligt echter anders indien men de netwerkozeking wil uitbreiden tot buiten het Belgische grondgebied. De onderzoeksrechter zal een ambtelijke opdracht (ook rogatoire commissie genoemd) dienen te geven aan zijn buitenlandse collega. Hoe ambtelijke opdrachten worden overgezonden en teruggezonden aan buitenlandse rechters, wordt bepaald in internationale, bilaterale of multilaterale verdragen betreffende de uitlevering of de rechtshulp. De uitvoering van een dergelijke ambtelijke opdracht verloopt volgens de nationale wetgeving van de Staat van de aangezochte rechterlijke overheid.⁹⁷ Een aangezochte rechterlijke overheid zal de ambtelijke opdracht van een vreemde rechterlijke overheid echter enkel uitvoeren na machtiging van de bevoegde overheid van zijn land, tenzij de internationale verdragen anders bepalen.⁹⁸

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de Belgische wetgever in dezen een pragmatische aanpak vooropstelt. Enkel wanneer voldoende tijd en kennis voorhanden zijn,

⁹⁶ Art. 88^{ter}, § 3, Sv.

⁹⁷ Cass. 30 april 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 525.

⁹⁸ Zie hiervoor: R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 371-372.

moet de weg van de klassieke internationale rogatoire commissies worden gevolgd. Wanneer per toeval of onopzettelijk data uit het buitenland worden verkregen, staat de rechtmatigheid van het strafprocesueel optreden van de overheid niet principieel ter discussie en is er volgens de memorie van toelichting, geen aanleiding om de verkregen gegevens internrechtelijk *a priori* als bewijsmateriaal uit te sluiten.⁹⁹

Deze pragmatische aanpak kan niet worden gevolgd. Een netwerkzoeking is een onderzoeksmaatregel die een schending uitmaakt van het recht op eerbiediging van het privéleven.¹⁰⁰ In dat opzicht kan slechts een schending deze fundamentele rechten van de mens plaatsvinden in die gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft. Men kan bij de invulling van de manier waarop een netwerkzoeking gevoerd dient te worden, geen ruimte laten voor «toevallige» schendingen van (inter)nationale regelgeving, van toepassing in België en/of in de landen waar er bewijsmateriaal wordt verzameld.

In de Overeenkomst van 19 juni 1990 ter uitvoering van het Schengen-Akkoord van 14 juni 1985 wordt in de artikelen 39 tot 47 voorzien in een relatief grote politieke operationele autonomie, met uitzondering echter van daden waarvoor dwangmiddelen moeten worden aangewend en waarbij het nog steeds de taak van het openbaar ministerie is om te zorgen voor de regelmatigheid van de strafprocedure. Voor daden van onderzoek (zoals een inbeslagneming) blijft een voorafgaande machtiging van de bevoegde overheid vereist.¹⁰¹ Ook «Schengen» biedt aldus geen oplossing.

C. Medewerkingsplicht

72. Krachtens art. 88*quater* Sv. kunnen personen van wie wordt vermoed dat ze een bijzondere kennis hebben van het informaticasysteem dat het voorwerp uitmaakt van de zoeking of een bijzondere kennis hebben van diensten om gegevens te beveiligen of te versleutelen, verplicht worden inlichtingen te verstrekken in verband met de werking van het informaticasysteem en/of de toegang tot het systeem of de gegevens. Hierbij wordt gedacht aan onder andere de toegangsmogelijkheden, de configuratie, de beveiliging en de cryptografische sleutels.¹⁰² De onderzoeksrechter vermeldt de omstandigheden eigen aan de zaak die de maatregel wettigen in een met reden omkleed bevelschrift dat hij meedeelt aan de procureur des Konings.

Bovendien kan de onderzoeksrechter iedere geschikte persoon bevelen om zelf het informaticasysteem te bedienen of de terzake dienende gegevens te zoeken, toegankelijk te maken of te verwijderen. Dit bevel kan echter niet worden gegeven aan de verdachte en zijn naasten wegens het zwijgrecht van de verdachte en wegens het verbod van zelfincriminatie.¹⁰³ Problemen in verband met het verbod van zelfincriminatie kunnen nog ontstaan wanneer een bevel

wordt gegeven aan een persoon die op dat ogenblik nog geen verdachte is, maar wiens betrokkenheid pas blijkt na kennisname van de terzake dienende gegevens.¹⁰⁴

Art. 88*quater* Sv. doelt op onder meer importeurs/verdelers van computers of software, «thrusted third parties», dienstenverstrekkers, operatoren, bedrijfsingenieurs die een specifieke informaticaconfiguratie hebben uitgewerkt, beveiligingsspecialisten. De onderzoeksrechter zal dit geval per geval dienen na te gaan.¹⁰⁵

Om de afdwingbaarheid van deze bepalingen te garanderen, wordt de niet-naleving van de voormelde verplichtingen, alsook het hinderen van het onderzoek in een informaticasysteem, strafrechtelijk beteugeld.

73. Wat de personen betreft die gehouden zijn door het beroepsgeheim verwijst de parlementaire voorbereiding naar de regels van het gemeene recht.¹⁰⁶ In principe kan een getuige, die op grond van art. 458 Sw. of een bijzondere wet gehouden is door het beroepsgeheim, weigeren te antwoorden op de vragen van de onderzoeksrechter. Indien hij wel een verklaring aflegt, is hij niet strafbaar. Hij heeft immers geen zwijgplicht, maar enkel een zwijgrecht. De houder van het geheim beslist in beginsel autonoom of hij voor de onderzoeksrechter een verklaring aflegt of niet.¹⁰⁷

74. Iedere persoon die zijn medewerking verleent, is ook zelf tot geheimhouding hieromtrent verplicht.¹⁰⁸

75. Dezelfde medewerkingsplicht wordt tevens ingevoerd met betrekking tot de telecommunicatiedienst waarop een maatregel als bepaald in art. 90*ter* Sv. betrekking heeft.¹⁰⁹ Art. 90*ter* Sv. heeft betrekking op het af luisteren, kennis nemen en opnemen van privé-communicatie of privé-telecommunicatie tijdens de overbrenging ervan. De lijst van misdrijven waarvoor art. 90*ter*, § 1, Sv. kan worden toegepast, wordt tevens uitgebreid.¹¹⁰

D. Bewaringsplicht

76. De laatste wijziging die door de Wet IC wordt aanbracht, heeft betrekking op art. 109*ter*, E, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven.

Krachtens art. 109*ter*, E, § 2, van deze wet zal de Koning de verplichtingen bepalen voor de operatoren van telecommunicatienetwerken en de verstrekkers van telecommunicatiediensten om de oproepgegevens van tele-

¹⁰³ Zie hieromtrent P. QUARRE, «Le droit au silence», *J.T.* 1974, 524-528; F. KUTY, «L'étendu du droit de silence en procédure pénale», *Rev. Dr. Pén.* 2000, 330-331, en art. 14.3.g I.V.B.P.R.; E.H.R.M. 13 oktober 1992, *Rev. Trim. Dr. H.* 1994, 242, met noot O. KLEES.

¹⁰⁴ R. VERSTRAETEN, «Strafprocesrecht: recente ontwikkelingen», in *Straf(proces)recht*, vormingsonderdeel 6 van het programma Themis, Brugge, Die Keure, 2000-2001, 32.

¹⁰⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 27.

¹⁰⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 28.

¹⁰⁷ R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 337-338; zie ook A. DE NAUW, *o.c.*, 175-183.

¹⁰⁸ Art. 88*quater*, § 4, Sv.

¹⁰⁹ Art. 90*quater* Sv.

¹¹⁰ Zie art. 90*ter*, § 2, Sv.

⁹⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 24-25.

¹⁰⁰ Art. 8 E.V.R.M. en art. 17 I.V.B.P.R.

¹⁰¹ Zie hieromtrent N. BAUWENS, «Schengen, experientia docet», *R.W.* 1992-93, 345-347; F. THOMAS, «Rechtshulp versus rechtsbescherming in Schengenland», *Panopticon* 1991, 221-232).

¹⁰² Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 27

communicatiemiddelen en de identificatiegegevens van de gebruikers van telecommunicatiediensten te registreren en gedurende een bepaalde termijn te bewaren met het oog op de opsporing en de vervolging van strafbare feiten in de gevallen te bepalen bij Koninklijk Besluit.¹¹¹ Deze termijn mag nooit minder dan twaalf maanden bedragen.

77. De Belgische wetgever is van oordeel dat de verstrekkers van telecommunicatiediensten structurele maatregelen moeten nemen om, enerzijds de oproepgegevens (oorsprong, bestemming, lokalisatie, duur, ...) van telecommunicatie te kunnen achterhalen, en anderzijds de gebruikers die informatie aan het publiek aanbieden, te kunnen identificeren, en deze inlichtingen te bewaren.¹¹² Het begrip «oproepgegevens» wordt aangewend, omdat in de context van computernetwerken niet louter met telefoonnummers, maar ook bijvoorbeeld met internetadressen wordt gewerkt.

De Koning zal de bewaarperiode van de gegevens bepalen. Hierbij dient rekening te worden gehouden met enerzijds de behoeften van de strafvordering en anderzijds de technische en praktische haalbaarheid.¹¹³

78. Volgens art. 22 van de Grondwet heeft ieder recht op eerbiediging van zijn privé-leven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald. In zijn advies merkt de Raad van State op dat de «oproepgegevens» waarvan sprake deel uitmaken van het privé-leven van de betrokkenen. Bijgevolg komt het alleen aan de wetgever toe om duidelijk te vermelden welke gegevens moeten worden geregistreerd en bewaard en in welk geval zulke maatregelen genomen moeten worden. De Raad van State is van oordeel dat de delegatie aan de Koning op dit vlak ongrondwettig is.¹¹⁴

79. Ook de Europese Commissie heeft haar bedenkingen bij art. 109ter, E, § 2, van de wet van 21 maart 1991. De Commissie vindt onder meer de bewaringsverplichting van de oproep- en de identificatiegegevens te zwaar. Oorspronkelijk dienden deze gegevens fysiek in België opgeslagen te worden. De Europese Commissie zag hierin een

beperking van de economische grondrechten. Hierdoor zouden nodeloos belemmeringen worden opgelegd aan het economisch leven binnen de Europese Unie. Om aan dit bezwaar tegemoet te komen, wordt nu vereist dat de bewaringsplicht moet worden uitgevoerd binnen de Europese Unie. Bovendien meent de Europese Commissie dat art. 109ter, E, § 2, van de wet van 21 maart 1991 een schending inhoudt van de Europese bepalingen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer.¹¹⁵ De negatieve doorwerking van Europees gemeenschapsrecht in het interne materieel strafrecht kan de niet-toepassing van de nieuwe strafbaarstellingen in België tot gevolg hebben.¹¹⁶

V. CONCLUSIE

80. De strijd tegen de informaticacriminaliteit kan slechts effectief worden geleverd indien de middelen daartoe krachtadig en rechtsgeldig zijn. De praktijk zal duidelijk maken of de nieuwe wetgeving op een aantal punten dient te worden bijgeschaafd. Terecht kan men zich de vraag stellen of de Belgische wetgever in zijn strijd tegen de informaticacriminaliteit niet te weinig oog heeft gehad voor fundamentele rechten en vrijheden. Een aantal begrippen en misdrijven zijn eerder vaag omschreven.

Het is ook duidelijk dat er nog heel wat werk aan de winkel is op het vlak van internationale samenwerking en informatie-uitwisseling. Meer dan bij vele «klassieke» misdrijven speelt informaticacriminaliteit zich af in een vluchtige, virtuele wereld die zonder moeite grensoverschrijdende gevolgen heeft. De nieuwe wettelijke bepalingen zijn een nuttig instrument in de strijd, maar alles wijst erop dat ook op internationaal vlak bijkomende afspraken en regelingen nodig zijn. Gelukkig wordt ook daar niet stilgezeten.

Jeff KEUSTERMANS
Advocaat bij de balie te Turnhout
en docent Vlekho Brussel
en
Freddy MOLS
Advocaat bij de balie te Turnhout

¹¹¹ Hij die de verplichtingen door de Koning krachtens deze wet bepaald niet nakomt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van drie maanden tot zes maanden en met een geldboete van 26 fr. tot 20.000 fr. of met een van deze straffen alleen.

¹¹² Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 30.

¹¹³ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 213/01, p. 32.

¹¹⁴ Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer*, 1999-2000, nr. 213/001, p. 56.

¹¹⁵ Advies van de Europese Commissie, *Parl. St. Kamer*, 1999-2000, nr. 213/01, p. 17-22.

¹¹⁶ Zie hieromtrent: B. SPRIET, «De doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht in de strafbaarstelling van het interne Belgische strafrecht», *R.W.* 1995-96, 1159-1171.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

31 MEI 2001

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. Martens en Boel

Advocaten: mrs. Weisgerber loco Zians, Haas en Lambot
loco Wouters

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Rechterlijke macht – Tuchtrect – Duitstalige magistraten

De artikelen 408bis, 408ter, 409, 412, 412bis, 412ter, 413bis, 413ter en 414 Ger. W. schenden niet de art. 10 en 11 van de Grondwet doordat zij, wat de samenstelling en de werking van de tuchtorganen betreft, de Duitstalige magistraten niet op dezelfde wijze behandelen als de Nederlands-talige en Franstalige magistraten.

Arrest nr. 74/2001

Onderwerp van het beroep

Bij het Hof is beroep tot vernietiging ingesteld van de artikelen 408bis, 408ter, 409, 412, 412bis, 412ter, 413bis, 413ter en 414 Ger. W., vervangen of ingevoegd door de wet van 7 mei 1999 «tot wijziging, wat het tuchtrect voor de leden van de Rechterlijke Orde betreft, van het Gerechtelijk Wetboek».

...

In rechte

...

B.1. De verzoekers vorderen de vernietiging van de artikelen 7 en 8 van de wet van 7 mei 1999 «tot wijziging, wat het tuchtrect voor de leden van de rechterlijke orde betreft, van het Gerechtelijk Wetboek» in zoverre «die bepalingen met name de nieuwe artikelen 408bis, 408ter, 409, 412, 412bis, 412ter, 413bis, 413ter en 414 in het Gerechtelijk Wetboek invoegen».

...

B.6. Uit de elementen van het verzoekschrift volgt dat de grieven hoofdzakelijk gericht zijn tegen art. 408ter Ger. W., dat een Nationale Tuchtraad instelt.

Het tweede lid van art. 408ter Ger. W. bepaalt dat de Nationale Tuchtraad uit een Nederlandstalige en een Franstalige kamer bestaat.

Het tiende lid van dezelfde bepaling luidt: «Wanneer bij de Nationale Tuchtraad vervolging wordt ingesteld tegen een magistraat die overeenkomstig de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken blijk heeft gegeven van kennis van de Duitse taal en die vraagt dat de procedure in het Duits wordt gevoerd, wordt de magistraat met de minste anciënniteit vervangen door een magistraat die door loting wordt aangewezen onder de magistraten die overeenkomstig de wet van 15 juni 1935 betreffende het

gebruik der talen in gerechtszaken blijk hebben gegeven van kennis van de Duitse taal.»

B.7.1. Volgens de verzoekende partijen zouden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet geschonden zijn, in zoverre de voormelde bepaling niet in een Duitstalige kamer heeft voorzien binnen de Nationale Tuchtraad. Bovendien zou de aanwezigheid van één enkele Duitstalige magistraat, bedoeld in het tiende lid van art. 408ter Ger. W., wanneer de ingezette procedure een Duitstalige magistraat betreft die vordert dat de procedure in het Duits verloopt, ondoel-treffend zijn. Die bepaling zou het niet mogelijk maken te voldoen aan de vereisten volgens welke de hele procedure in het Duits moet verlopen.

De verzoekers achten zich gediscrimineerd ten aanzien van de Franstalige en de Nederlandstalige magistraten die voor een kamer van de tuchtraad kunnen verschijnen waarvan alle leden hun taal kennen.

B.7.2. Art. 45bis van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken bepaalt dat in het arrondissement Eupen niemand tot magistraat kan worden benoemd indien hij niet doet blijken van kennis van het Duits. Het verschil in behandeling tussen Nederlandstalige, Franstalige en Duitstalige magistraten berust dus op een objectief criterium, namelijk het taal-criterium.

B.7.3. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 7 mei 1999 (*Parl. St.*, Kamer, 1998-99, nr. 1665/5, p. 49-50) volgt dat het beperkte aantal Duitstalige magistraten dat aan de andere benoemingsvoorwaarden kan beantwoorden om lid te worden van de Nationale Tuchtraad, in aanmerking is genomen bij de totstandkoming van de regel vervat in art. 408ter Ger. W. Het is dus, rekening houdende met de reële situatie van de Duitstalige magistraten, dat de bestreden bepaling is aangenomen.

De betwiste maatregel blijkt dus redelijkerwijze verantwoord, gelet op die situatie.

B.7.4. Uit die bepaling kan niet worden afgeleid dat de Duitstalige magistraat die tuchtrectelijk wordt vervolgd voor de Nationale Tuchtraad, niet door de leden ervan zou kunnen worden begrepen of dat die niet in staat zouden zijn het dossier correct te behandelen.

Art. 45bis van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken legt de magistraten van het arrondissement Eupen de verplichting op door hun diploma te bewijzen dat zij de examens van licentiaat in de rechten in de Franse taal hebben afgelegd of het bewijs te leveren van kennis van het Frans. De Duitstalige magistraat die tucht-rectelijk wordt vervolgd, zou dus de procedure in het Frans voor de Franstalige kamer van de Nationale Tuchtraad kunnen volgen.

Art. 408ter Ger. W., ingevoegd bij de wet van 7 mei 1999, laat evenwel aan de Duitstalige magistraat de mogelijkheid om te vorderen dat de procedure in het Duits verloopt. Indien hij een dergelijke vraag indient, spreekt het voor zich dat de Nationale Tuchtraad van de stukken zal moeten kennisnemen in het Duits door, indien nodig, een beroep te doen op tolken of vertalers.

Voor het overige stelt het Hof vast dat art. 73, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State enkel de kennis van het Duits vereist van een staatsraad, een griffier en twee auditeurs, dat art. 34, § 4, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof enkel van een lid van het Hof de kennis van het Duits vereist en dat geen enkele eis geformuleerd wordt ten aanzien van het Hof van Cassatie. Die bepalingen hebben die rechtscolleges nooit verhinderd pleidooien te aanhoren in het Duits, kennis te nemen van conclusies of memories die in die taal zijn opgesteld en beslissingen te wijzen in het Duits, telkens wanneer de wet hen dat oplegt.

B.8.1. De verzoekende partijen vergelijken tevens de situatie van de Duitstalige magistraten naargelang zij tucht-rechtelijk of strafrechtelijk worden vervolgd. Zij leiden een argument af uit art. 25 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, in zoverre het de Duitse taal uitdrukkelijk voorschrijft wat de strafrechtelijke vervolgingen betreft.

B.8.2. Art. 25 van de voormelde wet bepaalt dat «voor het Hof van Beroep, in eerste en laatste aanleg rechtsprekende in strafzaken, (...) de rechtspleging in het Frans, in het Nederlands of in het Duits (wordt) gevoerd (...)», naar gelang van de in het geding betrokken magistraat.

Art. 30bis van dezelfde wet bepaalt echter dat in geval van onmogelijkheid op wettige wijze een rechtscollege samen te stellen dat moet berechten in de Duitse taal, de rechtspleging wordt gevoerd in de Franse taal, met de mogelijkheid, indien een van de partijen het vraagt of ambtshalve, dat een beroep wordt gedaan op vertalers.

B.8.3. Ook hier heeft de wetgever rekening moeten houden met het beperkte aantal Duitstalige magistraten wanneer hij de strafrechtelijke procedures heeft georganiseerd. Het door de verzoekende partijen aangevoerde verschil in behandeling tussen beide procedures bestaat dus niet. Het is immers mogelijk dat Duitstalige magistraten voor een Franstalig rechtscollege verschijnen, wanneer het onmogelijk is een rechtscollege samen te stellen dat uitspraak moet doen in de Duitse taal.

B.9.1. De regering van de Duitstalige Gemeenschap voert tevens een schending aan van art. 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met art. 6 E.V.R.M., in zoverre art. 408ter Ger. W., doordat het voorziet in de aanwezigheid van slechts één Duitstalig lid binnen de Nationale Tuchtraad wanneer een Duitstalige magistraat wordt vervolgd, waardoor het dat lid mogelijk zou maken in alle stadia van de procedure een beslissende invloed uit te oefenen op de andere leden van het college, op zodanige wijze dat het onpartijdigheidsbeginsel geschonden zou zijn. De aangevoerde discriminatie zou bovendien worden verergerd door het feit dat, aangezien de wetgever de fasen van onderzoek en beslissing niet voldoende van elkaar heeft afgescheiden, het Duitstalige lid in alle stadia van de procedure een beslissende invloed zou uitoefenen.

B.9.2. Wat het aanvoeren van art. 6 E.V.R.M. betreft, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest *Pellegrin* van 8 december 1999 geoordeeld dat «de geschillen waarbij tegenover de administratie ambtenaren staan die een betrekking waarnemen die een deelname impliceert aan de uitoefening van de openbare macht aan de toepassingsfeer van art. 6.1 ontsnappen».

Het ten aanzien van de magistraten vastgestelde tuchtstelsel ontsnapt dus aan de toepassingsfeer van art. 6 E.V.R.M. Het Hof kan te dezen de schending ervan in samenhang met art. 10 en 11 van de Grondwet niet toetsen.

B.9.3. Die omstandigheid neemt echter niet weg dat verscheidene in de hiervoor vermelde gedragsbepaling geboden waarborgen tevens van toepassing zijn als algemene rechtsbeginselen in tuchtzaken. Zulks is het geval voor het algemeen beginsel van onpartijdigheid van de rechter.

B.9.4. Wat dat middel betreft, legt de regering van de Duitstalige Gemeenschap geen enkel concreet argument voor dat van dien aard is dat het aantoonde dat het Duitstalige lid van de Nationale Tuchtraad een beslissende invloed zou kunnen uitoefenen in alle stadia van de procedure. Doordat aan de leden van die Raad die niet voldoende het Duits beheersen, de mogelijkheid wordt geboden een beroep te doen op de diensten van vertalers of tolken, kunnen zij rechtstreeks toegang hebben tot de procedurestukken en de elementen van het dossier. In zoverre het slechts om een veronderstelling gaat die op geen enkel bewijselement berust, kan het middel niet worden aangenomen.

B.10. Uit die elementen volgt dat art. 10 en 11 van de Grondwet niet zijn geschonden door art. 408ter Ger. W., ingevoegd bij de wet van 7 mei 1999.

B.11. De verzoekende partijen voeren de schending aan van art. 10 en 11 van de Grondwet door art. 408bis, 409, 412, 412bis, § 2, 412ter, 413bis, 413ter Ger. W., ingevoegd bij art. 7 en 8 van de wet van 7 mei 1999. Die bepalingen zouden niet op doeltreffende wijze het recht waarborgen van de magistraten om een tuchtprocedure in het Duits te verkrijgen, wanneer ze zulks wensen.

B.12. De bestreden bepalingen wijzen de bevoegde korpschefs aan om aan magistraten tuchtsancties op te leggen. Ze stellen tevens de te volgen procedure vast wanneer tegen hen een tuchtrechtelijke vervolging wordt ingezet. Zij voorzien echter in geen enkele specifieke regel voor de Duitstalige magistraten.

B.13. Dergelijke regelen doen daarom geen afbreuk aan de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie. Niets neemt immers weg dat in voorkomend geval een beroep wordt gedaan op de diensten van vertalers of tolken tijdens de verschillende etappes van de procedure, wanneer een Duitstalige magistraat vraagt dat die in het Duits verloopt.

Daaruit volgt dat de artikelen 408bis, 409, 412, 412bis, § 2, 412ter, 413bis, 413ter Ger. W., ingevoegd bij art. 7 en 8 van de wet van 7 mei 1999, art. 10 en 11 van de Grondwet niet schenden.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 12 MAART 1999

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Verbist en De Gryse

Huur – Aansprakelijkheid van de huurder voor de brand van het gehuurde goed – Gezamenlijk genot en gebruik van het verhuurde goed door verhuurder en huurder – Verplichting van de huurder op het einde van de huur het uitsluitende houderschap aan de verhuurder over te laten – Niet toepasselijkheid van art. 1733 B.W.

Wanneer de verhuurder en de huurder samen het verhuurde goed onder zich hebben tijdens de duur van de verhuring, kan de huurder niet worden verplicht op het einde van de huur de gehuurde zaak terug te geven, maar wel en alleen het uitsluitende houderschap aan de verhuurder over te laten. Deze verplichting, waaromtrent in art. 1733 B.W. niets is bepaald, kan de toepassing van die wetsbepaling niet rechtvaardigen.

R. t/ N.V. A.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 november 1994 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen;

...

Overwegende dat krachtens art. 1733 B.W., zoals te dezen van toepassing, de huurder aansprakelijk is voor brand in het gehuurde goed, tenzij hij bewijst dat de brand is ontstaan door toeval of overmacht, of door een gebrek in de bouw, of dat de brand van een naburig huis is overgeslagen;

Overwegende dat de verplichting van de huurder de gehuurde zaak, waarvan hem het houderschap was afgestaan, bij het eindigen van de huur aan de verhuurder terug te geven, ten grondslag ligt aan deze wetsbepaling;

Overwegende dat, wanneer de verhuurder en de huurder samen het verhuurde goed onder zich hebben tijdens de duur van de verhuring, de huurder niet verplicht kan zijn de gehuurde zaak terug te geven maar alleen het uitsluitende houderschap aan de verhuurder over te laten; dat deze verplichting, waaromtrent in art. 1733 B.W. niets is bepaald, de toepassing van die wetsbepaling niet kan rechtvaardigen;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat 1) eiser niet alleen de kantoren gebruikte, maar ook de garage om zijn mobilhome in onder te brengen; 2) hij dag en nacht met een sleutel vrije toegang had tot de plaatsen in huur genomen door W.; 3) eiser nauwelijks enkele uren vóór de feiten zich nog in de kantoren bevond en er zijn portefeuilles (met meer dan 100.000 frank) liet liggen; 4) één van de kamers voor de eigenaar (eiser) voorbehouden was voor bewoning;

Dat het arrest op grond van deze gegevens wettig vermocht te oordelen dat eiser als eigenaar en verhuurder een recht van voortdurend genot en medegebruik had van de verhuurde plaatsen op het tijdstip van de brand, zodat art. 1733 B.W., vóór de wijziging ervan bij art. 7 van de wet van 20 februari 1991, terzake niet van toepassing is;

Dat het middel in zoverre niet kan worden aangenomen.

NOOT – Zie in dezelfde zin onder gelding van het vroegere art. 1733 B.W.: Cass. 16 mei 1952, *R.W.* 1952-53, 305. Zie in dezelfde zin onder gelding van het huidige art. 1733 B.W.: Y. Merchiers, «Le bail en général», in *Répertoire Notarial*, VIII, *Les Baux*, I, Brussel, Larcier, 1997, p. 224, nr. 294; J. Vankerckhove (red.), *Le louage de choses*, I, *Les baux en général*, in *Les Nouvelles, Droit civil*, VI-I, Brussel, Larcier, 2000, p. 650, nr. 1028.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 12 OKTOBER 2000

Voorzitter-rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Werquin

Advocaat: mr. Van Ommeslaghe

Borgtocht en garantie – Borgtocht – Tegenwerpelijkheid van excepties – Excepties ontleend aan de hoofdovereenkomst – Ontbinding wegens wanprestatie van de hoofdschuldenaar

De borg kan aan de schuldeiser niet de exceptie tegenwerpen dat de hoofdovereenkomst is ontbonden wegens de wanprestatie van de hoofdschuldenaar.

N.V. E.L. t/ H.

Gelet op het bestreden vonnis, op 28 september 1998 in laatste aanleg gewezen door de Vrederechter van het tweede kanton Charleroi;

Over het middel: schending van art. 1134, 1135, 1184, 2011, 2012, 2034, 2036 B.W., 27, inzonderheid 27, eerste lid, van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, en 149 van de Grondwet,

doordat het vonnis de vordering tot geldigverklaring van de overdracht van verweerders loon ontvankelijk, maar niet gegrond verklaart en de vordering van eiseres afwijst op grond «dat, wat de zaak zelf betreft, er moet worden vastgesteld dat de schuldvordering van eiseres op verweerder is vastgesteld in een op 13 september 1995 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent tegen alle schuldenaars uitgesproken en in kracht van gewijsde gegaan vonnis; dat voornoemd vonnis de ontbinding heeft uitgesproken van de op 10 mei 1993 gesloten financieringsovereenkomst en dat die overeenkomst dus geacht wordt niet langer te bestaan; dat derhalve de verbintenis tot loonoverdracht, die gescheiden is van maar niettemin accessoir is bij de hoofdovereenkomst, niet langer in aanmerking kan worden genomen op grond van het beginsel van de uniciteit van de financieringshuurovereenkomst en de overeenkomst van loonoverdracht».

terwijl, (...)

tweede onderdeel, de ontbinding van een overeenkomst de verbintenissen van de schuldenaar tegen wie ze is uitgesproken niet doet vervallen; de schuldenaar met name verplicht is tot betaling van de eventueel in een schadebeding bepaalde schadeloosstelling voor die ontbinding wegens wanprestatie; de borg, die de uit de hoofdovereenkomst voortvloeiende verbintenissen heeft gewaarborgd, daardoor gebonden blijft ondanks de ontbinding (art. 2011 B.W.); de borg dus aan de hoofdschuldeiser niet de exceptie kan tegenwerpen dat de hoofdovereenkomst ontbonden is wegens wanprestatie aan de zijde van de hoofdschuldenaar (art. 2036 B.W.), en zich evenmin op die omstandigheid kan beroepen om daaruit de ontbinding van de borgtochtovereenkomst af te leiden (art. 2012 en 2034 B.W.); de overeenkomst van overdracht van loon de uitvoering waarborgt van de uit de hoofdovereenkomst voortvloeiende verbintenissen, zoals blijkt uit art. 27, inzonderheid het eerste lid, van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers; de gewaarborgde overeen-

komst te dezen de door de verweerder aangevane borgtocht is; die overeenkomst van overdracht bijgevolg van kracht blijft, net zoals de borgtocht, ondanks de ontbinding van de door die borgtocht gewaarborgde hoofdovereenkomst; het vonnis bijgevolg, nu het beslist dat de overeenkomst van overdracht van loon vervallen was ten gevolge van de ontbinding van de financieringsovereenkomst, de gevolgen miskent van de met toepassing van art. 1184 B.W. uitgesproken ontbinding van een overeenkomst (schending van art. 1184 B.W.); de verbindende kracht van de overeenkomst van loonoverdracht, alsook die van de borgtocht-overeenkomst miskent (schending van art. 1134 en 1135 B.W.); de gevolgen die volgens de wet verbonden zijn aan de borgtochtovereenkomst in het bijzonder miskent (schending van art. 2011, 2012, 2034 en 2036 B.W.); de waarborg, die besloten ligt in de overeenkomst van loonoverdracht, miskent (schending van art. 27, inzonderheid eerste lid, van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers):

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat naar luid van art. 2036, eerste lid, B.W. de borg zich tegen de schuldeiser kan beroepen op alle excepties die aan de hoofdschuldnaar toekomen en die tot de schuld zelf behoren;

Dat die excepties verband kunnen houden met een oorzaak van ontbinding van de hoofdovereenkomst, met uitzondering van het geval waarin die overeenkomst ontbonden wordt wegens wanprestatie aan de zijde van de hoofdschuldnaar;

Overwegende dat de bodemrechter, na erop te hebben gewezen «dat de schuldvordering van eiseres op verweerder is vastgesteld in een tegen alle schuldenaars uitgesproken vonnis» en «dat voornoemd vonnis de ontbinding van de op 10 mei 1993 gesloten financieringsovereenkomst heeft uitgesproken, beslist «dat, derhalve de verbintenis van loonoverdracht, die gescheiden is van, maar niettemin accessoir is bij de hoofdovereenkomst, niet langer in aanmerking kan worden genomen op grond van het beginsel van de uniciteit van de financieringshuurovereenkomst en de overeenkomst van loonoverdracht»; dat hij aldus de in het middel aangegeven wetsbepalingen schendt;

Dat het middel gegrond is.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 27 MEI 1999

Voorzitter-rapporteur: de h. Verheyden
Openbaar ministerie: de h. Piret
Advocaten: mrs. De Gryse

Verjaring – Stuiting – Erkenning van het recht van hem tegen wie de verjaring loopt – Gevolg

De erkenning van het recht van hem tegen wie de verjaring loopt, heeft niet tot gevolg dat in de plaats van de aldus gestuite verjaring een verjaring komt die naar aard of termijn

verschilt, tenzij zij schuldvernieuwing inhoudt of de oorspronkelijke verjaring berust op een vermoeden van betaling.

N.V. J.A. t/ D., S. en G.

Gelet op het bestreden vonnis, op 9 januari 1997 in laatste aanleg gewezen door de vrederechter van het kanton Châtelet;

...

Overwegende dat de erkenning, als bedoeld in art. 2248 B.W., niet tot gevolg heeft dat in de plaats van de aldus gestuite verjaring een verjaring komt die naar aard of termijn verschilt, tenzij zij schuldvernieuwing inhoudt of de oorspronkelijke verjaring berust op een vermoeden van betaling;

Overwegende dat, enerzijds, schuldvernieuwing niet wordt vermoed en dat uit het bestreden vonnis niet kan worden afgeleid dat eiseres, door de rechten van de eerste en de tweede verweerder te erkennen, een nieuwe verbintenis heeft willen aangaan in de plaats van die welke zij in haar hoedanigheid van reisorganisatrice had aangegaan;

Dat anderzijds, de verjaring, bepaald in art. 30.2 van de Internationale Overeenkomst van 23 april 1970 betreffende het reiscontract, goedgekeurd bij de wet van 30 maart 1973, die volgens het bestreden vonnis op het geschil van toepassing is, zonder dat zulks wordt bekritiseerd, niet gegrond is op een vermoeden van betaling;

...

NOOT – Zie in dezelfde zin: Cass., 25 januari 1962, *Pas.*, 1962, I, 610; Cass., 9 maart 1972, *R.W.*, 1972-73, 569; Cass., 11 maart 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 798; *Pas.*, 1976, I, 760.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 19 MAART 2001

Voorzitter: de h. Boes
Rapporteur: mevr. Bourgeois
Openbaar ministerie: mevr. De Raeve
Advocaten: mrs. Geinger en De Gryse

1. Strafvordering – Burgerlijke rechtsvordering – Civiele rechtbank – Schorsing rechtsgang – Grondslag – 2. Arbeids-overeenkomst – Dringende reden – Termijn – Arbeidsgerecht – Uitspraak over termijn – Betekenis – Gevolg voor rechtsgang

1. De schorsing van de burgerlijke rechtsvordering hangende voor de civiele rechtbank, zolang niet beslist is over de strafvordering, berust op het gezag van gewijsde van het strafvonnis t.a.v. de punten die aan de strafvordering en de burgerlijke vordering gemeen zijn.

2. Als het arbeidsgerecht onderzoekt of het ontslag om een dringende reden tijdig is gegeven, doet het geen uitspraak over de aanwezigheid of de zwaarwegendheid van de als dringende reden aangevoerde feiten. Het arbeidshof dat terzake anders beslist en de behandeling van de zaak daarom opschort, schendt art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet en art. 4, eerste lid, Voorafgaande Titel Sv.

V.D.A. t/ N.V. R.B.

Gelet op het bestreden arrest, op 18 februari 2000 gewezen door het Arbeidshof te Brussel;

...

Overwegende dat de regel van openbare orde, vastgelegd in art. 4 van de wet van 17 april 1878, krachtens welke de burgerlijke rechtsvordering die niet terzelfder tijd voor dezelfde rechter als de strafvordering wordt vervolgd, geschorst is zolang niet definitief is beslist over de strafvordering, hierdoor verantwoord is dat het strafvonnis ten aanzien van de afzonderlijk ingestelde burgerlijke rechtsvordering gezag van gewijsde heeft aangaande de punten die aan de strafvordering en aan de burgerlijke vordering gemeen zijn;

Overwegende dat krachtens art. 35, derde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, een ontslag om dringende reden niet meer zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn mag worden gegeven, wanneer de feiten ter rechtvaardiging ervan sedert ten minste drie werkdagen bekend zijn aan de partij die zich hierop beroept;

Dat het feit aan de werkgever bekend is wanneer deze voldoende zekerheid heeft, namelijk voor zijn eigen overtuiging tegenover de ontslagen partij en het gerecht, om met kennis van zaken een beslissing te kunnen nemen omtrent het bestaan van dit feit en de omstandigheden die er een dringende reden tot onmiddellijk ontslag van maken;

Overwegende dat dientengevolge het arbeidsgerecht, om te beslissen of het ontslag al of niet binnen de in art. 35, derde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalde termijn is gegeven, alleen dient te onderzoeken of de aangevoerde kennis van de werkgever op het ogenblik van het ontslag niet reeds meer dan drie werkdagen bestond; dat het hierbij geen uitspraak doet over het bestaan van de feiten en het zwaarwegend karakter ervan;

Dat het arrest anders oordeelt en op grond hiervan met toepassing van art. 4 van de wet van 17 april 1878, de zaak naar de bijzondere rol verwijst tot na de uitspraak van de strafrechter;

Dat het arrest aldus de aangewezen wetsbepalingen (art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet en art. 4, eerste lid, Voorafgaande Titel Sv.) schendt.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 11 MEI 2001

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Dirix

Openbaar ministerie: de h. Thijs

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Rechtsmiddelen – Burgerlijke zaken – Herroeping van het gewijsde – Persoonlijk bedrog

Er is persoonlijk bedrog in de zin van art. 1133, 1º, Ger. W. wanneer een partij zelf of de lasthebber die haar op het proces vertegenwoordigde, door een oneerlijke proceshouding heeft belet dat de rechter wiens beslissing in kracht van gewijsde is getreden, kon kennisnemen van feiten die

determinerend hadden kunnen zijn voor de beslechting van het geschil, met inbegrip van het geval waarin dat bedrog ertoe strekte te verhinderen dat de wederpartij tegenspraak kon voeren.

Faillissement N.V. W.B. t/ V.O.F.O.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 april 1999 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen;

Over het middel, gesteld als volgt:

schending van art. 149 van de Grondwet en 1133, 1º, Ger. W.,

doordat het hof van beroep de vordering van verweerster tot herroeping van gewijsde gegrond verklaart, rechtens zegt dat het vonnis gewezen door de Rechtbank van Koophandel te Hasselt op 18 april 1990 is herroepen en geen gezag van gewijsde noch uitvoerbare kracht heeft en eisers vordering ongegrond verklaart, o.m. op volgende gronden: (...)

...

terwijl, derde onderdeel, de herroeping van het gewijsde een buitengewoon rechtsmiddel is dat enkel kan worden aangewend om de in art. 1133 Ger. W. beperkend opgesomde redenen en slechts openstaat voor hen die niet de gelegenheid hebben gehad, door het aanwenden van de gewone rechtsmiddelen, bepaalde middelen te doen gelden die niet konden blijken of door de verzoeker tot herroeping niet konden gekend zijn vóór het vonnis waarvan de herroeping wordt gevraagd of vóór het verstrijken van de termijnen van de gewone rechtsmiddelen tegen dat vonnis, art. 1133, 1º, Ger. W. aldus beoogt de herroeping van het gewijsde mogelijk te maken wegens het door een procespartij of haar procesvertegenwoordiger jegens de rechter gepleegd bedrog door leugenachtige beweringen en/of het bedrieglijk verbergen van stukken, derwijze dat deze partij een rechterlijke beslissing heeft verkregen die berust op onjuiste feitelijke gegevens, hieruit volgt dat het louter vermijden dat de tegenpartij kennis krijgt van de betekening van de dagvaarding en van de betekening van het daarover uitgesproken vonnis in de hoop dat het in kracht van gewijsde zou treden, geen grond is tot herroeping van het gewijsde, zodat het hof van beroep, door het tegendeel te beslissen en te oordelen dat dan ook voldaan is aan de voorwaarde van art. 1133, 1º, Ger. W. en dat een onderzoek of ook nog zou zijn voldaan aan andere voorwaarden overtollig is, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt (schending van art. 1133, 1º, Ger. W.):

...

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat het onderdeel in wezen aanvoert dat de appèlrechters uit de door hen vermelde gegevens niet hebben kunnen afleiden dat er een grond is tot herroeping van het gewijsde, op basis van art. 1133, 1º, Ger. W.;

Dat het onderdeel niet aanvoert dat het arrest niet in kracht van gewijsde is getreden;

Overwegende dat krachtens art. 1133, 1º, Ger. W. een verzoek tot herroeping van gewijsde kan worden ingediend indien er persoonlijk bedrog is geweest door de partij zelf of door de lasthebber die haar op het proces vertegenwoordigt;

Dat van bedrog in de zin van deze bepaling sprake is wanneer door een oneerlijke proceshouding wordt belet dat de rechter wiens beslissing in kracht van gewijsde is

getreden, kan kennisnemen van feiten die determinerend zouden kunnen zijn voor de beslechting van het geschil; dat zulks ook het geval is wanneer dit bedrog ertoe strekt te verhinderen dat de wederpartij tegenspraak kan voeren;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen.

NOOT – *Bedrog als herroepings- en... nietigheidsgrond in het procesrecht?*

1. Het geannoteerde arrest is interessant om twee redenen: wat erin staat en wat erin wordt gesuggereerd. Het erkent allereerst een nieuwe toepassing van het aloude begrip «persoonlijk bedrog» in art. 1133, 1^o, Ger. W., dat handelt over de gronden tot herroeping van het gewijsde. Hierdoor wordt de klassieke definitie van dat begrip, die inhoudt dat zo'n bedrog enkel het bedriegen van de rechter kan zijn, enigszins verruimd. Daarnaast bevat het arrest een vingerwijzing dat bedrog een nietigheidsgrond kan uitmaken voor proceshandelingen.

2. Voor een goed begrip van dit arrest kunnen we best vertrekken van een korte schets van de feiten. Een huurder heeft in een huurgeschied de betekenissen aan de verhuurder laten doen op het adres van het gehuurde goed, of, anders gezegd, op zijn eigen adres. Hij dacht dit te kunnen doen omdat de verhuurder daar destijds inderdaad gevestigd was en door een nalatigheid zijn maatschappelijke zetel nog steeds niet verplaatst had. Wetens en willens liet de huurder de dagvaarding, waarvan de verhuurder uiteraard nooit kennis kreeg, en het daaropvolgend verstekvonnis betrekken op het niet meer met de werkelijkheid overeenstemmende adres. Bij toeval kreeg de verhuurder enkele maanden later daarvan kennis. Hij werd geconfronteerd met een vonnis dat reeds in kracht van gewijsde was gegaan en dit als gevolg van een procedure waarvan hij nooit het bestaan had gekend. Tegen dat vonnis stelde hij een vordering tot herroeping van het gewijsde in, gebaseerd op het «persoonlijk bedrog» van de huurder (art. 1133, 1^o, Ger. W.).

De appèlrechter heeft deze vordering ingewilligd en het verstekvonnis herroepen. Uit het feit dat de huurder bewust heeft laten betrekken op een adres waarvan hij wist dat de verhuurder er enkel formeel gedomicilieerd was en dat hij de aangetekende brieven van de gerechtsdeurwaarder, die uiteraard ook op zijn adres werden aangeboden, niet heeft doorgegeven aan de verhuurder, leidt het hof van beroep af dat «de huurder alles in het werk heeft gesteld om te vermijden dat de verhuurder kennis zou krijgen van zowel de betekening van de dagvaarding als de betekening van het op deze dagvaarding uitgesproken vonnis, in de hoop dat aldus de verhuurder zou worden geconfronteerd met een in kracht van gewijsde gegaan vonnis». Een dergelijke handelwijze kwalificeert het als bedrog en dit bedrog weegt volgens het hof op tegen de onzorgvuldigheid van de verhuurder, die zijn domicilie niet tijdig gewijzigd had. Het hof van beroep besluit dan ook dat voldaan is aan de voorwaarde van art. 1133, 1^o, Ger. W.

3. De huurder voorziet zich tegen dit arrest in cassatie op de grond dat het persoonlijk bedrog in de zin van art. 1133, 1^o, Ger. W. enkel het bedriegen van de rechter kan zijn. In dit geval zou echter ten hoogste sprake zijn van het bedriegen van de tegenpartij. Louter vermijden dat de tegen-

partij kennis krijgt van de betekening van de dagvaarding en het vonnis, zou volgens de huurder immers enkel die tegenpartij, en niet de rechter, in dwaling brengen.

Het Hof van Cassatie aanvaardt deze argumentatie niet. Het Hof antwoordt dat het inderdaad zo is «dat er slechts sprake is van bedrog in de zin van art. 1133, 1^o, Ger. W. wanneer door een oneerlijke proceshouding wordt belet dat de rechter kennis kan nemen van feiten die determinerend zouden kunnen zijn voor de beslechting van het geschil», maar voegt er in een adem aan toe «dat zulks ook het geval is wanneer dit bedrog ertoe strekt te verhinderen dat de wederpartij tegenspraak kan voeren». Hoewel het Hof hiermee een vrij ruime interpretatie aan die bepaling geeft, kan zijn standpunt zeker worden bijgevalen. Door de tegenpartij te beletten tegenspraak te voeren, ontnemt men haar immers de kans haar argumenten naar voren te brengen. Die argumenten zouden hoogstwaarschijnlijk «feiten die determinerend zouden kunnen zijn voor de beslechting van het geschil» aan het licht kunnen brengen. Wanneer men de tegenpartij belet tegenspraak te voeren, belet men dus ook de rechter om van mogelijk determinerende feiten kennis te nemen.

4. Het Hof zegt echter meer. Het suggereert dat er wel degelijk een grond tot cassatie aanwezig was, die de eiser in cassatie echter niet heeft opgeworpen. Het Hof zegt namelijk, in een overweging die lijkt op een *obiter dictum*, «dat het onderdeel niet aanvoert dat het arrest (allicht bedoeld: het vonnis, meer bepaald het herroepen verstekvonnis) niet in kracht van gewijsde is getreden». Hieruit blijkt dat het Hof zelf niet van die kracht van gewijsde overtuigd was. En als er geen kracht van gewijsde is, valt er ook niets te herroepen... (art. 1132 Ger. W.). Die twijfel aan het in kracht van gewijsde treden van het vonnis vloeit allicht voort uit een twijfel aan de geldigheid van de betekening van het vonnis. Een dergelijke bedrieglijke betekening lijkt immers op grond van het algemeen rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit* nietig te kunnen zijn (Cass. 3 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 918; Cass. 10 juni 1943, *Arr. Verbr.* 1943, 141; W. Ganshof Van Der Meersch, «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», *Arr. Cass.* 1970, 124), waarbij overigens geen rekening moet worden gehouden met de verzachtende van de nietigheidssanctie van art. 861 e.v. Ger. W., aangezien het hier niet om een louter vormgebrek gaat. De ongeldigheid van de betekening vloeit namelijk niet voort uit het niet of foutief toepassen van het woonplaatsvereiste, maar uit het bedrieglijke karakter ervan, wat het wezen van de proceshandeling raakt. Dit betekent dat de termijn voor het instellen van een gewoon rechtsmiddel nog niet was begonnen lopen en dat de verhuurder nog een gewoon rechtsmiddel had kunnen instellen. Een procedure tot herroeping van het gewijsde was dus overbodig. Meteen is gezegd dat de door het Hof gesuggereerde cassatiegrond de eiser in cassatie – d.i. de huurder – weinig zou opleveren: de verhuurder zou na een eventuele cassatie op die grond immers minstens verzet kunnen aantekenen tegen het verstekvonnis. Maar als de verhuurder dit destijds had ingezien, had de zaak wel heel wat eenvoudiger opgelost kunnen worden.

Peter Schollen
Assistent K.U.Leuven

RAAD VAN STATE*10e KAMER – 26 OKTOBER 2001*

Voorzitter: de h. Debersaques

Auditoraat: de h. Weymeersch

Advocaten: mrs. Stryckers en Loix loco Sebreghts

Gemeente – Rechtsgeding – Raad van State – Vernietigings- en schorsingsprocedures – Afzonderlijke procedures – Afzonderlijke beslissingen om in rechte te treden

De vernietiging- en schorsingsprocedures zijn afzonderlijke procedures. Het bevoegde orgaan van een rechtspersoon moet afzonderlijke beslissingen nemen eensdeels voor het instellen van de vordering tot schorsing, anderdeels voor het indienen van het beroep tot nietigverklaring.

De beslissing een administratieve rechtshandeling aan te vechten voor de Raad van State doet niet op duidelijke en ondubbelzinnige wijze blijken dat tijdig een vordering tot schorsing van deze rechtshandeling is ingesteld.

Art. 123, 8°, Nieuwe Gemeentewet vereist dat het college van burgemeester en schepenen bij elk rechtsgeding dat wordt ingeleid, op uitdrukkelijke en ondubbelzinnige wijze beslist in rechte te treden, ongeacht of de gemeente reeds voorheen beroepen inzake dezelfde aangelegenheid aanhangig heeft gemaakt.

Gemeente Kruikebe t/ Vlaamse Gewest

Arrest nr. 100.369

Uittreksel uit het verslag van auditeur W. Weymeersch

...

Derde exceptie: ontstentenis van enige procesbevoegdheid

1. In de *nota* stelt verwerende partij dat het van substantieel belang is dat in het verzoekschrift zelf de bewaamheid om een vordering tot schorsing en vernietiging in te stellen moet worden toegelicht en aangetoond. Aangezien dit volgens haar *in casu* niet het geval is en nadien niet meer kan worden rechtgezet, is de vordering niet ontvankelijk.

2. Bespreking

De procesbevoegdheid of de hoedanigheid is het vermogen een geschil bij de rechter aan te brengen met het verzoek er uitspraak over te doen.

Met betrekking tot het in rechte treden van een gemeente in een rechtsgeding dienen drie soorten beslissingen van elkaar te worden onderscheiden:

- de beslissing van het college van burgemeester en schepenen om in rechte te treden,
- de beslissing van de gemeenteraad als *dominus litis*, en
- de aanstelling van een raadsman door het college van burgemeester en schepenen ter behartiging van de belangen van de gemeente in een rechtsgeschil.

Niets belet de gemeente om de drie afzonderlijk te nemen beslissingen in een en hetzelfde besluit schriftelijk te for-

maliseren (R.v.St., nr. 84.349, 22 december 1999, de gemeente Ranst).

Luidens art. 123, 8°, van de Nieuwe Gemeentewet voert het college van burgemeester en schepenen de rechtsgedingen waarbij de gemeente hetzij als eiser, hetzij als verweerder is betrokken. Het college van burgemeester en schepenen dient derhalve te beslissen om in rechte te treden tegen de bestreden beslissing. Het betreft een uitvoerende taak, die bij uitsluiting aan het college van burgemeester en schepenen is opgedragen (Somers, W., en Vansummeren, L., «College van burgemeester en schepenen» in Dujardin, J. en Lambrechts, W. (red.), *Recht in de gemeente*, Brugge, Die Keure, losbl., nr. 488; Mast, A., Dujardin, J., Van Damme, M. en Vande Lanotte, J., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, nr. 530; R.v.St., nr. 93.946, 13 maart 2001, de gemeente Voeren; R.v.St., nr. 93.945, 13 maart 2001, de gemeente Voeren; R.v.St., nr. 91.927, 29 december 2000, Kohner e.a.). De regelen met betrekking tot het in rechte treden door het college van burgemeester en schepenen kunnen als volgt worden samengevat (Debersaques, G., «De ontvankelijkheid van het beroep bij de Raad van State wat de persoon van de verzoeker betreft: een capita selecta», *T. Gem.*, 1996, 131):

a. De beslissing tot in rechte treden, dient op uitdrukkelijke wijze te gebeuren (R.v.St., nr. 80.796, 9 juni 1999, de gemeente Gedinne; R.v.St., nr. 54.099, 29 juni 1995, de stad Aarschot; R.v.St., nr. 53.984, 22 juni 1995, de gemeente Kortenaeken). De beslissing tot het optreden in rechte dient evenwel niet bij geheime stemming te worden genomen (R.v.St., nr. 13.665, 2 juli 1969, de gemeente Stekene e.a., *De Gem.*, 1970, 137, met andersluidend advies Debaets, F.). Op «uitdrukkelijke wijze» houdt in dat uit het door de verzoekende gemeente overgelegde uittreksel uit het notulenboek van de vergaderingen van het schepencollege duidelijk moet blijken dat er geen twijfel mag bestaan dat het college beslist heeft én dat deze beslissing een beslissing is *om in rechte te treden*. Kan niet worden beschouwd als een rechtshandeling waarbij het beroep voor de Raad van State wordt ingesteld, de beslissing die het college van burgemeester en schepenen voor de indiening van het verzoekschrift heeft genomen, waarbij het de gemeenteraad uitnodigde de tot het instellen van een annulatieberoep vereiste machtiging te verlenen (R.v.St., nr. 15.627, 18 december 1972, de stad Gent; R.v.St., nr. 15.414, 4 juli 1972, de stad Gent). Evenmin kunnen de beslissingen waarbij het college van burgemeester en schepenen verklaarde beroep in te stellen bij de Koning – thans de Vlaamse regering – op grond van art. 55, van de Stedenbouwwet, noch de principiële beslissing van het college beroep in te stellen bij de Raad van State, worden beschouwd als de rechtshandelingen waarbij het beroep bij dit rechtscollege wordt ingesteld (R.v.St., nr. 13.746, 21 oktober 1969, de gemeente Oelegem). Een beslissing van de gemeenteraad «tot bekrachtiging van het schepencollege houdende aanstelling van een advocaat als raadsman», geldt evenmin als zodanig (R.v.St., nr. 53.984, 22 juni 1995, de gemeente Kortenaeken). In dezelfde zin kan het besluit waarin wordt besloten een advocatenassociatie aan te stellen «teneinde in bovenvermeld dossier alle mogelijke juridische verweermiddelen te onderzoeken en een gebeurlijke procedure in te leiden bij de bevoegde beroepsinstanties», het vereiste van een college-

beslissing niet vervangen (R.v.St., nr. 57.820, 25 januari 1996, de gemeente Drogenbos; in dezelfde zin: R.v.St., nr. 79.388, 22 maart 1999, de gemeente Wuustwezel e.a., waar de Raad van State oordeelde dat de vermeldingen in het register der beraadslagingen van het college van burgemeester en schepenen, dat «in eerste instantie de haalbaarheid van het beroep moet worden onderzocht» en «het advocatenbureau (...) wordt aangeduid als advocaat om bij de Raad van State de belangen van de gemeente te verdedigen», geen beslissing van het college tot het instellen van een vordering tot schorsing uitmaakt, *C.D.P.K.*, 1999, 276, met noot Deridder, J., «De formulering van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen om in rechte te treden»; R.v.St., nr. 79.387, 22 maart 1999, de gemeente Schoten e.a.). Wordt evenmin beschouwd als een beslissing om in rechte te treden, het viseren door het schepencollege van de door de gemeenteraad gegeven machtiging (R.v.St., nr. 89.366, 28 augustus 2000, de gemeente Gerpinnes).

Uit de door het collegebesluit gebruikte bewoordingen moet derhalve zelf blijken dat het college de beslissing heeft genomen om in rechte te treden tegen een bestreden beslissing. In het arrest *de gemeente Wemmel* overwoog de Raad van State m.i. onterecht «... dat in redelijkheid aanvaard kan worden dat de onhandige formulering die in de beslissingen van de gemeenteraad respectievelijk van het college van burgemeester en schepenen is gehanteerd er niet aan in de weg staat dat het college van burgemeester en schepenen, toen het besliste om in deze welbepaalde zaak een raadsman aan te stellen teneinde «de belangen van de gemeente te verdedigen voor de Raad van State», geacht wordt in werkelijkheid ook besloten te hebben bij de Raad van State een annulatieberoep in te dienen en dat de gemeenteraad, toen hij besliste om het annulatieberoep in te dienen, geacht wordt in werkelijkheid besloten te hebben het college te machtigen om het annulatieberoep in te dienen» (R.v.St., nr. 78.619, 9 februari 1999, de gemeente Wemmel). Voormeld arrest kan niet worden bijgevalen, omdat uit de gebruikte bewoordingen van het collegebesluit zelf moet blijken dat het college de beslissing heeft genomen om in rechte te treden. *Er kan niet worden aangenomen dat het schepencollege een dergelijke beslissing impliciet zou hebben genomen door de loutere aanstelling van een raadsman* (zie wat dit betreft immers: R.v.St., nr. 79.388, 22 maart 1999, de gemeente Wuustwezel e.a., *C.D.P.K.*, 1999, 276, met noot Deridder, J., «De formulering van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen om in rechte te treden»; R.v.St., nr. 79.387, 22 maart 1999, de gemeente Schoten e.a.). Het aanduiden van een advocaat door het college van burgemeester en schepenen om bij de Raad van State het stadsbestuur te verdedigen, is geen beslissing van het college van burgemeester en schepenen tot het instellen van een beroep tot nietigverklaring of een vordering tot schorsing.

b. De beslissing van het college van burgemeester en schepenen dient tijdig te worden genomen, d.i. binnen de termijn voor het instellen van een beroep tot vernietiging (R.v.St., nr. 43.269, 10 juni 1993, de gemeente Zuienkerke; R.v.St., nr. 32.836, 27 juni 1989, de gemeente Boechout; R.v.St., nr. 20.379, 3 juni 1980, de gemeente Herent; R.v.St., nr. 19.952, 30 november 1979, de gemeente Sombreffe; R.v.St., nr. 19.685, 6 juni 1979, de gemeente Oostkerke; R.v.St., nr. 15.921, 14 juni 1973, college van burgemeester

en schepenen van de gemeente Ohain e.a., *R.J.D.A.*, 1973, 219, met verslag en advies Boland, G.). Een buiten de beroepstermijn genomen beslissing of bekrachtiging kan de onontvankelijkheid niet meer goedmaken (R.v.St., nr. 19.952, 30 november 1979, de gemeente Sombreffe; R.v.St., nr. 19.685, 6 juni 1979, de gemeente Oostkerke; R.v.St., nr. 15.627, 18 december 1972, de stad Gent; R.v.St., nr. 15.414, 4 juli 1972, de stad Gent. Een eenvoudig bericht van bevestiging zou niet volstaan en een nieuw verzoekschrift uitgaande van het bevoegde orgaan zou vereist zijn; Alen, A., *Proceshandelingen van en tegen de gemeenten*, Antwerpen, Maarten Kluwers Internationale Uitgeverijsonderneming, 1980, nr. 18), zelfs al was het verzoekschrift, dat was ondertekend door een advocaat, ingediend binnen de beroepstermijn (R.v.St., nr. 19.952, 30 november 1979, de gemeente Sombreffe).

c. Het bewijs van de beslissing om in rechte te treden blijkt alleen uit de voorlegging van een voor eensluidend verklaard uittreksel uit het notulenboek van de vergaderingen van het college van burgemeester en schepenen (R.v.St., nr. 93.946, 13 maart 2001, de gemeente Voeren; R.v.St., nr. 93.945, 13 maart 2001, de gemeente Voeren; R.v.St., nr. 91.927, 29 december 2000, Kohner e.a.). In de regel zijn de notulen de enige wettelijk toegelaten vorm van bewijs van het bestaan en van de inhoud van de besluiten van het college. De erin gedane vermeldingen worden geacht met de werkelijkheid overeen te stemmen, zolang ze niet van valsheid zijn beticht (Alen, A., *o.c.*, nr. 36). Kan dit bewijs niet worden voorgelegd, dan zal de Raad van State ambtshalve wijzen op de niet-ontvankelijkheid van het beroep (R.v.St., nr. 75.270, 16 juli 1998, de gemeente Oudergem; R.v.St., nr. 43.269, 10 juni 1993, de gemeente Zuienkerke; R.v.St., nr. 20.379, 3 juni 1980, de gemeente Herent; R.v.St., nr. 20.341, 21 mei 1980, de gemeente Sint-Pieters-Woluwe; R.v.St., nr. 18.764, 15 februari 1978, de gemeente Tessenderlo; R.v.St., nr. 16.625, 13 september 1974, de gemeente Wichelen; R.v.St., nr. 16.421, 16 mei 1974, de gemeente Thuillies; R.v.St., nr. 13.816, 2 december 1969, de gemeente Sint-Lenaerts) of van het verzoek tot tussenkomst (R.v.St., nr. 91.927, 29 december 2000, Kohner e.a.) dat door de gemeente werd ingediend.

Krachtens art. 270, tweede lid, van de Nieuwe Gemeentewet, is de gemeenteraad de *dominus litis* van de gemeente in alle geschillen waarbij de gemeente als eiser optreedt. Bovendien de in art. 123, 8°, van de Nieuwe Gemeentewet bedoelde beslissing om in rechte te treden, is eveneens de *machtiging van de gemeenteraad* vereist (Debaedts, F., «Beschouwingen over het in rechte optreden van de gemeente», *De Gem.*, 1963, 140; Dujardin, J., Somers, W., Van Summeren, L. en Debyser, J., *Praktisch handboek voor gemeentererecht*, Die Keure, 1997, 324-330; Arbitragehof, nr. 49/94, 22 juni 1994, *B.S.*, 6 juli 1994; Arbitragehof, nr. 38/91, 5 december 1991, *T.O.R.B.*, 1991-92, 186, met noot De Groof, J.; Arbitragehof, nr. 32/91, 14 november 1991, *B.S.*, 28 november 1991; Cass., 28 november 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 1604, met noot Bolland, M. en R.W., 1997-98, 162; Cass., 6 november 1980, *Pas.*, 1981, I, 272; Cass., 6 maart 1961, *Pas.*, 1961, I, 734; Corr. Gent, 20 maart 1996, *T.G.R.*, 1996, 154; Rb. Kortrijk, 14 februari 1997, *R.W.*, 1997-98, 303; Vred. Kortrijk, 28 juni 1995, *T. Vred.*, 1996, 247). Voormelde machtiging kan worden verleend tot het sluiten van het debat (R.v.St., nr. 93.319, 15 februari 2001,

de gemeente Borsbeek; R.v.St., nr.71.034, 22 januari 1998, de gemeente Herent; R.v.St., nr. 66.388, 27 mei 1997, de stad Beringen).

Daarnaast komt het, als uitvoerend orgaan, uitsluitend aan het college van burgemeester en schepenen toe de *advocaten aan te stellen* die voor de gemeente optraden (Baert, J. en Debersaques, G., o.c., nr. 176). De Raad van State houdt geen toezicht op deze beslissing, omdat hij het bestaan en de draagwijdte van het mandaat *ad litem* niet onderzoekt (bij wijze van voorbeeld: R.v.St., nr. 59.999, 11 juni 1996, de gemeente Kluisbergen).

In casu legt verzoekster twee stukken voor. Blijkens een uittreksel uit de notulen van de gemeenteraad van de gemeente Kruibeke op 5 februari 2001 beslist het college van burgemeester en schepenen te machtigen in rechte te treden en een advocaat aan te stellen, met als opdracht het thans bestreden besluit aan te vechten bij de Raad van State. Blijkens een uittreksel uit het notulenboek van het schepencollege heeft het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kruibeke op 6 februari 2001 beslist een advocaat aan te stellen «met als opdracht in de eerder aangegane procedure verdere stappen te ondernemen en opnieuw te reageren tegen de beslissing van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap van 19 oktober 2000 betreffende de onteigening van onroerende goederen te Kruibeke voor de aanleg van een gecontroleerd overstromingsgebied; deze beslissing aan te vechten voor de Raad van State ofwel voor de vrederechter op het ogenblik dat de gerechtelijke fase van de onteigening wordt ingezet».

Gelet op de bovenstaande overwegingen zou men er aldus kunnen van uitgaan dat de gemeente Kruibeke de drie vereiste beslissingen heeft genomen teneinde correct in rechte te treden.

Niettemin dient erop gewezen te worden dat de annulatieprocedure en de kortgedingprocedure twee afzonderlijke procedures zijn, zodat afzonderlijke beslissingen moeten worden genomen, enerzijds voor het instellen van een vordering tot schorsing en anderzijds voor het indienen van een beroep tot nietigverklaring. De Raad van State eist dat expliciet wordt beslist tot het instellen van een vordering tot schorsing (R.v.St., nr. 75.047, 10 juli 1998, de N.V. Apotheek Martens e.a.; R.v.St., nr. 73.278, 27 april 1998, de N.V. Veevoederbedrijf Navobi; R.v.St., nr. 72.627, 20 maart 1998, het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Brussel; R.v.St., nr. 70.100, 9 december 1997, de N.V. Montenay; R.v.St., nr. 64.780, 26 februari 1997, de v.z.w. E.N.I.B.; R.v.St., nr. 58.877, 27 maart 1996, de N.V. Association Pharmaceutique Belge, Fédération Nationale des Unions Professionnelles des Pharmaceutique Belge; R.v.St., nr. 56.253, 17 november 1995, de v.z.w. Sint-Lambertusinstituut e.a.).

In casu moet worden vastgesteld dat verzoekster op geen enkel ogenblik expliciet heeft beslist een vordering tot schorsing tegen het thans bestreden besluit in te stellen.

De exceptie is derhalve gegrond.

...

Arrest

Gezien het verzoekschrift dat de gemeente Kruibeke op 23 maart 2001 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van het besluit van 19 oktober

2000 van de minister vice-president van de Vlaamse regering en Vlaams minister van Mobiliteit, Openbare werken en Energie waarbij wordt beslist dat het algemeen nut de onmiddellijke inbezitneming vordert van de percelen, gelegen op het grondgebied van de gemeente Kruibeke, die nodig zijn voor de aanpassing van de Scheldedijken langs het gecontroleerd overstromingsgebied te Kruibeke-Bazel-Rupelmonde op de linkeroever van de Zeeschelde, en die zijn aangeduid met een gele tint op de erbij behorende onderstekende onteigeningsplannen met nrs. B4/7887, B4/7890, B4/7895, B4/7911 en B4/7917, en dat de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden, bepaald bij de wet van 26 juli 1962 op de onteigening van de hierboven bedoelde goederen van toepassing is;

...

Overwegende dat de verwerende partij wat de procesbevoegdheid betreft, opwerpt dat de bekwaamheid om een vordering tot schorsing en vernietiging van een overheids-handeling bij de Raad van State aanhangig te maken van openbare orde is; dat de ontvankelijkheid o.m. staat of valt op dit element; dat het «dan ook duidelijk (is) dat het van substantieel belang is en een substantieel vormvoorschrift (betreft) dat in het verzoekschrift zelf moet worden toegelicht en aangetoond (...) waarvan de omissie tot onontvankelijkheid leidt»; dat «de procesbevoegdheid die niet in het verzoekschrift wordt onderbouwd, (...) niet door een dossier (kan) worden «rechtgezet»»;

Overwegende dat de vernietigingsprocedure en de procedure tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing afzonderlijke procedures zijn; dat hieruit volgt dat door het bevoegde orgaan afzonderlijke beslissingen moeten worden genomen, eensdeels voor het instellen van de vordering tot schorsing, anderdeels voor het indienen van het beroep tot nietigverklaring; dat uit het bij het verzoekschrift gevoegde uittreksel uit het notulenboek van de vergaderingen van het college van burgemeester en schepenen blijkt dat dit in zijn vergadering van 6 februari 2001 heeft beslist «de heer R. Stryckers, advocaat, (...) aan te stellen als advocaat van de gemeente Kruibeke, met als opdracht in de eerder aangegane procedure verdere stappen te ondernemen en opnieuw te reageren tegen de beslissing van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap van 19 oktober 2000 betreffende de onteigening van onroerende goederen te Kruibeke voor de aanleg van een gecontroleerd overstromingsgebied; deze beslissing aan te vechten voor de Raad van State ofwel voor de vrederechter op het ogenblik dat de gerechtelijke fase van de onteigening wordt ingezet (...)»; dat uit deze beslissing tot het «aanvechten» voor de Raad van State van de thans bestreden beslissing, niet op duidelijke en ondubbelzinnige wijze blijkt dat het bevoegde orgaan tijdig heeft beslist een vordering tot schorsing in te stellen van de bestreden beslissing; dat het college van burgemeester en schepenen immers, om reden van het afzonderlijke karakter van de vordering tot schorsing, dient te preciseren dat ze niet alleen een beroep tot vernietiging wil inleiden, maar ook een vordering tot schorsing van de bestreden beslissing. Dat het door de verzoekende partij ter terechtzitting aangevoerde verweer dat het voorliggende beroep de voortzetting is van eerdere beroepen voor de Raad van State, waarvan onderwijl de besteden beslissingen zijn ingetrokken, op zichzelf aan het voorgaande geen afbreuk doet; dat immers op grond van art. 123, 8°, van de Nieuwe Gemeentewet, het college

van burgemeester en schepenen de rechtsgedingen voert waarbij de gemeente als eiser is betrokken; dat zulks vereist dat het college van burgemeester en schepenen bij elk rechtsgeding dat wordt ingeleid voor de Raad van State, op uitdrukkelijke en ondubbelzinnige wijze beslist in rechte te treden, ongeacht de vraag of reeds voorheen beroepen inzake dezelfde aangelegenheid aanhangig werden gemaakt; dat te dezen de beslissing om een vordering tot schorsing in te stellen ontbreekt; dat ambtshalve moet worden vastgesteld dat de vordering tot schorsing om die reden niet ontvankelijk is,

(Volgt: verwerping van de vordering tot schorsing).

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 29 SEPTEMBER 1999

Voorzitter: mevr. Van Cauwelaert

Raadsheren: de hh. Blondeel en Raes

Advocaten: mrs. van Innis, De Caluwé, De Jaeger en Piret

Koop – Levering – Verplichting tot conforme levering – Koper die conforme levering onmogelijk maakt – Gevolg

Een verkoper schiet niet tekort aan zijn verplichting tot conforme levering wanneer de koper de conforme levering onmogelijk heeft gemaakt door na te laten te verduidelijken welke de chemische samenstelling was van de te leveren goederen en aldus tekortschoot aan haar informatieverplichting.

N.V. B. Belgium t/ N.V. I. en vennootschap naar Deens recht I.A. A/S

Gelet op de procedurestukken, inzonderheid een afschrift van het aangevochten vonnis op 29 januari 1998 gewezen door de rechtbank van koophandel te Brussel, beslissing waarvan geen akte van betekening wordt voorgelegd en waartegen op 8 september 1998, bij verzoekschrift, een tijdig en regelmatig hoger beroep werd ingesteld;

Gelet op het eveneens tijdig en regelmatig incidenteel beroep door de N.V. I. ingesteld, zij het impliciet, bij conclusie ter griffie alhier neergelegd op 30 november 1998;

Gelet op de regelmatige uitbreiding van de eis van de N.V. I., geformuleerd bij conclusie van 30 november 1998;

...

De vorderingen van partijen en het procedureverloop

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering van de N.V. I. afname beoogt van 40.470 liter Basagran tegen betaling van 600 fr. per liter, te verhogen met de gerechtelijke intresten, evenals betaling van stockagekosten ad 500.000 fr. per jaar en van de gedingkosten;

Overwegende dat de N.V. B. Belgium bij wijze van verweer subsidiair een onderzoeksmaatregel vordert naar de conformiteit van de aangeboden 40.470 liter Bentazone met het in België onder het merk Basagran erkend bestrijdingsmiddel;

Overwegende dat de vordering tot tussenkomst en vrijwaring van de N.V. I. strekt tot tussenkomst van de vennootschap naar Deens recht I.A. A/S in het geding hangende tussen haarzelf en de N.V. B. Belgium en tot vrijwaring van I.A. voor alle veroordelingen in hoofdsom, intresten en kosten in voormelde zaak tegen haar uitgesproken; dat zij bij vervangende conclusie van 2 december 1997 voorbehoud vraagt voor het in zake roepen van de vennootschap naar Engels recht A. Ltd;

Overwegende dat de vennootschap naar Deens recht I.A. A/S primair concludeert tot de onbevoegdheid *ratione loci* van de eerste rechter en tot veroordeling van de N.V. I. in de gedingkosten, subsidiair tot de onontvankelijkheid, minstens de ongegrondheid van de vordering tot tussenkomst en vrijwaring en nog meer subsidiair tot het horen zeggen voor recht dat de beweerde niet-conformiteit betrekking heeft op een eigenschap van het product die contractueel niet werd gewaarborgd door haar, minstens dat de N.V. I. het product heeft goedgekeurd en aanvaard;

Overwegende dat de eerste rechter, na zich bevoegd te hebben verklaard, de vorderingen ontvangt en alleen de hoofdvordering gegrond verklaart zoals hierna bepaald; dat hij de N.V. B. Belgium veroordeelt tot afname van 40.470 liter Basagran tegen betaling van de prijs van 600 fr. per liter, te vermeerderen met gerechtelijke intresten; dat hij de N.V. I. van het meergevorderde afwijst; dat hij de vordering tot tussenkomst en vrijwaring van de N.V. I. tegen I.A. zonder voorwerp verklaart;

...

Overwegende dat de N.V. B. Belgium in beroep concludeert tot de ongegrondheid van de oorspronkelijke hoofdvordering;

Overwegende dat de N.V. I. bevestiging vraagt van het bestreden vonnis in de mate dat de N.V. B. Belgium veroordeeld wordt tot afname van de door de N.V. I. aangeboden Basagran tegen betaling van 600 fr. per liter, met dien verstande evenwel dat zij in hoger beroep slechts afname vraagt van 20.140 liter Basagran;

...

Omtrent de feiten

Overwegende dat de voor deze zaak relevante feiten als volgt kunnen worden samengevat:

dat Basagran het merk is waaronder de moedervennootschap van de N.V. B. Belgium, de Duitse vennootschap B. AG, zowel binnen als buiten de Europese Unie een herbicide commercialiseert, die vervaardigd is volgens een werkwijze waarop voornoemde Duitse vennootschap binnen de Europese Unie octrooirechten kan invoeren;

dat het in België gaat om het Belgisch octrooi nr. 864.705 dat aan B. AG werd verleend op 11 september 1978 voor een werkwijze voor de bereiding van 2, 1, 3-Thiadiazine-4-on-2,2, dyoxine-derivaten, het Aipam-procédé genaamd;

dat de omstandigheden dat een bestrijdingsmiddel van het type Bentazone wordt vervaardigd volgens deze ge-octrooierde werkwijze niet bepalend is voor zijn exacte chemische samenstelling;

dat B. AG er sinds het begin van het jaar 1995 voor gezorgd heeft dat de chemische samenstelling van de Bentazone, die volgens de ge-octrooierde werkwijze is vervaardigd, verschillend was naargelang deze bestemd was voor

binnen of buiten de Europese Unie; dat zij meer bepaald de chemische samenstelling wijzigde van de Basagran, die zij op de Chinese markt in het verkeer bracht; dat aldus de eventuele wederinvoer binnen de Europese Unie van deze Basagran kon worden belemmerd, niet alleen op grond van het alhier geldende octrooi van B. AG, maar ook omdat de voor China bestemde Basagran niet meer conform was aan de alhier toegelaten Basagran;

dat aldus sedert begin 1995 minstens voor enkele jaren Basagran in twee verschillende chemische samenstellingen op de markt buiten de Europese Unie zal aanwezig zijn;

dat bestrijdingsmiddelen zoals Bentazone van het merk Basagran in alle landen van de Europese Unie onderworpen zijn aan een strenge wetgeving inzake het bewaren, het op de markt brengen en het gebruik ervan voor landbouwkundige doeleinden; dat tevens een tiental richtlijnen, zowel van de Commissie van de Europese Gemeenschappen als van de Raad van de Europese Unie, van toepassing zijn en dat de nationale wetgevingen hieraan werden aangepast;

dat het past in dit verband te verwijzen naar de wet van 11 juli 1969 betreffende de bestrijdingsmiddelen en grondstoffen voor de landbouw, tuinbouw, bosbouw en veeteelt en de zovele uitvoeringsbesluiten, inzonderheid het M.B. 12 februari 1996 tot wijziging van het K.B. van 28 februari 1994 betreffende het bewaren, het op de markt brengen en het gebruik van bestrijdingsmiddelen voor landbouwkundige doeleinden;

dat deze wetgeving onder meer inhoudt dat een bestrijdingsmiddel, zoals de onder het merk Basagran door B. AG binnen de Europese Unie in het verkeer gebrachte Bentazone, onderworpen is aan een voorafgaande nationale erkenning in de vorm van een zogenaamde registratie; dat deze erkenning op een bepaald bestrijdingsmiddel slaat, nl. een bestrijdingsmiddel dat beantwoordt aan de tijdens de aanvraagprocedure medegedeelde welbepaalde chemische samenstelling;

dat de N.V. B. Belgium toegeeft dat de chemische samenstelling waaraan het product moet beantwoorden om conform te zijn met het door de erkenning toegelaten product in beginsel door de bevoegde administratie niet openbaar gemaakt wordt; dat deze samenstelling aldus geheim blijft voor zover de aanvrager deze zelf niet openbaar maakt;

dat, *in casu* het Ministerie van Middenstand en Landbouw slechts bij brief van 29 juli 1997, dit is tijdens de procedure hangende voor de eerste rechter, bevestigd heeft dat «het product Basagran van B. Belgium, geregistreerd onder het erkenningsnummer 6590/B voor B. Basagran, in zijn toegelaten samenstelling geen polypropyleenglycol bevat»;

dat de N.V. B. Belgium in de loop van het jaar 1994 vernam dat belangrijke hoeveelheden Bentazone van het merk Basagran op de Belgische markt in het verkeer zouden worden gebracht tegen prijzen die deden vermoeden dat zij van buiten de Europese Unie, meer bepaald China, afkomstig waren;

dat de N.V. B. Belgium wist dat de N.V. I., een KMO met zetel te Zeebrugge, actief was op de markt van de agrochemicaliën (chemische toepassingen voor landbouwkundig gebruik) en derhalve goed op de hoogte was van de diverse aanbiedingen in dit segment van de markt;

dat de N.V. B. Belgium, ofschoon de invoer van deze producten op grond van de octrooirechten van B. AG had

kunnen worden stopgezet, besliste deze producten bij geïntimeerde aan te kopen;

dat zij aldus tussen maart 1994 en mei 1995 ongeveer 70.000 liter Bentazone aankocht tegen prijzen tussen 484 fr. en 600 fr. per liter;

dat voor het allereerst met betrekking tot de bestelling van 9 maart 1995 als voorwaarde werd gesteld dat de te leveren producten «conform (moeten) zijn met de in België toegelaten Basagran»;

dat de in uitvoering van deze bestelling gedane leveringen, die na monsteranalyse conform werden bevonden met de in België geregistreerde Basagran, aanvaard en betaald werden;

dat op 3 mei 1995 onder dezelfde voorwaarden een nieuwe bestelling werd geplaatst;

dat de N.V. I. kort daarop 40.470 liter Basagran aanbood aan de N.V. B. Belgium; dat deze partij Basagran na monsteranalyse geweigerd werd;

dat achteraf zou blijken dat de stalen van voormelde partij Basagran 15% polypropyleenglycol bevatten en aldus niet conform waren met de in België geregistreerde Basagran;

dat de N.V. I. vervolgens, omdat alle leveringen van 1995 dezelfde oorsprong hadden, omdat door de N.V. B. Belgium tot 1995 reeds meer dan 70.000 liter werd afgenomen en omdat de levering die drie weken eerder geschiedde wel conform bleek, een vergelijkende studie liet uitvoeren door het laboratorium van Fytofarmacie aan de Universiteit te Gent, waarbij referentiestalen werden genomen uit de levering die I. op 28 maart 1995 had gefactureerd en uit de betwiste levering; dat volgens deze studie «er een minimaal verschil waarneembaar is in de verhouding van twee pieken bij alle geteste golflengtes. Het is niet aan te tonen dat deze verschillen resulteren in een andere biologische activiteit»;

dat in samenspraak met de toeleverancier vervolgens in een buitenlands laboratorium een vergelijkende test werd uitgevoerd aan de hand van stalen van de in België geleverde producten en van de producten van de levering die geweigerd werd; dat deze test identieke resultaten gaf voor de drie stalen, met slechts kleine verschillen in de piekhoogten van sommige componenten;

dat de N.V. I. op 21 november 1995 bij fax aan de Duitse moedervennootschap B. AG een offerte toezond betreffende de levering van 40.470 liter Basagran, en dit voor de prijs van 564,5 fr. per liter, met de uitdrukkelijke vermelding dat het ging om Basagran van Chinese oorsprong; dat dit aanbod volgens de N.V. I. betrekking had op de producten die door de N.V. B. Belgium werden geweigerd, nadat haar op een bijeenkomst, die op 16 november 1995 plaatsvond, werd medegedeeld dat ingevolge een gewijzigde politiek van B. AG deze niet langer bereid zou zijn producten in te kopen afkomstig uit het parallel circuit, en nadat de N.V. B. Belgium haar had laten weten dat de beslissing voor de afname van de bestelde 40.470 liter in Duitsland zou worden genomen, dat naar aanleiding van een eerstkomende meeting het probleem in Duitsland zou worden besproken; dat zij vervolgt dat haar gevraagd werd de prijs te milderen, wat de N.V. I. deed, omdat dit een beslissend element zou zijn in de houding van B. AG Duitsland;

dat een kopie van deze fax werd verstuurd naar de N.V. B. Belgium;

dat deze fax van de N.V. I. zonder reactie bleef, om welke reden de raadsman van de N.V. I. deze bij brief van 1 maart 1996 in herinnering bracht;

dat de raadsman van B. AG Duitsland bij brief van 22 april 1996 stelde dat de N.V. B. Belgium, hoewel zij betwistte dat zij de N.V. I. gelastte met het opkopen van producten Basagran, toegaf dat zij zowel in de loop van 1994 als in het voorjaar 1995 bepaalde door de N.V. I. aangeboden hoeveelheden Basagran-producten aankocht toen bleek dat laatstgenoemde voornemens was deze producten aan werkelijke dumpingprijzen op de Europese markt te verdelen, dat noch de Duitse B. AG, noch de N.V. B. Belgium de offerte van 21 november 1995 kon aanvaarden en dat de in deze offerte vermelde 40.470 liter Bentazone van Chinese oorsprong op de Europese markt als namaak te beschouwen waren;

dat de inhoud van deze brief werd geprotesteerd door de raadsman van de N.V. I. bij brief van 2 mei 1996, waarvan de inhoud werd tegengesproken bij brief van 2 juli 1996 door de raadsman van B. AG; dat deze stelde: «Moet in elk geval worden vastgesteld dat zij (I.) geenszins aantoonde dat de betrokken Basagran conform is aan de in ons land toegelaten Basagran, d.w.z. het bestrijdingsmiddel dat in ons land onder dit merk is erkend. Mijn cliënte, die best weet dat de met haar toestemming in China in het verkeer gebrachte Basagran niet dezelfde scheikundige samenstelling heeft als die van de met haar toestemming in Europa in het verkeer gebrachte Basagran, kan echter niet worden verplicht tot het bewijs van een negatief feit, alsmede tot het vrijgeven aan anderen dan het Ministerie van Landbouw van de precieze formule van de alhier door haar verdeelde Basagran»;

dat op 19 juni 1996 een verzoekschrift strekkende tot het leggen van beslag inzake namaak werd neergelegd ter griffie van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent;

dat de beslagrechter aldaar zich bij beschikking van 24 juni 1996 *ratione loci* onbevoegd verklaarde om van de vordering kennis te nemen en de zaak verwees naar de beslagrechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge;

dat de beslagrechter te Brugge de vennootschap naar Duits recht machtigde om over te gaan tot het leggen van beslag inzake namaak ten laste van de N.V. I. en deskundige J. Callewaert, octrooigemachtigde, aanstelde; dat deze beschikking werd hervormd bij arrest van het Hof van Gent van 26 mei 1998, waarbij het derdenverzet ontvankelijk en gegrond werd verklaard, de beschikking van de beslagrechter werd tenietgedaan en B. AG werd veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van 3 miljoen fr.

Omtrent de gegrondheid

Overwegende dat appellante in beroep betoogt dat geïntimeerde van haar vordering, strekkende tot afname van litigieuze partij Basagran, dient te worden afgewezen wegens tekortkoming aan haar leveringsplicht, gelet op de geldigheid en de afdwingbaarheid van de bij de bestelling van 3 mei 1995 gestelde voorwaarde van conformiteit en op het ontbreken van een dergelijke conformiteit; dat zij eraan toevoegt dat de door haar gestelde voorwaarde van overeenstemming met de in België geregistreerde Basagran een essentieel bestanddeel uitmaakte van de overeenkomst tussen partijen en dat geïntimeerde zich zeer goed bewust was van het bestaan en de precieze draagwijdte van deze voorwaarde;

Overwegende dat appellante echter tevergeefs aanvoert dat de N.V. I. tekortschoot aan haar leveringsplicht omdat

zij Basagran geleverd zou hebben die niet conform was aan de in België geregistreerde Basagran, meer bepaald omdat ze Basagran zou hebben geleverd die polypropyleenglycol bevatte, zijnde een product waaraan de in België geregistreerde Basagran vreemd is; dat appellante immers zelf de levering van conforme Basagran onmogelijk heeft gemaakt, doordat ze naliet te verduidelijken welke de chemische samenstelling was van de in België geregistreerde Basagran en aldus tekortschoot aan haar informatieplicht; dat zij als producent van kwetsieuze Basagran, zowel van die bestemd voor de Europese markt, als van die bestemd voor de Chinese markt, niet alleen kennis had van de juiste chemische samenstelling, maar daarenboven de enige was die gerechtigd was de chemische samenstelling ervan kenbaar te maken, daar de gegevens betreffende de chemische samenstelling van geregistreerde producten geheim zijn; dat deze informatie onontbeerlijk was voor de bestellingen van maart en mei 1995, die werden geplaatst onder de voorwaarde van conformiteit met de in België geregistreerde Basagran; dat dit des te meer waar was nu appellante begin 1995 overging tot wijziging van de chemische samenstelling van de voor de Chinese markt bestemde Basagran, van welke wijziging zij alleen kennis had of leek te hebben en waaromtrent zij verzuimde de N.V. I. in te lichten, minstens naliet de aandacht van de N.V. I. hierop te vestigen;

Overwegende dat appellante, die elke tekortkoming aan haar informatieplicht betwist, tevergeefs inroept dat geïntimeerde zeer goed op de hoogte was van de draagwijdte van de voorwaarde gesteld bij de bestelling van 3 mei 1995; dat dit, in tegenstelling tot wat appellante beweert, geenszins kan worden afgeleid uit de stukken en/of de briefwisseling die betrekking hebben op de bestelling door de N.V. I. bij haar leverancier I.A., noch uit de pogingen door de N.V. I. ondernomen om via analyses de conformiteit van de levering vooralsnog te bewijzen of uit de in opdracht van appellante gedane monsteranalyses;

dat de N.V. I. zich in de contractuele relatie tot haar leverancier beperkte tot de slaafse overname van de door appellante gestelde voorwaarde, omdat zij in de onmogelijkheid verkeerde nadere preciseringen te geven; dat dit blijkt uit onder meer het feit dat de N.V. I., wanneer I.A. bij fax van 21 april 1995 laat weten dat zij de conformiteit van de door haar te leveren Basagran met de in België geregistreerde Basagran niet kan waarborgen, blijft stilzitten en niet verder aandringt op enig bewijs van conformiteit vanwege de zijde van I.A.; dat zij zich dienaangaande trouwens redelijkerwijze geen zorgen diende te maken, aangezien de in uitvoering van de bestelling van 9 maart 1995 geleverde partij Basagran zonder voorbehoud aanvaard en betaald werd en aangezien zij niet op de hoogte was van het feit dat de chemische samenstelling van de Basagran voor de Chinese markt door B. AG werd gewijzigd sinds begin 1995;

dat de briefwisseling, waarnaar appellante verwijst, dateert van na de weigering van de levering van de door appellante bestelde 40.470 liter Basagran en dus nadat het gebrek aan conformiteit door appellante werd ingeroepen;

dat de analyses uitgevoerd in opdracht van de N.V. I., waarvan sprake en die plaatsvonden nadat de levering werd geweigerd bij gebrek aan conformiteit, kaderen in het verweer van de N.V. I.; dat hieruit geenszins kan worden afgeleid dat de N.V. I. op het ogenblik van de contractsluiting en/of de levering op de hoogte was van het feit dat de Ba-

sagran van Chinese origine eventueel niet conform kon zijn met de in België toegelaten Basagran; dat de omstandigheid dat de N.V. I., ondanks het vaststaand en door appellante trouwens nooit betwist feit dat het telkens om (echte) Basagran ging, met betrekking tot de bestelling zowel van 9 maart 1995 als van 3 mei 1995 aanvaardde dat appellante monsters nam ter verificatie van de vereiste conformiteit, er evenmin noodzakelijk op wijst dat zij wist dat de Basagran van Chinese oorsprong eventueel niet conform kon zijn met de in België toegelaten Basagran; dat er immers tot einde 1994 en zelfs tot en met de bestelling van 9 maart 1995 die, hoewel onder een identieke voorwaarde geplaatst, na monsteranalyse aanvaard en betaald werd, geen enkele aanwijzing bestond dat de samenstelling van de Basagran bestemd voor de Europese markt en die bestemd voor de Chinese markt verschillend zouden kunnen zijn, en nog minder dat de N.V. I. hiervan kennis had of kon hebben;

dat, meer nog, de analyse van maart 1995 immers geenszins werd toegespitst op het onderzoek naar de conformiteit, terwijl de aangeboden Basagran voor het eerst in mei 1995 werd onderzocht op de aanwezigheid van polypropyleenglycol, zodat appellante uit het feit zelf dat analyses plaatsvonden, geen argumenten kan putten ter ondersteuning van haar standpunt dat geïntimeerde wist of moest weten dat de voorwaarde van conformiteit een essentieel bestanddeel uitmaakte van de overeenkomst;

Overwegende, integendeel, dat alle dossier-elementen erop wijzen dat de N.V. I. in de onmogelijkheid verkeerde de precieze draagwijdte van de conformiteitsnorm te achterhalen; dat de eis dat de te leveren Basagran «conform diende te zijn aan de in België toegelaten Basagran» in dermate algemene bewoordingen werd gesteld, dat geïntimeerde hieruit onmogelijk kon opmaken welke precieze bedoelingen van appellante waren; dat de N.V. I. aldus op het ogenblik van de contractsluiting zelfs geen kennis had van de chemische samenstelling van de in België geregistreerde Basagran en zelfs in de onmogelijkheid verkeerde deze samenstelling tijdig te achterhalen;

dat de N.V. B. Belgium in haar aanvullende conclusies voor de eerste rechter inderdaad toegeeft dat de chemische samenstelling van Basagran geheim is en dat de samenstelling van het geotrooierde product Basagran in België identiek is aan het product Basagran waarvoor erkenning werd gevraagd aan het Ministerie van Landbouw; dat zij dit nogmaals bevestigt in het door haar in het beroeps-verzoekschrift gegeven feitenrelaas;

dat geen enkele instantie bereid gevonden werd om de chemische samenstelling van het in België geregistreerde product Basagran en/of het bewerkingsprocédé van het geotrooierde product Basagran prijs te geven; dat alleen de aanvrager van de registratie het openbaar kon maken;

dat de N.V. B. Belgium het niet nuttig oordeelde gegevens te verstrekken nopens de vereiste chemische samenstelling van Basagran, ook niet in 1995, hoewel niets haar belette de N.V. I. erop te wijzen dat zij sinds het begin van het jaar 1995 de chemische samenstelling wijzigde van de voor de Chinese markt bestemde Basagran, met de bedoeling de eventuele wederinvoer binnen de Europese Unie van deze Basagran te belemmeren, niet alleen op grond van de alhier geldende industriële eigendomsrechten van B. AG, maar ook op grond van de vaststelling dat deze Basagran niet conform was aan de alhier toegelaten Basagran;

dat het Belgische Ministerie van Middenstand en Landbouw voor het eerst in een brief van 29 juli 1997, uitsluitend gericht aan de N.V. B. Belgium, dit is meer dan twee jaar na litigieuze bestelling, bevestigde dat het product Basagran van de N.V. B. Belgium geregistreerd onder het erkenningsnummer 6590/B voor de N.V. B. Belgium, in zijn toegelaten samenstelling geen polypropyleenglycol bevat;

dat appellante slechts naar aanleiding van de tussen partijen gerezen betwistingen verduidelijkte dat de te leveren Basagran qua chemische samenstelling diende overeen te komen met de in België geregistreerde Basagran, en dat de met de in België geregistreerde Basagran overeenstemmende Basagran geen polypropyleenglycol bevatten;

dat de N.V. I. daarenboven, zoals blijkt uit haar fax van 2 juni 1995 gericht aan I.A., zich vruchteloos tot verschillende laboratoria te lande richtte, ten einde een bewijs van conformiteit te verkrijgen; dat het laboratorium te Luik niet wenste te bevestigen dat het afgeleverde monster conform was aan de in België toegelaten Basagran; dat het laboratorium van de Gentse Universiteit, erkend door het Ministerie van Landbouw voor de analyses van insecticiden, op grond van een vergelijkende studie van 13 november 1995, verricht op stalen van twee afzonderlijke leveringen, waaronder die besteld in de maand mei 1995, besluit dat er slechts een minimaal verschil waarneembaar is in de verhouding van de twee pieken bij alle geteste golflengtes en dat niet kan worden aangetoond dat deze verschillen resulteren in een andere biologische activiteit, maar dat ook dit labo de woorden «conform» of «niet-conform» niet wenste te gebruiken;

dat, meer nog, het Ministerie van Landbouw weigerde op verzoek van de N.V. I. een certificaat van conformiteit af te leveren (zie fax van de N.V. I. op 2 juni 1995 gericht aan I.A.);

Overwegende dat het gebrek aan duidelijkheid en informatie van appellante meebrengt dat de draagwijdte van de voorwaarde van conformiteit aan de in België geregistreerde Basagran voor de N.V. I. niet in te schatten viel;

Overwegende dat de N.V. I. er in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze kon en mocht van uitgaan dat de door haar in uitvoering van de bestelling van mei 1995 aangeboden Basagran beantwoordde aan de chemische samenstelling van de in België toegelaten Basagran, vooral omdat alle indicies voorhanden waren en identiek zijn (identieke verpakking: 190 liter vaten, identieke prijs, zelfde Chinese opschriften) en omdat de levering gedaan in uitvoering van de onder dezelfde voorwaarden gedane bestelling van 9 maart 1995 aanvaard en betaald werd en het geleverde product conform werd bevonden aan de samenstelling van de in België toegelaten Basagran;

Overwegende dat het onthouden aan de N.V. I. door de N.V. B. Belgium van iedere informatie betreffende de vereiste chemische samenstelling meebrengt dat de N.V. I. buiten haar wil in de onmogelijkheid verkeerde om de gestelde voorwaarde van conformiteit na te leven;

Overwegende dat appellante de N.V. I. in de gegeven omstandigheden niet ten grieve kan duiden geen met de in België geregistreerde Basagran overeenstemmende Basagran geleverd te hebben, aangezien de in haren hoofde aangehouden tekortkoming aan haar informatieverplichting oorzaak is van de beweerd niet-conforme levering;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 17 JANUARI 2000

Voorzitter: de h. Wetsels

Raadsheren: mevr. Bax en de h. Neels

Advocaten: mrs. Peeters en Verhoeven

Overeenkomst – Overmacht – Brouwerijovereenkomst – Op caféhouder rustende afnameverplichting – Daling van omzet beneden normaal rendabiliteitsniveau ingevolge externe omstandigheden buiten de wil van de caféhouder

Wanneer een caféhouder, ingevolge externe omstandigheden onafhankelijk van zijn wil, wordt geconfronteerd met een daling van de omzet van zijn café beneden een normaal rendabiliteitsniveau, waardoor hij dreigt failliet te gaan en zijn handel sluit, vormen die omstandigheden een onoverkomelijk en blijvend beletsel voor de verdere naleving van de hem in de brouwerijovereenkomst opgelegde afnameverplichting.

H. t/ N.V. A.-M.

Gelet op de door de wet vereiste processtukken, in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder het bestreden vonnis, niet betekend, alsmede het verzoekschrift neergelegd op 14 juli 1997 ter griffie, waarmee naar vorm en termijn een regelmatig en ontvankelijk hoger beroep wordt ingesteld.

In het bestreden vonnis van 3 juni 1997 waren, op dagvaarding van de geïntimeerde, het brouwerijcontract en de bruikleenovereenkomst van 6 juni 1990 tussen haar en appellante, café-uitbaatster, ten laste van deze laatste ontbonden verklaard, en werd appellante veroordeeld tot betaling van een hoofdsom van 644.048 fr., bestaande uit een bedrag van 595.084 fr. uit hoofde van de toepassing van het contractuele schadebeding uit het brouwerijcontract, een bedrag van 34.000 fr. als schadevergoeding wegens contractbreuk uit hoofde van de bruikleenovereenkomst en een vergoeding *ex aequo et bono* begroot op 15.000 fr., wegens niet-teruggave van het geleende apparaat.

Bij tussenvonnis van 17 januari 1996 was appellante reeds veroordeeld tot vervroegde terugbetaling van de lening die deel uitmaakte van de brouwerijovereenkomst ten bedrage van 118.677 fr. en tot de contractuele intresten ten bedrage van 106.796 fr.; appellante kweet zich van die terugbetalingen, en tegen dit tussenvonnis werd geen hoger beroep ingesteld.

Appellante voert aan dat zij, in de concrete omstandigheden van het geval, geen contractuele fout beging bij de stopzetting van haar café respectievelijk de niet-uitvoering van de brouwerijovereenkomst, en dat het beding, wegens strijdigheid met de openbare orde, nietig is; inzake de bruikleenovereenkomst voert appellante aan dat zij de tapinstallatie, bierkoeler en publiciteit restitueerde in handen van de firma De C., die steeds voor leveringen haar contactpersoon namens geïntimeerde was geweest, zodat er geen aanleiding is tot toepassing van de vervangende schadevergoeding, die, subsidiair, als overdreven wordt aangemerkt.

Het Hof neemt de volgende feitelijke omstandigheden in aanmerking als naar recht bewezen:

- partijen sloten op 6 juni 1990 een brouwerij- en een bruikleenovereenkomst, nadat appellante een huis had aangekocht tot installatie van een café, dat, vóór zij het in gebruik kon nemen, ernstige brandschade opliep; in ruil voor die overeenkomst stond de brouwerij borg bij de bank voor een lening van 700.000 fr. ten gunste van appellante;
- de tegenover het café gelegen school vaardigde na enige tijd een cafébezoekverbod uit voor haar leerlingen, zodat haar omzetten onverwacht maar aanzienlijk terugliepen;
- dan nog startten langdurige wegenwerken die het cafébezoek helemaal hypothekeerden, zodat zij, na de daling van haar omzet beneden een normaal rendabiliteitsniveau, dreigde in een faillissement terecht te komen en haar handel sloot, de geleende voorwerpen restitueerde, en de woning – waarin sedertdien geen café meer wordt geëxploiteerd – verkocht;
- appellante betaalde haar contractuele schulden na tussenvonnis volledig af.

Appellante, die haar nettoresultaat vóór belasting zag dalen van 438.055 fr. in 1992, tot nog slechts 217.687 fr. in 1994 – zijnde onder de grens van wat wettelijk als bestaansminimum wordt beschouwd – zag zich geplaagd voor een situatie van overmacht, ingevolge externe omstandigheden die het normale vooruitzicht op een gezonde exploitatie van het café vernietigden; zij vervulde, zij het na tussenvonnis, haar contractuele verplichtingen tot terugbetaling van de lening (via de bank, met borgstelling van geïntimeerde) en van de bedongen interesten.

Wat de enige nog aanhangige geschilpunten betreft, vordert geïntimeerde de volledige toepassing van het contractueel schadebeding uit hoofde van de brouwerijovereenkomst, waarvan de relevante clausule als volgt luidt: «In geval van inbreuk, waarop verbreking van het contract volgt, heeft partij te enerzijde het recht betaling te eisen van een vergoeding gelijk aan 20% van het gewaarborgde bedrag, vermenigvuldigd met het aantal jaren die nog te lopen zijn, vanaf het ogenblik van de inbreuk tot het verstrijken van de termijn waarvoor de verplichting inzake de dranken is bedongen, met een maximum van 85% van het gewaarborgde bedrag.» Dit bedrag, begroot op 595.084 fr., werd en wordt door geïntimeerde gevorderd, en werd door de eerste rechter toegekend.

Het Hof is van oordeel dat appellante ongelukkig en te goeder trouw is, en voor een toestand van overmacht werd geplaagd ingevolge een opeenvolging van ongelukkige omstandigheden buiten haar wil, die voor haar een onoverkomelijk en blijvend beletsel vormen om het café verder te zetten en de afnameverplichting (die niet in volume of waarde, maar slechts in tijd was overeengekomen) verder te zetten; er anders over oordelen zou inhouden dat de uitvoeringsplicht van een overeenkomst er een handelaar toe zou kunnen verplichten een verlieslatende handel te blijven voortzetten, wat noch maatschappelijk noch menselijk zinvol kan worden geacht (Kh. Brussel, 2 december 1985, *T.B.H.*, 1988, 638).

De wederpartij ondergaat met haar contractant die te goeder trouw handelt, de normale gevolgen van een toestand van overmacht; in die omstandigheden de toepassing vergen van een kennelijk excessief schadebeding – ten bedrage van 595.048 fr., vergeleken met een leningsovereenkomst ten bedrage van 700.056 fr. en een niet-gekwantificeerde exclusieve drankafnameverplichting – komt

niet voor als een uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst door geïntimeerde, *a fortiori* gelet op het relatief geringe belang van de afname in één café voor een brouwerij die zich in een economische machtspositie bevindt; het Hof stelt vast dat door overmacht het «voorwerp» van de verbintenis die voortvloeide uit de brouwerijovereenkomst is weggevallen, waardoor de uitvoering in natura van de overeenkomst onmogelijk is geworden; daar appellante geen fout treft, kan zij, op grond van art. 1147-1148 B.W. niet tot schadevergoeding worden veroordeeld.

Wat de bruikleenovereenkomst betreft is er, om dezelfde redenen, geen aanleiding tot toekenning van een schadevergoeding uit hoofde van contractbreuk van deze tweede overeenkomst, en omdat het Hof aanvaardt dat appellante de geleende voorwerpen tijdig heeft gerestitueerd aan de firma De C., die te haren opzichte steeds had gehandeld als degene die de contractuele leveringsverplichtingen van geïntimeerde had uitgevoerd, is er evenmin aanleiding tot toekenning van een vervangende vergoeding voor niet-te-ruggegeven voorwerpen.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

BESLAGRECHTER – 22 DECEMBER 2000

Rechter: mevr. Cooreman

Advocaten: mrs. De Wulf loco Verstraete, De Smet loco

Van Parijs, Lenaerts loco Van Leemputten en Flamant

Collectieve schuldenregeling – Minnelijke fase – Verkoop onroerend goed – Taak schuldbemiddelaar – Zuivering

In het raam van een minnelijke aanzuiveringsregeling kan worden overgegaan tot de verkoop van activa met de medewerking van de schuldenaar. Dit is niet anders wanneer het een onroerend goed betreft. De verkoopprijs dient te worden overhandigd aan de schuldbemiddelaar, die de gelden zal verdelen onder de schuldeisers, rekening houdende met de bestaande voorrechten en de hypotheeken. Aangezien deze verkoop gebeurt met toestemming van de beslagrechter, is er een zuiverende werking.

D.

Gelet op het verzoek van de schuldbemiddelaar neergelegd op 29 november 2000 met het verzoek tot verkoop in der minne van een onroerend goed waarop beslag is gelegd (1580bis Ger. W.) en toelating om tot verkoop over te gaan van het onroerend goed waarvan verzoekster in collectieve schuldenregeling deels eigenares is.

De heer C. en mevrouw D. hebben een onroerend goed gekocht dat als gezinswoning heeft gediend. Zij zijn thans in een echtscheidingsprocedure.

De N.V. Z. heeft een inschrijving in tweede rang op dit onroerend goed. Zij meldde aan de schuldbemiddelaar dat zij zich verzette tegen de aangeboden prijs.

Ter zitting verklaarde de N.V. Z. bij monde van haar raadsman, nadat een aangestelde ter plaatse was geweest, dat zij de aangeboden prijs als billijk beschouwde.

Beslag werd gelegd door de eerst ingeschreven schuldeiser, die de aangeboden koopprijs correct vond.

De heer C. verklaarde bij monde van zijn raadsman ter zitting dat hij akkoord ging dat het onroerend goed zou worden verkocht aan de aangeboden prijs, en dat zijn aandeel van de koopsom van dat onroerend goed eveneens zou worden overgemaakt aan de schuldbemiddelaar die de ingeschreven schuldeisers zal moeten betalen.

Het gaat dus om een verkoop in der minne in het raam van een collectieve schuldenregeling en nadat op het goed beslag was gelegd.

Art. 1580bis Ger. W. vindt als zodanig geen toepassing, omdat de gedwongen uitvoering is geschorst wegens de samenloop in het raam van de collectieve schuldenregeling.

Alleszins is er aanleiding om art. 1675-7 Ger. W. toe te passen, waarna door de schuldenaar zal kunnen worden gezocht naar een minnelijke regeling.

Mevrouw D. is nog steeds rechtsbekwaam en kan dus de notariële akte ondertekenen zonder enige vorm van bijstand.

Verschillende vragen moeten worden beantwoord.

1. *Aan wie moeten de gelden, opbrengst van de verkoop, worden overgemaakt?*

Met toepassing van art. 1675/9, § 1, 4°, Ger. W. dienen de gelden van de schuldenaars aan de verzoeker in collectieve schuldenregeling aan de schuldbemiddelaar te worden overhandigd.

Art. 1675/7 Ger. W. handelt enkel over de onbeschikbaarheid van het vermogen.

Mevrouw D. blijft dus bekwaam om haar vermogen naar samenstelling te wijzigen (het onroerend goed wordt als het ware vervangen door de koopsom). De koopsom moet worden betaald aan de schuldbemiddelaar. Immers, de koper van het onroerend goed is zijn schuldenaar.

2. *Wordt het goed verkocht voor vrij, zuiver en onbelast?*

De koper koopt het goed normaal gezien voor vrij, zuiver en onbelast. Zoniet, dan zou de kans om een koper te vinden quasi nihil zijn, terwijl de verkoop van het onroerend goed moet bijdragen tot het vinden van een menswaardige oplossing voor de financiële problemen van Mevrouw D.

De koper moet worden beschermd tegen uitwinning als gevolg van de hypotheek.

De notaris, die normalerwijze aansprakelijk wordt geacht voor de uitvoering van deze modaliteit van verkoop, wordt bij deze beschikking verplicht de sommen over te maken aan de schuldbemiddelaar, en deze betaling zal bevrijdend werken.

De vraag zou kunnen rijzen of het gaat om een verkoop die van rechtswege overwijzing van de rechten van de schuldeisers op de prijs medebrengt wanneer de verkoop geschiedt in het raam van een collectieve schuldenregeling? Met andere woorden, is art. 1639 Ger. W., dat in de overwijzing voorziet van toepassing als we in het systeem zitten van de collectieve schuldenregeling? Zo ja, dan is er een rangregeling (art. 1654 Ger. W.).

Art. 1639 Ger. W. is duidelijk te situeren in het raam van de rangregeling, in het raam van de gevolgen van de toewijzing van een onroerend goed.

De context is hier echter totaal verschillend. De toewijzing onderstelt een gedwongen openbare verkoop.

Er is geen enkele wettelijke bepaling die art. 1639 Ger. W. toepasselijk maakt op een vrijwillige verkoop zoals die welke hier plaatsvindt.

In de wet werd evenmin een uitdrukkelijke melding opgenomen dat het om een verkoop kan gaan die van *rechtswege* overwijzing zou meebrengen.

Zelfs al zou dit zo zijn, brengt huidige oplossing geen gevaar mee. Immers, het is de schuldbemiddelaar die de betalingen zal moeten verrichten, hiertoe uitdrukkelijk uitgenodigd in de beschikking.

De schuldbemiddelaar is dus verantwoordelijk voor de betaling van de beschikbare gelden aan de schuldeiser. De bevrijdende werking van de verantwoordelijkheid van de schuldbemiddelaar zal pas voltooid zijn bij de betaling van de ontvangen sommen aan de bevoorrechte schuldeiser en de hypothecaire schuldeiser (zie verder). De betaling zal als kwijting gelden.

3. *Quid met de zuivering-handlichting?*

Hiertoe zal moeten worden overgegaan aan de hand van huidige uitspraak, die een gerechtelijke zuivering zal meebrengen.

Het uitdrukkelijk akkoord van de ingeschreven schuldeisers, en meer bepaald de hypothecaire schuldeisers, de omstandigheid dat de verkoop van het goed met de toestemming van de beslagrechter gebeurt en de omstandigheid dat de schuldbemiddelaar bij deze verplicht wordt om de hypothecaire schuldeiser en de op het onroerend goed bevoorrechte schuldeiser vooraf te betalen (zie ook punt 5 hierna), maken dat er geen aanleiding is om deze schuldeisers te laten tussenkomen in de akte voor wat de handleiding betreft.

Voor zoveel als nodig vroegen de kopers uitdrukkelijk om de zuivering bij huidige vonnis te laten gebeuren, te rekenen van het moment dat hun betaling van de koopprijs en de kosten zal hebben plaatsgehad.

In uitvoering van het hierna vermelde bevel zal de hypotheekbewaarder tot zuivering moeten overgaan. Dit heeft ook het voordeel van de kostenbesparing.

4. *Quid met de ambtshalve inschrijving door de hypotheekbewaarder?*

Omdat de verkoop gebeurt met toestemming van de beslagrechter en dit dus een zeker nazicht impliceert van de voorwaarden van de verkoop, moet ook worden uitgegaan van het feit dat de verkoopsom beantwoordt aan de reële waarde van dat goed. Er is geen aanleiding tot ambtshalve inschrijving.

De schuldeisers zullen hetzij minnelijk, hetzij gerechtelijk hun vordering kunnen innen. De koopsom wordt in principe in éénmaal betaald, zodat de verkoper zal zijn voldaan na betaling van de som aan de schuldbemiddelaar.

Bij betaling van de koopsom, in handen van de notaris die het bedrag zal moeten overmaken aan de schuldbemiddelaar, wordt kwijting gegeven door de verkoper. Andere ambtshalve inschrijvingen dienen evenmin te gebeuren.

5. *Hoe moet de schuldbemiddelaar verder handelen?*

Hij zal rekening houdende met de bestaande voorrechten op het onroerend goed en hypotheeken, deze schuldeisers uitbetalen, vanaf het ogenblik dat de gelden in zijn handen zijn, minstens ten belope van de nog openstaande hoofdsommen en de intresten tot op het ogenblik van de beschikking van toelaatbaarheid. Immers, zonder enige twijfel zullen deze sommen toekomen aan de ingeschreven schuldeisers, afgezien van de kwestie of de verdere regeling van de collectieve schuldenregeling minnelijk of gerechtelijk gebeurt.

Met het saldo van de verkoopsom en de overige gelden die in zijn bezit zijn, zal hij het ontwerp van minnelijke regeling,

kunnen sturen aan de schuldeisers; het gebrek aan hun akkoord kan aanleiding geven tot een gerechtelijke regeling.

De schuldbemiddelaar zal eveneens een provisie voor de kosten van de hypotheekbewaarder moeten voorzien.

De beslagrechter heeft kunnen vaststellen dat door de N.V. Z. geen aangifte van schuldvordering werd ingediend. Klaarblijkelijk meent zij hierbij geen belang te hebben.

NOOT – Zie D. Michiels, «Praktijkoplossingen inzake verkoop van onroerend goed bij collectieve schuldenregeling», *R.W.*, 2000-2001, 631-634.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE KORTRIJK

5 MAART 2001

Voorzitter: de h. Van Iseghem

Rechters in handelszaken: de h. Renard en Bral

Advocaten: mrs. François, Lombaerts en Vuylsteke

Vennootschap – Besloten Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid – Faillissement binnen drie jaar na oprichting – Oprichtersaansprakelijkheid – Kleine B.V.B.A. – Wettelijk criterium – Verwijzing naar de gemiddelde omzet over de drie boekjaren vóór het faillissement – Extrapolatie van de resultaten naar de gemiddelde jaarlijkse omzet

Uit de omstandigheid dat de voorwaarden voor de exceptie voor kleine B.V.B.A.'s verwijzen naar de gemiddelde omzet over de drie boekjaren vóór het faillissement (art. 265, tweede lid, W. Venn.) is niet af te leiden dat de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid voor oprichters (art. 265, eerste lid, W. Ven.) niet van toepassing zou zijn op een B.V.B.A. die binnen drie jaar na haar oprichting failliet wordt verklaard.

Om te bepalen of de vennootschap aan het wettelijk criterium van de kleine B.V.B.A. voldoet (gemiddelde omzet over de drie boekjaren vóór het faillissement van minder dan 25 miljoen fr., exclusief B.T.W.), zijn de resultaten naar de gemiddelde jaarlijkse omzet te extrapoleren. Een B.V.B.A. die gedurende het eerste boekjaar een omzet van meer dan 61 miljoen fr. boekte, in de eerste maanden van het tweede jaar een omzet van meer dan 7 miljoen fr., wat omgerekend naar een volledig jaar meer dan 46 miljoen fr. zou hebben betekend, voldoet in ruime mate aan het minimumcriterium en is derhalve geen kleine B.V.B.A.

Faillissement B.V.B.A. E. t/ B.V.B.A. E. en T.

...

De toepassingsvoorwaarden van de bestuurdersaansprakelijkheid

Als een B.V.B.A. binnen drie jaar na haar oprichting failliet wordt verklaard, kan art. 63ter Venn. W. niet worden toegepast, meent M.T. en verwijst daarbij naar rechtspraak en rechtsleer. Het meest recente overzicht van rechtspraak dienaangaande (K. Geens, «Overzicht van Rechtspraak Vennootschappen (1992-1998)», *T.P.R.*, 2000, p. 331,

nr. 303) verwijst naar een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Luik (10 september 1991, *T.B.H.*, 501-504), waarin, zoals de curator dit ook hier doet, de resultaten geëxtrapoleerd worden naar de gemiddelde jaarlijkse omzet, wat dan aan het wettelijk criterium kan worden getoetst.

In casu blijkt uit de stukken dat gedurende het eerste boekjaar een omzet van 61.627.562 fr. werd geboekt, terwijl in de eerste maanden van het tweede jaar, een omzet van 7.795.187 fr. werd gerealiseerd. Omgerekend naar een volledig jaar, zou dit 46.771.122 fr. hebben betekend. Deze cijfers voldoen in ruime mate aan het minimumcriterium van 25.000.000 fr., terwijl de interpretatie van de wettelijke bepaling in deze zin, geenszins onverzoenbaar is met de bedoeling van de wet om de jonge zelfstandigen niet te ontmoedigen bij het starten van een onderneming in vennootschapsvorm.

...

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN

3e KAMER – 11 SEPTEMBER 2001

Voorzitter: de h. Velleman

Rechters in sociale zaken: de hh. Dirix en Van Doren

Advocaten: mrs. Nelis en Vandermeersch loco Rauws

Jaarlijkse vakantie – Vakantiegeld – Niet-betaling – Misdrijf – Eenheid van opzet – Voortgezet misdrijf – Vordering ex delictu – Verjaring – Aanvang

In het sociaal strafrecht bestaat eenheid van opzet uit een bepaald doel of plan waarvan de veelheid van misdrijven de uitvoering vormt. Eenheid van opzet kan voortvloeden uit een mondelinge of schriftelijke overeenkomst of uit een betalingsstelsel dat afwijkt van de wettelijke of reglementaire bepalingen waarvan de niet-naleving strafrechtelijk wordt beteugeld.

Te dezen vormen de opeenvolgende misdrijven van niet-betaling van vakantiegeld een voortgezet misdrijf, zodat de verjaring van de vordering ex delictu van de werknemer pas aanvangt op het ogenblik van het laatste strafbare feit.

De wijziging van art. 65 Sw. bij de wet van 11 juli 1994 heeft geen invloed gehad op de aanvang van de verjaringstermijn bij een voortgezet misdrijf.

J. t/ N.V. A.B.

a) Aanvullende opzeggingsvergoeding

...

Er rest de vraag of voor de in aanmerking te nemen anciënniteit rekening moet worden gehouden met de periode van 1 januari 1988 tot en met 1 januari 1997, tijdens welke J. zijn diensten verleende ter uitvoering van een overeenkomst tussen de Britse firma H. en de N.V. A.B. enerzijds, en nadien werd ingeschreven als zelfstandige, anderzijds.

Terzake is de rechtbank van oordeel dat de N.V. A.B. voor de periode waarin J. ter beschikking werd gesteld door de Britse vennootschap H. als werkgever dient te worden beschouwd, met toepassing van art. 31, § 1, van de wet van

24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers.

Uit de voorliggende stukken en de door partijen verstrekte gegevens blijkt immers duidelijk dat J. vanaf 1 januari 1988 onder het rechtstreekse gezag stond van de N.V. A.B., van wie hij de door hem uit te voeren opdrachten en instructies ontving, en dat de band met de Britse firma H. zich louter beperkte tot die met een uitzendende vennootschap.

Hoewel het statuut van J. meermaals wijzigde, moet samen met laatstgenoemde worden vastgesteld dat de arbeidsvoorwaarden en – omstandigheden in de periode 1 januari 1988 tot en met 1 september 1999 klaarblijkelijk geen wijzigingen ondergingen, onverschillig of hij nu ter beschikking werd gesteld door de Britse firma H. werkzaam was als zelfstandige of later als bediende. Deze vaststelling wordt overigens door de N.V. A.B. op geen enkele wijze tegengesproken.

Het feit dat iemand werkt als zelfstandige maar in gelijke omstandigheden als iemand die dezelfde prestaties levert als werknemer, wijst op het bestaan van een gezagsrelatie (zie *Arbh. Antwerpen*, 16 juni 1995, *Soc. Kron.*, 1996, 261).

Wat het bestaan van de gezagsverhouding betreft, volstaat het te wijzen op het feit dat J. werkte volgens een vast uurrooster, dat hij zijn prestaties verrichtte in de bedrijfslokalen van de N.V. A.B. en dat hij zich diende te houden aan de binnen de N.V. A.B. geldende vakantieperiode, vrije dagen en feestdagen (zie terzake de overeenkomst voor dienstverlening tussen de N.V. A.B. en H.).

Aldus moet besloten worden dat bij de vaststelling van de opzeggingsstermijn rekening dient te worden gehouden met een werkelijke anciënniteit van 11 jaar en 9 maanden, nl. van 1 januari 1988 tot en met 1 september 1999.

b) ...

c) *Schadevergoeding wegens niet betaling van het vakantiegeld*

J. voert aan dat de N.V. A.B. voor de periode 1 augustus 1982 tot en met 31 december 1996 heeft verzuimd om het wettelijk verschuldigde vakantiegeld te betalen, waarvoor hij op delictuele grondslag in de inleidende dagvaarding de betaling vordert van een provisionele schadevergoeding van 1.000.000 fr. Bij conclusie wordt de vordering op dit punt nader gespecificeerd en vordert J. betaling van een schadevergoeding wegens de niet-betaling van het vakantiegeld voor de jaren 1985 tot en met 1995 ten bedrage van 2.512.809 fr. volgens een gedetailleerde berekening.

De N.V. A.B. werpt de gedeeltelijke verjaring op van de vordering voor de jaren 1982 tot en met 1993.

De niet-betaling van het wettelijk verschuldigde vakantiegeld maakt een misdrijf uit, zodat voor de verjaring toepassing dient te worden gemaakt van (het oude) art. 26 Voorafgaande Titel Sv. Krachtens deze bepaling verjaart de burgerlijke vordering op grond van een misdrijf door verloop van vijf jaar, zonder evenwel te kunnen verjaren vóór de strafvordering.

Het vertrekpunt van deze verjaringstermijn verschilt naargelang het gaat om een ogenblikkelijk, een voortdurend of een voortgezet misdrijf.

De niet-betaling van het vakantiegeld is in principe een ogenblikkelijk misdrijf, dat door de herhaling ervan gedurende jaren echter een voortgezet misdrijf wordt, wanneer het voortvloeit uit eenzelfde opzet.

Eenheid van opzet bestaat in het sociaal strafrecht uit een bepaald doel of plan waarvan de veelheid van misdrijven de uitvoering vormt, en kan bijvoorbeeld voortvloeien uit een mondelinge of schriftelijke overeenkomst of uit een betalingssysteem dat afwijkt van de wettelijke of reglementaire bepalingen waarvan de niet-naleving strafrechtelijk wordt beteugeld (zie Verougstraete, W., «De verjaring van de burgerlijke vordering die het gevolg is van een misdrijf», *Soc. Kron.*, 1981, 49).

Rekening houdende met de overwegingen sub 2, a) moet *in casu* worden vastgesteld dat de N.V. A.B., die sinds 1 januari 1988 dient te worden beschouwd als de werkgever van J., sindsdien heeft nagelaten het wettelijk verschuldigde vakantiegeld uit te betalen en dit tot en met 1996.

Wegens de eenheid van opzet in de zin zoals hiervoor omschreven, vormen deze verschillende opeenvolgende misdrijven een voortgezet misdrijf, zodat de verjaring van de vordering *ex delictu* een aanvang neemt op het ogenblik dat het laatste strafbare feit werd gepleegd, nl. de niet-betaling van het vakantiegeld voor het jaar 1995, waarvan de betaling verschuldigd was op 1 juli 1996. De vordering die werd ingeleid bij dagvaarding van 18 november 1999 is derhalve niet verjaard.

Ten onrechte houdt de N.V. A.B. voor dat door de wijziging van art. 65 Sw. ingevolge de wet van 11 juli 1994, het vertrekpunt van de verjaringstermijn voor elk van de opeenvolgende overtredingen die samen een voortgezet misdrijf vormen, samenvalt met de dag waarop elke overtreding werd gepleegd. Deze stelling, die in de rechtsleer werd ontwikkeld door F. Kefer en J. Clesse, kan door de rechtbank niet worden bijgevalen (zie Kefer, F., «La disparition de l'absorption», (noot onder Luik, 28 maart 1995), *J.L.M.B.*, 1995, 841; Clesse, J., «La prescription de l'action civile en droit de travail», *J.T.T.*, 1998, 51).

Volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie was de oude regel van art. 65 Sw., dat bepaalde dat alleen de zwaarste straf wordt uitgesproken wanneer eenzelfde feit verscheidene misdrijven oplevert, ook van toepassing als verscheidene feiten de uitvoering waren van hetzelfde misdadig opzet (zie Cass., 27 februari 1957, *Pas.*, 1957, I, 77). Met betrekking tot de oude versie van art. 65 Sw. stelde het Hof zich herhaaldelijk op het standpunt dat wanneer verscheidene misdrijven uit eenzelfde misdadig opzet voortkomen, de verjaring van de publieke vordering ten aanzien van de gezamenlijke feiten eerst een aanvang neemt met het plegen van het laatste feit.

Het nieuwe art. 65, eerste lid, Sw. luidt als volgt: «Wanneer een zelfde feit verscheidene misdrijven oplevert of wanneer verschillende misdrijven die de opeenvolgende en voortgezette uitvoering zijn van een zelfde misdadig opzet, gelijktijdig worden voorgelegd aan een zelfde feitenrechter, wordt alleen de zwaarste straf uitgesproken.»

Uit deze nieuwe bepaling kan geenszins worden afgeleid dat de wetgever «de fictie van één strafbaar feit» zou hebben verlaten wat het voortgezet misdrijf betreft, waardoor

de regelen in verband met de verjaring gewijzigd zouden zijn.

De eerste zinsnede van art. 65, eerste lid, Sw. slaat op de eendaadse samenloop in de strikte zin, nl. het geval waarin eenzelfde feit verscheidene misdrijven oplevert, terwijl het in de tweede zinsnede gaat om een situatie waarin verscheidene feiten door eenzelfde persoon, zelfs op verschillende tijdstippen, werden gepleegd en die in feite de opeenvolgende en voortdurende uitvoering zijn van eenzelfde misdadig opzet. In dat geval wordt het feitencomplex als een geheel beschouwd, en wordt, met toepassing van art. 65 Sw., slechts een enkele straf toegepast, nl. de zwaarste. De feiten worden hier «vermengd» tot een geheel.

De rechtsfiguur uit de rechtspraak «collectief of voortgezet misdrijf» genoemd, werd aldus in 1994 door de wetgever in een uitdrukkelijke wetsbepaling opgenomen (zie Van den Wijngaert, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1998, 395).

De wijziging van art. 65 Sw. heeft derhalve geen invloed op de aanvang van de verjaringstermijn bij een voortgezet of collectief misdrijf (zie in dezelfde zin Arrbr. Antwerpen, 5 oktober 2000, A.R. 310.434, onuitg.).

NOOT – M.b.t. art. 26 Voorafgaande Titel Sv. heeft de arbeidsrechtbank de wijziging van dit artikel bij de wet van 10 juni 1998 uit het oog verloren. De burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf verjaart nu volgens de regelen van het B.W. of van de bijzondere wetten die de vergoeding van schade betreffen. De burgerlijke vordering kan niet vóór de strafvordering verjaren.

Gezegde misgreep van de rechtbank ontnemt evenwel niet het principiële belang van haar beslissing inzake de eenheid van opzet in het sociaal strafrecht, te dezen wat betreft de burgerlijke strafvordering volgend uit het misdrijf van het niet betalen van het vakantiegeld, en de aanvang van de verjaring van die vordering.

J.R.R.

POLITIETRECHTBANK TE GENT

5 MAART 2001

Rechter: de h. Van Trimont

Advocaten: mrs. Cansse en Aerts

1. Huwelijksvermogensrecht – Wettelijk stelsel – Beheer – Huwelijksgemeenschap – Instellen van rechtsvordering – 2. Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Gebrekkige zaken – a) Begrip gebrek – Abnormaal kenmerk – Niet noodzakelijk intrinsiek – b) Openbare wegen – Olievlek op wegdek – Wegdek niet meer beantwoordend aan normale veilige structuur – Eigen fout van het slachtoffer – Voorwaarden – 3. Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Voertuigschade – Wachtijd

1. De omstandigheid dat een voertuig op naam van één echtgenoot is ingeschreven, belet niet dat dat voertuig tot de huwelijksgemeenschap kan behoren. In dat geval kan iedere echtgenoot behoudens de te dezen niet van toepassing zijnde

uitzonderingen, alleen een rechtsvordering instellen namens de huwelijksgemeenschap.

2. a) *Een zaak is gebrekkig in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W., wanneer zij een abnormaal kenmerk vertoont dat haar ongeschikt maakt voor het gebruik volgens haar normale bestemming, en dat van aard is om aan derden schade te berokkenen. Dat gebrek hoeft niet noodzakelijk intrinsiek te zijn aan de zaak.*

b) *Het abnormale kenmerk van een wegdek, te dezen ingevolge de aanwezigheid van een 300 m lang oliespoor op een bochtige afrit, komt onder meer tot stand wanneer dat wegdek niet meer beantwoordt aan zijn normale veilige structuur. Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de overheid als bewaarder van de gebrekkige rijbaan komt de al dan niet zichtbaarheid van het gebrek door de benadeelde niet in aanmerking, evenmin als de eventuele kennis die de benadeelde van de toestand had kunnen helpen.*

Om bij de aanwezigheid van een oliespoor op de openbare weg een eigen fout van de bestuurder aan te nemen, is vereist dat het kwestieuze oliespoor vanop afstand zichtbaar was en dat de bestuurder, bij het zien van dat oliespoor, in staat moet zijn geweest dit te ontwijken zonder gevaar voor zichzelf of voor derden.

3. *Bij totaal verlies van een voertuig loopt de wachttijd vanaf de dag van het ongeval tot de dag waarop de benadeelde in kennis wordt gesteld van het totaal verlies.*

De S. en C. t/ Vlaamse Gewest

De eis strekt tot veroordeling van verweerster tot een schadevergoeding van 260.270 fr., vermeerderd met de interest, en heeft betrekking op een ongeval dat zich voordeed op 2 maart 1998 en waarvan de feitelijke omstandigheden blijken uit een geseponeerd strafonderzoek van het Parket van de procureur des Konings te Gent.

Het ongeval gebeurde rond 9.30 uur te Sint-Denijs-Westrem aan de afrit van de E40, richting buitenring.

De verbalisanten geven aan: plaatsgesteldheid van de afrit bochtig, vochtig wegdek, olie- of mazoutspoor van 300 m op de rechterrijstrook van de afrit; deze strook is smal. De brandweer werd verwittigd voor de verwijdering van de olie of mazout.

Eiseres bestuurde het voertuig van de vrijwillig tussenkomende partij en verklaart dat zij 70 à 80 km/u reed, dat zij opeens voelde dat het voertuig niet meer baanvast was en dat remmen geen resultaat meer had, zodat zij tegen de betonnen schutmuur terecht kwam.

De ontvankelijkheid

a. Verweerster voert aan dat de vordering onontvankelijk zou zijn omdat eiseres niet de vereiste hoedanigheid en het vereiste belang zou hebben om de vordering in te stellen.

b. In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat verweerster de ontvankelijkheid verwacht met de toelaatbaarheid, welke begrippen elkaar in het burgerlijk geding niet dekken.

De ontvankelijkheid slaat op de essentiële vereisten voor het instellen van een vordering (geoorloofde oorzaak, substantiële en op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, enz.), terwijl de in art. 17 Ger. W. bedoelde ver-

eisten van belang en hoedanigheid de toelaatbaarheid betreffen.

Daaruit vloeit voort dat een tussenkomst mogelijk is in een ontoelaatbaar geding dat wel ontvankelijk is.

c. De omstandigheid dat een voertuig op naam van een echtgenoot ingeschreven staat, belet niet dat het voertuig tot de huwgemeenschap kan behoren.

Iedere echtgenoot kan, behoudens de te dezen niet van toepassing zijnde in de wet bepaalde uitzonderingen, alleen een vordering instellen namens de huwgemeenschap.

Dat de eis niet vermeldt dat eiseres optreedt ten behoeve van de huwgemeenschap, heeft alleen tot gevolg dat eiseres het wettelijk vermoeden van art. 1399 B.W. ten aanzien van derden niet weerlegt; meer niet. Bij gebreke daaraan is de vordering ontvankelijk en toelaatbaar, geacht te zijn gedaan ten behoeve van de huwgemeenschap.

Te dezen zijn derhalve de hoofdeis en de tussenvordering van de vrijwillig tussenkomende partij, echtgenoot van eiseres, beide ontvankelijk en toelaatbaar als beide gesteld ten behoeve van dezelfde huwgemeenschap, de eerste bij afwezigheid van weerlegging van het vermoeden en de tweede uitdrukkelijk.

Ten gronde

1. De vordering is te beoordelen in het licht van de aangevoerde rechtsgrond, art. 1384, eerste lid, B.W. (aansprakelijkheid als bewaarder van een gebrekkige zaak).

2. Het wordt niet als zodanig betwist dat verweerster de bewaarder is van het wegdek van de plaats waar het ongeval gebeurde.

3. Zoals hierboven gezegd, gaat het te dezen om een 300 m lang oliespoor op de rechterrijstrook van de afrit van de E40, op een bochtig wegdek.

4. De Rechtbank stelt vast dat verweerster heel haar verweer bouwt op een thans verlaten, uit oudere rechtspraak voortkomende omschrijving van het begrip gebrek en dat verweerster nog steeds pleit dat een gebrek in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W. inherent of intrinsiek aan de zaak moet zijn.

Een zaak is gebrekkig wanneer zij een abnormaal kenmerk vertoont dat haar ongeschikt maakt voor gebruik volgens haar normale bestemming en dat van aard is aan derden schade te berokkenen. Volgens de meest actuele stand van het recht hoeft dat gebrek niet noodzakelijk intrinsiek te zijn aan de zaak (Cass., 2 maart 1995, *R.W.*, 1996-97, 926).

De beoordeling van de aansprakelijkheid van de overheid voor olievlekken en dergelijke maakte een jurisprudentiële evolutie en zelfs ommekeer mee (ook daarmee samenhangend ten aanzien van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds).

De Rechtbank sluit zich aan bij de actuele strekking van de rechtspraak, omdat de enige grondslag die kan worden aangebracht om dit niet te doen – namelijk het niet-intrinsiek of niet-inherent karakter van het abnormaal kenmerk – niet (langer) relevant is (Cass., 2 maart 1995, geciteerd).

5. De actuele stand van de rechtspraak neemt aan dat het abnormale kenmerk van een wegdek onder meer totstandkomt wanneer dat wegdek niet meer beantwoordt aan zijn normale veilige structuur (zie concreet inzake gebrek in de

weg ingevolge *olievlekken*: Hof Brussel, 17 november 1994, *De Verzekering*, 1995, p. 559, nr. 313; Hof Gent, 21 juni 1995, *R.G.A.R.*, 1996, nr. 12697; Hof Antwerpen, 6 januari 1997, *De Verzekering*, 1997, p. 494, nr. 320; Cass., 9 maart 1989, *Verkeersrecht*, 89/140; Hof Brussel, 17 november 1997, *R.G.A.R.*, 1999, 13128; Rb. Dendermonde, 15 juni 1998, *Verkeersrecht*, 99/1; Vred. Wolvertem, 9 december 1993, *R.W.*, 1994-95, 958; Hof Brussel, 23 september 1998, *De Verzekering*, 1999, 239; Pol. Luik, 5 oktober 1998, *De Verzekering*, 1999, 306). Zie ook de meest recente rechtspraak, volledig in dezelfde zin: Hof Antwerpen, 11 januari 1999, *T.A.V.W.*, 2000, 53; Rb. Gent, 10e Kamer, 16 maart 2000, dat Pol. Gent, 16 november 1998, bevestigt (niet gepubliceerd).

Er kan nuttig worden herinnerd aan het cassatiearrest van 9 maart 1989 (*Verkeersrecht*, 89/140), andermaal betreffende een mazoutvlek. Het cassatiemiddel steunde op dezelfde (verlaten) redenering dat voor het gebrek in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W. een intrinsiek abnormaal kenmerk vereist is en dat de feitenrechter niet tot een gebrek in het wegdek kon besluiten op grond van de *enkele* vaststelling van de aanwezigheid van een mazoutvlek die de rijbaan glibberig maakt. Het Hof van Cassatie stelde vast dat de feitenrechter geoordeeld had dat de gladheid van het wegdek (zoals door de feitenrechter vastgesteld en beschreven) een bijzonder maar ongewoon kenmerk was van het wegdek in kwestie en daarenboven schadeverwekkend was, en oordeelde dat de feitenrechter uit die vaststellingen kon afleiden dat het wegdek gebrekkig was zonder art. 1384, eerste lid, B.W. te schenden.

6. Het hierboven beschreven niet onbelangrijk oliespoor gesitueerd op een bochtige afrit en wegens zijn ligging bijzonder verrassend, tast op manifeste wijze de veilige structuur van de rijbaan aan.

7. De recentste rechtspraak beoordeelt inzake gebreken in het wegdek het abnormaal zijn van een gevaar in relatie tot het bestaan van een toestand waarop een normaal voorzichtige en redelijke overheid, in dezelfde omstandigheden geplaatst, tussenbeide komt (Hof Antwerpen, 12 maart 1998, *T.A.V.W.*, 1999, 33). Blijkt uit de strafinformatie niet de noodzaak het wegdek in kwestie te reinigen door de brandweer om verdere ongevallen te voorkomen?

8. a. Voor de aansprakelijkheid ex art. 1384, eerste lid, B.W. zijn de oorsprong van het gebrek alsook de vraag of de bewaarder van de zaak – *in casu* de rijbaan – kennis had van het gebrek, volledig irrelevant (Vandenberghe e.a., «Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad», *T.P.R.*, 1987, p. 1255, nr. 74; Pol. Antwerpen, 4 juni 1998, *De Verzekering*, 1999, 553).

b. Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de overheid komt de al dan niet zichtbaarheid van het gebrek door de benadeelde niet in aanmerking (Cass., 26 mei 1994, *R.W.*, 1994-95, 745).

c. Evenmin komt in aanmerking van de eventuele kennis die het slachtoffer had kunnen hebben van de toestand (Cass., 21 oktober 1993, *R.W.*, 1995-96, 12).

Gelet op het bovenstaande staat verweersters aansprakelijkheid op grond van art. 1384, eerste lid, B.W. vast.

9. Aangezien de kwalitatieve aansprakelijkheid ex art. 1384, eerste lid, B.W. een zelfstandige en toereikende aansprakelijkheidsgrond is, moeten geen andere rechtsgronden worden onderzocht.

Evenmin moet de Rechtbank ingaan op bepaalde verweermiddelen die betrekking hebben op die andere rechtsgronden maar die niet in het kader van art. 1384, eerste lid, B.W. vallen (inspanningsverbintenis, enz.).

10. Blijft de vraag naar de eventuele eigen fout van eiseres.

Het bovenstaande belet niet dat ook eiseres een eigen fout kan hebben begaan die dan leidt tot een gedeelde aansprakelijkheid, niet tot opheffing van verweersters aansprakelijkheid.

Ook inzake kwalitatieve aansprakelijkheid geldt immers de equivalentieleer, en zonder de aanwezigheid van het oliespoor hadden het ongeval en de schade zich niet voorgedaan zoals ze zich *in concreto* voordelen.

Er dient dus te worden nagegaan of eiseres een eigen – samenlopende – fout beging en in dat verband draagt verweester, die zich op die fout beroept, de volle bewijslast.

11. a. Hierboven werd reeds gezegd dat de zichtbaarheid van een gebrek of gevaar voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de overheid niet in aanmerking komt. De omstandigheid dat een gebrekkige of gevaarlijke toestand tijdig zichtbaar is (of dat de benadeelde er kennis van heeft) doorbreekt immers de causaliteit tussen het gebrek en het ongeval niet (Vandenberghe e.a., «Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad», *T.P.R.*, 1980, p. 1139 e.v., nr. 194).

Dit is in rechte evident, omdat tot de basisbeginselen van het Belgisch aansprakelijkheidsrecht de door het Hof van Cassatie onafgebroken herhaalde equivalentieleer behoort: iedere fout zonder welke de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich *in concreto* voordeed, moet als oorzaak van de schade worden beschouwd. De Rechtbank kan de fout of het gebrek alleen buiten beschouwing laten indien zij tegelijk vaststelt dat ook zonder dat gebrek de schade zich zou hebben voorgedaan zoals ze zich *in concreto* voordeed.

Hoe zou verweester kunnen staande houden dat ook zonder het oliespoor de schade gebeurd zou zijn, louter omdat het spoor zichtbaar geweest zou zijn?

b. Evenmin is het verweer dienend in de mate dat het op eiseres' rijwijze betrekking heeft.

Nergens in conclusie maakt verweester een analyse van de criteria in rechte, getoetst aan de bewezen elementen van het dossier, om haar stelling te staven.

Het Hof van Beroep te Antwerpen brengt in een arrest (waarin het gaat om een ongeval aan 80 km/u op een betonweg in slechte staat met gaten in de rechterrijstrook) de vigerende criteria in herinnering. Om een eigen (*samenlopende*) fout van de bestuurster aan te nemen moet bewezen zijn: primo, dat het oliespoor in kwestie *vanop afstand* zichtbaar was (een oliespoor is immers minder zichtbaar dan een voorwerp dat zich bovenop het wegdek aftekent) en secundo, dat de bestuurster *bij het zien* van het oliespoor in staat moest geweest zijn dit te ontwijken zonder gevaar voor zichzelf of voor derden (de gewone criteria inzake voorzienbaarheid) (Hof Antwerpen, 12 maart 1998, *T.A.V.W.*, 1999, 33).

Men mag niet vergeten dat, wanneer verweester eiseres een (mede-)fout door onaangepaste snelheid verwijt, zij haar een misdrijf ten laste legt (overtreding van art. 10.1.1° & 3° Wegverkeersreglement). Dit impliceert dat verweester een drievoudig bewijs moet leveren: ten eerste, dat de be-

standdelen van het misdrijf aanwezig zijn; ten tweede, dat het misdrijf aan de bestuurster te wijten is; ten derde, dat de door haar aangevoerde rechtvaardigheidsgrond, voor zover er geloof kan worden aan gehecht, niet bestaat (Cass., 4 december 1992, *R.W.*, 1992-93, 883). De Rechtbank stelt vast dat verweerster geen van deze elementen aanvoert.

c. Het komt de Rechtbank voor dat het oliespoor in kwestie, rekening houdend met de plaats waarop het zich bevond, en zijn omvang, geen toestand creëerde die aan bovenstaande criteria beantwoordt, om te besluiten dat eisers met een voorzienbare hindernis werd geconfronteerd – wat verweerster in zijn constitutionele elementen ook niet aanbrengt.

12. In de rechtsverhouding eisers-vrijwillig tussenkomende partij/verweerster besluit de Rechtbank dan ook tot de aansprakelijkheid van verweerster en tot de afwezigheid van bewezen afdoende elementen inzake een eigen samenlopende fout van eisers die tot gedeelde aansprakelijkheid zou kunnen leiden.

13. Met de omstandigheid dat voor de aansprakelijkheid als bewaarder van een gebrekkige zaak de kennis van het gebrek irrelevant is, hangt samen dat verweerster zich te dezen niet op overmacht kan beroepen, daar de aangevoerde fout van een derde of vreemde oorzaak waarop verweerster zich beroept aan de oorsprong zouden liggen van het gebrek en niet aan de oorsprong van de schade, terwijl alleen de vreemde oorzaak of daad van een derde die aan de oorzaak liggen van de schade de bewaarder van de gebrekkige zaak vrijstellen van aansprakelijkheid op grond van art. 1384, eerste lid, B.W. (Hof Antwerpen, 10 januari 1989, *Verkeersrecht*, 89/142; Rb. Kortrijk, 25 februari 1991, *De Verzekering*, 1992, 337).

...

De gevorderde bedragen

Het enige wat wordt betwist, zijn de wachttijd en de mutatieuur.

Het ongeval gebeurde op 2 maart 1998.

Bij totaal verlies loopt de wachttijd vanaf de dag van het ongeval tot de dag waarop de benadeelde wordt in kennis gesteld van het totaal verlies. Te dezen was dat bij brief van 11 maart 1998 (waarvan een exemplaar aan de benadeelde werd gezonden), aangekomen op 12 maart 1998. De dag van het ongeval inbegrepen geeft dit een wachttijd van tien dagen. De gevorderde negen dagen kunnen derhalve zeker toegekend worden.

Bij forfaitaire vergoeding van de mutatieuur worden vijftien dagen toegekend, tenzij de benadeelde zich door zijn persoonlijke handtekening uitdrukkelijk met minder akkoord verklaarde.

Aanvankelijk was dit niet het geval. Op 22 april 1998 werd evenwel een tweede proces-verbaal van expertise ondertekend, uitgaande van verweerster, en daarop tekende de vrijwillig tussenkomende partij (met volle kennis van zaken?). Het document voorzag een mutatieuur van zes dagen.

Derhalve moet de vordering worden herleid tot: 260.270 fr. – 12.000 fr. (gevorderde mutatieuur) + 4.800 fr. (6 dagen) = 253.070 fr.

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Coördinatie: Johan Meeusen

Hof van Justitie 13 januari 2000 en Hof van Justitie 8 maart 2001

Vrij verkeer van goederen – Verkoopmodaliteiten – Markttoegang

De arresten TK-Heimdienst (13 januari 2000) en Gourmet (8 maart 2001) geven verder inzicht in de interpretatie door het Hof van Justitie van de zgn. Keck-exceptie in het vrij verkeer van goederen. In het welbekende arrest Keck en Mithouard (arrest van 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, *Jur.*, 1993, I-6907) oordeelde het Hof van Justitie, in afwijking van zijn eerdere rechtspraak, dat de toepassing op producten uit andere lidstaten van nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, niet als een maatregel van gelijke werking in de zin van de Dassonville-rechtspraak kan worden beschouwd. De voorwaarde is dan wel dat die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën en dat ze zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten als op die van producten uit andere lidstaten. Wanneer aan die voorwaarden is voldaan, zo vervolgde het Hof in *Keck en Mithouard*, heeft de toepassing van de regeling over verkoopmodaliteiten op de verkoop van producten uit een andere lidstaat immers niet tot gevolg dat voor die producten de toegang tot de markt wordt verhinderd of meer bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is.

De Oostenrijkse wetgeving bepaalde dat bakkers, slagers en levensmiddelenhandelaren die in een bepaald district ambulante handel dreven, in datzelfde district of in een daaraan grenzende gemeente ook in een vaste inrichting handel moesten drijven. Alleen de waren die in die vaste inrichtingen te koop werden aangeboden, mochten ook ambulant worden verkocht. Aangezien TK-Heimdienst, dat een detailhandel dreef en tevens diepvriesproducten aan de eindverbruiker leverde, niet aan die voorwaarden voldeed, verzocht het *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb* de rechter om de ambulante verkoop aan TK-Heimdienst te verbieden zolang het in het betrokken district of in een daaraan grenzende gemeente geen handel dreef in een vaste inrichting. Het Oostenrijkse *Oberste Gerichtshof* vroeg het Hof van Justitie of art. 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 28 EG) in de weg staat aan een dergelijke nationale regeling.

In zijn antwoord herinnerde het Hof van Justitie eerst aan de Keck-rechtspraak en oordeelde het dat een regeling als de Oostenrijkse de verkoopmodaliteiten van bepaalde goederen betrof doordat zij geografische gebieden afbakende waarbinnen iedere betrokken marktdeelnemer zijn producten op ambulante manier mocht verkopen. Toch oordeelde het Hof dat een dergelijke regeling art. 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 28 EG) schond. Er was immers niet voldaan aan de verdere, in het Keck-arrest gestelde voorwaarden. De Oostenrijkse regeling betrof de verkoop van nationale producten niet op dezelfde wijze als die van uit andere lidstaten

afkomstige producten. Bakkers, slagers en handelaren in levensmiddelen die in een andere lidstaat een vaste inrichting hadden en hun producten in een bepaald Oostenrijks district wilden verkopen, moesten immers daar of in een aangrenzende gemeente een andere vaste inrichting openen of verwerven, terwijl de plaatselijke marktdeelnemers reeds aan het criterium van de vaste inrichting voldeden. Opdat producten uit andere lidstaten dezelfde toegang tot de markt van de lidstaat van invoer kregen als nationale producten, moesten dus extra kosten worden gemaakt. Met andere woorden, ook al was de Oostenrijkse regeling van toepassing op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied actief waren, toch bemoeilijkte ze de toegang tot de markt van de lidstaat van invoer meer voor producten uit andere lidstaten dan voor nationale producten. Ook de ingeroepen rechtvaardigingsgronden werden door het Hof van Justitie afgewezen.

Ook in de Gourmet-zaak was de interpretatie van de Keck-exceptie aan de orde. Gourmet International Products (hierna: GIP) gaf een tijdschrift uit, waarvan de voor de abonnees bestemde editie drie bladzijden reclame voor alcoholhoudende dranken bevatte. De *Konsumentombudsmannen* vorderde voor het Stockholms *Tingsrätt* dat GIP op straffe van een geldboete zou worden verboden de verkoop van alcoholhoudende dranken aan consumenten te bevorderen d.m.v. dergelijke met de Zweedse wetgeving strijdige advertenties. GIP argumenteerde daarentegen dat een dergelijke wetgeving in strijd was met het gemeenschapsrecht, en het Stockholms *Tingsrätt* stelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over de verenigbaarheid met het EG-recht van een nationale wettelijke regeling die een algeheel verbod op alcoholreclame oplegde.

In het prejudiciële arrest herinnerde het Hof van Justitie niet enkel aan de Keck-rechtspraak m.b.t. de verkoopmodaliteiten, maar ook aan het De Agostini-arrest, waarin het Hof had geoordeeld dat niet kan worden uitgesloten dat een algemeen verbod in een lidstaat van een bepaalde vorm van reclame voor een product dat daar rechtmatig wordt verkocht, grotere gevolgen heeft voor producten afkomstig uit andere lidstaten (arrest van 9 juli 1997, gevoegde zaken C-34-36/95, *Jur.*, 1997, I-3843). Het Hof stelde vervolgens vast dat voor producten zoals alcoholhoudende dranken, waarvan de consumptie verbonden is met traditionele sociale gebruiken en lokale gewoonten, een verbod op alle voor consumenten bestemde reclame de toegang tot de markt van producten uit andere lidstaten sterker zal bemoeilijken dan van nationale producten, waarmee de consument natuurlijk meer vertrouwd is. Een reclameverbod zoals bepaald in de Zweedse wetgeving, vormde volgens het Hof dan ook een binnen de werkingssfeer van art. 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 28 EG) vallende belemmering voor de handel tussen de lidstaten. Wel achtte het Hof van Justitie de rechtvaardiging van deze belemmering uit hoofde van de bescherming van de volksgezondheid principieel mogelijk (art. 36 EG-Verdrag; thans, na wijziging, art. 30 EG); het liet het aan de nationale rechter over om de evenredigheid van het reclameverbod t.a.v. deze doelstelling te onderzoeken. Ten slotte zag het Hof in de geveiseerde maatregel nog een beperking van het vrij dienstenverkeer (art. 59 EG-Verdrag; thans, na wijziging, art. 49 EG), eveneens principieel te rechtvaardigen uit hoofde van de bescherming van de volksgezondheid (art. 66 EG-Ver-

drag, thans art. 55 EG), indien althans de evenredigheidsvoorwaarde was vervuld.

Het Hof van Justitie bevestigde in beide arresten uitdrukkelijk dat de in *Keck en Mithouard* gestelde voorwaarde van «zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten als op die van producten uit andere lidstaten» een voorwaarde van gelijke markttoegang is. Ook in eerdere uitspraken over de eventuele toepassing van de Keck-exceptie op het vrij personen-respectievelijk dienstenverkeer had het Hof voor deze benadering geopteerd (respectievelijk het arrest van 15 december 1995, zaak C-415/93, *Bosman*, *Jur.*, 1995, I-4921, rechtsoverweging 103 en het arrest van 10 mei 1995, zaak C-384/93, *Alpine Investments*, *Jur.*, 1995, I-1141, rechtsoverweging 38). Bijzonder aan *TK-Heimdienst* en *Gourmet* is evenwel dat het Hof van Justitie zijn traditionele terughoudendheid bij de beoordeling van deze voorwaarde en de affirmatie van een discriminatie verlaat. In *TK-Heimdienst* gebeurde dit trouwens tegen de conclusie van advocaat-generaal La Pergola in. Hierdoor verliest de Keck-exceptie, en vooral het belang van de kwalificatie van nationale regelingen als betrekking hebbende op verkoopmodaliteiten dan wel producteisen, opnieuw aan belang. Zelfs een regeling inzake verkoopmodaliteiten die zonder onderscheid van toepassing is op alle marktdeelnemers op het nationale grondgebied, kan probleemloos – vooral in *TK-Heimdienst* was het Hof erg kort – in strijd met art. 28 EG worden bevonden. Hierdoor rijst onvermijdelijk de vraag of het Hof van Justitie nog lang een beroep zal doen op het toch al niet steeds zo duidelijke onderscheid tussen producteisen en verkoopmodaliteiten, en hoe het dan een herhaling van de onzekerheid uit de pre-Keck-periode zal voorkomen.

(Vijfde kamer – Zaak C-254/98 – *TK-Heimdienst* Sass; Zesde kamer – Zaak C-405/98 – *Konsumentombudsmannen/Gourmet International Products AB*)

Johan Meeusen

Hof van Justitie 16 mei 2000

Vrij verkeer van goederen – Benaming van oorsprong – Verplichting tot botteling in productiegebied – Rechtvaardiging

De Belgische Staat heeft krachtens art. 170 EG-Verdrag (thans art. 227 EG) een niet-nakomingsprocedure ingeleid tegen Spanje, omdat deze lidstaat de verplichtingen niet zou zijn nagekomen die op hem rusten krachtens art. 34 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 29 EG), zoals uitgelegd door het Hof in zijn arrest *Delhaize* van 9 juni 1992 (zaak C-47/90, *Jur.*, 1992, I-3669) en krachtens art. 5 EG-Verdrag (thans art. 10 EG).

Volgens een Spaans besluit moet Rioja-wijn, die met de vermelding «denominación de origen calificada» wordt aangeduid, gebotteld zijn in bodega's gelegen in het productiegebied van Rioja-wijn. Daarom is voor de uitvoer van ongebottelde wijn, per land van bestemming, een uitvoerquotum vastgelegd, dat elk jaar kleiner werd.

In *Delhaize* heeft het Hof, in het raam van een prejudiciële vraag, reeds verklaard dat een nationale wettelijke regeling die voor wijn met benaming van oorsprong de uitvoer van ongebottelde hoeveelheden beperkt, terwijl de verkoop van

dezelfde ongebotte wijn in het productiegebied wordt toestaan, in strijd is met art. 34 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 29 EG). Enkel het feit dat gewaarborgd moet worden dat de benaming van oorsprong haar specifieke functie vervult, omdat de botteling in het productiegebied de wijn bijzondere kenmerken verleent of onontbeerlijk is voor het behoud van de door de wijn verworven specifieke kenmerken, kan de Spaanse maatregel rechtvaardigen. In de zaak Delhaize was hiervoor geen bewijs geleverd.

In dit arrest herhaalt het Hof dat de Spaanse maatregel een specifieke beperking van de uitvoer tot gevolg heeft en leidt tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse handel en de uitvoerhandel. De regeling vormt dus een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve uitvoerbeperking in de zin van art. 34 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 29 EG).

Volgens de Spaanse regering is de bottelingseis gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van de industriële en commerciële eigendom in de zin van art. 36 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 30 EG). Zij voert daarvoor nieuwe gegevens aan die het Hof tot een ander inzicht moet brengen dan in de zaak Delhaize.

Het Hof stelt vast dat de gemeenschapswetgeving een algemene ontwikkeling vertoont naar accentuering van de productkwaliteit in het raam van het gemeenschappelijk landbouwbeleid. Deze ontwikkeling geldt ook voor de sector kwaliteitswijnen en moet, onder meer door het gebruik van oorsprongsbenamingen, de reputatie van de producten verbeteren. Benamingen van oorsprong maken volgens het Hof deel uit van de intellectuele en commerciële eigendomsrechten, en hun reputatie hangt hoofdzakelijk af van hun kwaliteit.

De maatregel is daarom in overeenstemming met het gemeenschapsrecht, als is aangetoond dat botteling in het productiegebied een noodzakelijke en redelijke voorwaarde is voor het behoud van de reputatie van de «denominación de origen calificada Rioja». Het Hof aanvaardt dat onder optimale omstandigheden de kenmerken en de kwaliteit van de wijn kunnen worden behouden, indien deze ongebotte wordt vervoerd en buiten het productiegebied wordt gebotteld. Er bestaat echter grotere zekerheid over het behoud van de kenmerken en de kwaliteit wanneer het bottelen en het vervoer beperkt blijven tot het productiegebied. Bovendien bieden de buiten het productiegebied conform de communautaire regelen verrichte controles minder waarborgen voor de kwaliteit en de echtheid van de wijn dan wanneer deze onderworpen is aan grondige en stelselmatige controle in het Rioja-gebied.

Het Hof besluit daarom dat de maatregel gerechtvaardigd is. Bovendien voldoet de regeling aan het proportionaliteitsbeginsel, omdat er geen minder bezwarende alternatieven bestaan om de reputatie van de Rioja-wijn te beschermen. Een aangepaste etikettering die vermeldt waar de botteling is gebeurd, en reeds het louter naast elkaar bestaan van twee verschillende bottelingsmethoden, zouden volgens het Hof de reputatie van alle onder de «denominación de origen calificada Rioja» verkochte wijn kunnen schaden.

Het evenredigheidsbeginsel wordt hier bijzonder laks toegepast. Ook al vermeldt het Hof etikettering als een alternatief, toch verworpt het deze minder beperkende maatregel op basis van de algemene veronderstelling dat het vertrouwen dat de benaming Rioja bij de consumenten ge-

niet, louter door het naast elkaar bestaan van twee bottelingsmethoden, aangetast zou worden. Dezelfde rigide houding blijkt ook wanneer het Hof overweegt dat onder optimale omstandigheden de kenmerken en de kwaliteit van de wijn kunnen worden behouden bij botteling buiten het productiegebied, maar dat botteling in het productiegebied grotere zekerheid biedt.

(Voltallig Hof – Zaak C-388/95 – Koninkrijk België/Koninkrijk Spanje)

Jeroen Capiau

Hof van Justitie 5 oktober 2000

Vrij verkeer van diensten – Richtlijn 98/43/EG – Tabaksreclame en -sponsoring – Rechtsgrondslag – Art. 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 95 EG)

Duitsland stelde bij het Hof van Justitie beroep in tot nietigverklaring van richtlijn 98/43/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van reclame en sponsoring voor tabaksproducten (verder de tabaksrichtlijn, *Pb.L.*, 30 juli 1998, nr.213, 9). Deze richtlijn voert een algemeen verbod in op reclame en sponsoring voor tabaksproducten en beoogt zo door harmonisatie de belemmeringen van de werking van de interne markt weg te werken.

Als voornaamste argument stelde de Duitse regering dat art. 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 95 EG), dat als rechtsgrondslag geldt voor de verwezenlijking van de interne markt, de verkeerde basis vormt voor het aannemen van de richtlijn. Volgens Duitsland is de markt van reclame voor tabaksproducten voornamelijk nationaal en heeft deze meestal geen effect buiten de grenzen van de lidstaten. Bovendien werd betoogd dat de gemeenschapswetgever op grond van art. 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 95 EG) enkel bevoegd is om nationale wettelijke regelingen te harmoniseren, voor zover deze harmonisatie noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de interne markt. De harmonisatiemaatregel moet daadwerkelijk bijdragen tot de verbetering van de interne markt. Omdat richtlijn 98/43/EG in feite neerkomt op een absoluut reclameverbod, worden het vrij verkeer van dragers van tabaksreclame en de vrijheid van diensten op dat vlak niet bevorderd, maar ongeveer volledig opgeheven. De richtlijn schept nieuwe handelsbelemmeringen die voorheen niet bestonden in plaats van toekomstige handelsbelemmeringen te verhinderen. Ten slotte kan art. 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 95 EG), volgens Duitsland, niet als grondslag dienen wanneer het zwaartepunt van de richtlijn bestaat in de bescherming van de volksgezondheid en niet in het bevorderen van de interne markt.

Het Hof van Justitie herinnert er in de eerste plaats aan dat art. 129, vierde lid, eerste streepje, EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 152, vierde lid, punt c), EG) harmonisatiemaatregelen op het vlak van de volksgezondheid uitsluit. Dit betekent niet dat harmonisatiemaatregelen die geldig zijn aangenomen op basis van andere verdragsbepalingen, geen invloed zouden kunnen hebben op de bescherming van de volksgezondheid. Het is echter niet toegelaten dat andere verdragsartikelen als rechtsgrondslag worden aangewend om het verbod van art. 129, vierde lid, eerste streepje, EG-

Verdrag (thans, na wijziging, art. 152, vierde lid, punt c), EG) te omzeilen. Het Hof beklemtoont dat de op basis van art. 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 95 EG) aangenomen maatregelen, zoals de tabaksrichtlijn, daadwerkelijk de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt dienen te verbeteren. Het Hof moet erop toezien dat de aldus uitgevaardigde maatregelen inderdaad de door de gemeenschapswetgever beoogde doelstellingen nastreven. Het genoemde verdragsartikel mag wel worden gebruikt om toekomstige belemmeringen van het handelsverkeer ten gevolge van de heterogene ontwikkeling van nationale wetgevingen te vermijden, maar het ontstaan van die belemmeringen moet waarschijnlijk zijn en de betrokken maatregel moet ertoe strekken die belemmeringen te voorkomen. Wanneer aan de vermelde voorwaarden voor de toepassing van art. 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 95 EG) is voldaan, kan de gemeenschapswetgever dit artikel als rechtsgrondslag hanteren, ook wanneer de bescherming van de volksgezondheid daarbij een doorslaggevende doelstelling vormt.

Met deze opmerkelijk restrictieve interpretatie van de interne markt-clausule in het EG-Verdrag, roept het Hof een halt toe aan een al te ruim gebruik van art. 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 95 EG). De gemeenschapswetgever kan uit deze bepaling geen algemene bevoegdheid putten om de interne markt te reglementeren. Het Hof beklemtoont daarmee de specifieke bevoegdheid van de gemeenschapswetgever. Het arrest heeft dan ook mogelijk verstrekkende gevolgen voor toekomstige communautaire harmonisatiemaatregelen.

Het Hof gaat in het arrest voorts *in concreto* na of de tabaksrichtlijn de door de gemeenschapswetgever aangevoerde doelstellingen, namelijk enerzijds het wegnemen van de belemmeringen van het vrij verkeer van goederen en van de vrijheid van dienstverrichting en anderzijds het opheffen van de mededingingsverstoringen, werkelijk nastreeft. Het algemeen reclame- en sponsoringverbod van art. 3, eerste lid, van de tabaksrichtlijn vergemakkelijkt echter in geen enkel opzicht het handelsverkeer in affiches, parasols, asbakken en andere producten die tabaksreclame bevatten. Deze bepaling draagt niet bij tot de opheffing van belemmeringen van het vrij verkeer en is evenmin noodzakelijk om de omzeiling te voorkomen van verbodsbepalingen die een dergelijk doel wel hebben. Bovendien wordt ook het vrij verkeer van producten die aan de bepalingen van de tabaksrichtlijn voldoen, niet verzekerd. Lidstaten kunnen immers strengere eisen stellen aan deze producten.

Een richtlijn kan ook slechts op wettig wijze op grond van art. 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 95 EG) worden aangenomen indien ze werkelijk bijdraagt tot de opheffing van ernstige mededingingsverstoringen. Het wegwerken van minieme mededingingsverstoringen kan niet op basis van dit artikel geschieden. Wat de positie van reclamebureaus en producenten van reclameartikelen betreft, is er echter slechts sprake van zijdelingse en indirecte gevolgen voor de mededinging die niet als merkbaar kunnen worden beschouwd. De bestaande verschillen tussen bepaalde regelingen inzake tabaksreclame kunnen wel ernstige mededingingsverstoringen opleveren, maar verstoringen van de mededinging in *bepaalde* gevallen kunnen niet rechtvaardigen dat art. 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 95 EG) als grondslag wordt gebruikt voor een volledig reclameverbod.

Het Hof besluit daarom dat de artikelen 100A, 57, tweede lid, en 66 EG-Verdrag (thans, deels na wijziging, respectievelijk art. 95, 47 en 55 EG) niet als rechtsgrond kunnen dienen voor de vaststelling van de tabaksrichtlijn en verklaart deze in haar geheel nietig. Art. 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 95 EG) had wel kunnen worden gebruikt voor een richtlijn waarbij bepaalde vormen van reclame en sponsoring voor tabaksproducten werden verboden, maar niet voor een volledig verbod.

In mei 2001 heeft de Europese Commissie een nieuw voorstel ingediend voor een richtlijn (COM(2001)283 def., 31 mei 2001). Dit voorstel is gebaseerd op dezelfde rechtsgrond als de oorspronkelijke tabaksrichtlijn, maar de Commissie heeft wel rekening gehouden met bovenvermeld arrest van het Hof, waaruit toch een opvallende terughoudendheid blijkt tegenover een al te ruim gebruik van de algemene interne markt-bepaling die art. 100A EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 95 EG) vormt. Het algemene verbod op reclame en sponsoring voor tabaksproducten van de vernietigde tabaksrichtlijn is vervangen door meer specifieke verbodsbepalingen. Volgens het huidige voorstel is tabaksreclame in gedrukte media, via internet en op de radio verboden, alsook sponsoring op de radio en voor evenementen waarbij meer dan een lidstaat betrokken is. Het voorstel is overgezonden aan het Europese Parlement en de Raad, die volgens de medebeslissingsprocedure moeten beslissen.

(Voltallig Hof – Zaak C-376/98 – Bondsrepubliek Duitsland/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie)

Jeroen Capiau

Hof van Justitie 9 november 2000

Internationaal privaatrecht – Richtlijn Handelsagentuur – Onafhankelijke handelsagent die zijn werkzaamheden in een lidstaat verricht – In derde land gevestigd principaal – Contractuele rechtskeuze voor het derde-landsrecht – Voorrang Richtlijn Handelsagentuur

Ingmar GB Ltd, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap, werd in 1989 contractueel aangewezen als handelsagent voor het Verenigd Koninkrijk van het in Californië gevestigde Eaton Leonard Technologies Inc. In een clausule van de overeenkomst werd het recht van de staat Californië van toepassing verklaard. Nadat de overeenkomst in 1996 was geëindigd, vorderde Ingmar, op grond van de Britse *Commercial Agents (Council Directive) Regulations*, vergoeding van het nadeel dat haar als gevolg van de beëindiging van haar betrekkingen met Eaton was berokkend. Met deze *Regulations*, van toepassing op de werkzaamheden van handelsagenten in Groot-Brittannië, was de Handelsagentuurrichtlijn 86/653/EEG van 18 december 1986 in het Britse recht geïmplementeerd.

De *High Court of Justice* (England & Wales), *Queen's Bench Division*, oordeelde dat, gelet op het contractueel rechtskeuzebeding, de *Regulations* niet van toepassing waren. Tegen dit vonnis stelde Ingmar beroep in bij de *Court of Appeal*, die het Hof van Justitie prejudicieel vroeg of de art. 17 en 18 van de richtlijn, die de handelsagent bepaalde rechten verlenen na de beëindiging van de agentuurovereenkomst, moeten worden toegepast wanneer de handelsagent zijn activiteit in een lidstaat heeft verricht, terwijl de

principaal in een derde land is gevestigd en de overeenkomst volgens een daarin opgenomen clause door het recht van dat land wordt beheerst.

Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag positief. Aangezien de art. 17 tot en met 19 van de richtlijn, die de handelsagent bij de beëindiging van de overeenkomst beschermen, hierdoor de vrijheid van vestiging en de onvervalste mededinging binnen de interne markt beschermen, achtte het Hof de naleving van die bepalingen op het grondgebied van de Gemeenschap noodzakelijk voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-Verdrag. Een in een derde land gevestigde principaal mag de genoemde bepalingen niet ontwijken door eenvoudig een rechtskeuzeclausule in de overeenkomst op te nemen. De functie van de betrokken richtlijn bepalingen vereist dat ze, ongeacht welk recht partijen op de overeenkomst van toepassing hebben verklaard, toepassing vinden zodra de situatie een nauwe band met de Gemeenschap vertoont, met name omdat de handelsagent zijn activiteiten op het grondgebied van een lidstaat verricht.

Het Hof van Justitie zet in het Ingmar-arrest een nieuwe stap in de uitbouw van het Europese internationaal privaatrecht. Ofschoon ze geen uitdrukkelijke bepaling omtrent haar verzekerd toepassingsgebied bevat, wordt de Handelsagentuurrichtlijn opgevat als een communautaire voorrangsregel, die dwingend toepassing opeist zodra het contract een nauwe band met de Gemeenschap vertoont en die aldus daadwerkelijk «voorrang» krijgt op de principiële *lex contractus*. De genoemde richtlijn dateert van 1986. Vanaf de jaren '90 bevatten communautaire richtlijnen over consumentencontractenrecht haast systematisch een conflictenrechtelijke clause die omzeiling van de door de richtlijn geboden bescherming d.m.v. de (meestal) contractuele keuze voor een derdelandsrecht verbiedt in (al dan niet gespecificeerde) omstandigheden die wijzen op een nauwe band met het grondgebied van de E.G. Deze clausules hebben in de doctrine aanleiding gegeven tot enige controverse wegens hun niet steeds eenvoudige verenigbaarheid met de bepalingen van het Europees Overeenkomstenverdrag van 19 juni 1980 (hierna: «EVO») en de vaak erg uiteenlopende implementatie in de lidstaten (voor details, zie J. Meeusen, «Belgisch internationaal contractenrecht in Europees perspectief: EVO, oneerlijke bedingen, verkoop op afstand, timesharing» in *Overeenkomstenrecht*, XXVIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000, Antwerpen, Kluwer, 2000, 408 e.v.).

Ongetwijfeld zal ook het Ingmar-arrest in IPR-kringen vragen doen rijzen. Zo behoudt het Hof van Justitie in het arrest volledig het stilzwijgen over de toepassing van het EVO, dat toch een Europese bindende afspraak is over het recht van toepassing op internationale contracten en o.m. de mogelijke invloed van voorrangsregels; hoewel het litigieuze contract buiten het temporele toepassingsgebied van het EVO viel, zouden de uniforme Europese bepalingen die in dat verdrag te vinden zijn minstens een inspiratiebron voor het Hof kunnen zijn, net zoals ze dit waren voor advocaat-generaal Léger. In sommige lidstaten is bovendien ook het Haags Agentuurverdrag van 14 maart 1978 van kracht, een IPR-regeling met internationaal verdragsrechtelijk karakter.

De toegenomen IPR-gevoeligheid van de communautaire wetgever vond reeds steun in het nieuwe art. 65 EG-Verdrag (door het Verdrag van Amsterdam erkende communautaire

bevoegdheid inzake IPR) en wordt nu klaarblijkelijk ook gedeeld door het Hof van Justitie. Het arrest maakt duidelijk dat middels interpretatie bij eerdere richtlijnen hetzelfde resultaat kan worden bereikt als met de expliciete IPR-clausules in de latere richtlijnen; hiertoe moeten doel en tekst van de richtlijn nauwkeurig worden geanalyseerd. Mogelijk biedt de in het vooruitzicht gestelde omvorming van het EVO tot een EG-verordening de kans om een meer algemene benadering te realiseren.

Soms namen de afzonderlijke lidstaten al maatregelen met conflictenrechtelijke impact. Zo bepaalt art. 27 van de Belgische Handelsagentuurnetwet van 13 april 1995 (*B.S.*, 2 juni 1995) dat, onverminderd de toepassing van internationale verdragen die België heeft gesloten, elke activiteit van een handelsagent met hoofdvestiging in België onderworpen is aan de Belgische wet en tot de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken behoort. Het Franse Hof van Cassatie weigerde daarentegen nog nà het Ingmar-arrest om aan de Franse implementatiewet het karakter van voorrangsregel toe te kennen (*Cass.fr.*, 28 november 2000, *J.D.I.*, 2001, 511, noot J.-M. Jacquet en *J.C.P. (Ed. gén.)*, 2001, II-10527, noot L. Bernardeau).

(Vijfde kamer – Zaak C-381/98 – Ingmar)

Johan Meeusen

KANTTEKENING

ERETITEL VOOR GEMEENTE- EN OCMW-RAADSLEDEN

Recentelijk werd een wetsvoorstel goedgekeurd waardoor nu ook gemeente- en O.C.M.W.-raadsleden de mogelijkheid krijgen een eretitel te voeren (Wet 4 juli 2001 tot wijziging van de wet van 10 maart 1980 betreffende het verlenen van de eretitel van hun ambt aan de burgemeesters, aan de schepenen en aan de voorzitters van de raden van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn of van de gewezen commissies voor openbare onderstand, *B.S.* 26 september 2001 (tweede editie). Een nieuw art. 5bis wordt ingevoegd). Bij de toelichting verwees de indiener naar het verslag bij het oorspronkelijke wetsontwerp. Daaruit blijkt dat de ingediende amendementen om ook aan gemeenteraadsleden een eretitel te kunnen toekennen, niet werden aanvaard «louter en alleen omdat men de wetgevende procedure niet verder wou vertragen» (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1082/1, p. 3). Door te stellen dat de gemeenteraadsleden de verkozenen zijn van het volk en dus het hoogste orgaan in de gemeente, zette het Parlements lid zijn voorstel kracht bij (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1082/1, p. 3). Bij de uiteenzetting in de bevoegde commissie voegde het kamerlid er nog een link aan toe met het Internationaal Jaar van de Vrijwilliger. In die context hoopte hij met de invoering van de eretitel de voormalige gemeente- en O.C.M.W.-raadsleden te kunnen huldigen voor hun belangenloze inzet aan de gemeenschap: «Zij zijn immers in de huidige maatschappij de vrijwilligers bij uitstek en hebben daarom recht op een officiële erkenning.» (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1082/5, p. 3).

Bij de bespreking stelden diverse leden voor een clause in te voegen waardoor het mogelijk zou worden om de eretitel te ontnemen indien het gedrag van de betrokkene later niet meer onberispelijk zou blijken te zijn. Hierin mag een verwijzing worden gelezen naar de discussie in verband met de titel van «Minister van Staat». De invoering van de clause werd uiteindelijk niet aanvaard. Een commissielid merkte op dat het verlenen van een eretitel immers niet gebeurt met het oog op daden in de toekomst, maar op grond van de verdiensten uit het verleden. Het betrokken lid heeft daar een punt, maar kan niet overtuigen indien later feiten naar boven komen die werden gepleegd gedurende de ambtsperiode die aanleiding heeft gegeven tot het verlenen van de eretitel. De suggestie van een ander Kamerlid om de mogelijkheid in te bouwen om de eretitel bij gerechtelijke beslissing te ontnemen, kan misschien bij een algemene herziening van het systeem worden bekeken. In dit opzicht kan ook worden verwezen naar het Verslag aan de Koning bij het K.B. van 30 september 1981 tot regeling van de modaliteiten voor het verlenen van de eretitel van hun ambt aan de burgemeesters, aan de schepenen en aan de voorzitters van de raden van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn of van de gewezen commissies van openbare onderstand, *B.S.* 8 oktober 1981 (vierde en vijfde alinea): «Wat de voorwaarde betreft, volgens welke het gedrag van degene die om een eretitel verzoekt 'onberispelijk' moet zijn geweest, belet een leemte in de wet maatregelen te nemen waarbij de beslissing tot toekenning kan worden ingetrokken ingeval het gedrag van de betrokkene niet meer 'onberispelijk' is nadat de eretitel is toegekend. Hoewel de Raad van State die leemte betreurt, meent hij dat de bevoegdheid om de modaliteiten te regelen voor het verlenen van de eretitel een gewone bevoegdheid tot uitvoering van de wet van 10 maart 1980 is en dat zij niet de bevoegdheid inhoudt om de intrekking van hetgeen werd verleend te regelen. Volgens de Raad van State zijn de verplichtingen verbonden aan de eretitel van uitgeoefende ambten net zoals de regelen betreffende het verlenen van de titels, een onderdeel van het statuut van die ambten en behoort dat statuut alleen tot de bevoegdheid van de wetgever.» (zie het advies van de Raad van State bij art. 8 van het ontwerp van K.B., *B.S.*, 8 oktober 1981).

Verschillende leden van de commissie merkten ook op dat zij niet zozeer het nut inzagen van het verlenen van eretitels. Maatregelen die daadwerkelijk een verbetering inhouden van het lokaal ambt achten zij meer noodzakelijk. De indiener repliceerde hierop dat deze maatregelen zullen gelden tijdens de uitoefening van het ambt, terwijl de eretitel pas na de afsluiting van de politieke carrière aan de orde is (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1082/5, p. 4-8).

Om in aanmerking te komen voor de eretitel dient het gemeente- of O.C.M.W.-raadslid gedurende minstens achttien jaar het mandaat te hebben uitgeoefend. In het wetsvoorstel was eerst sprake van twaalf jaar. Een goedgekeurd amendement verantwoordde de verhoging met de reden dat de eretitel enkel mag worden verleend «aan personen die blijvend hun stempel hebben gedrukt op het lokale politieke leven» (*Parl. St.*, 2000-2001, nr. 1082/4). In de commissie drukten diverse leden de vrees uit voor een wildgroei van ere-gemeenteraads- en -O.C.M.W.-raadsleden, wat de waarde van de titel zou minimaliseren (*Parl. St.*, 2000-2001, nr. 1082/5, p. 4-8). De initiatiefnemer liet duidelijk verstaan

dat het moet gaan om achttien opeenvolgende jaren (*Parl. St.*, 2000-2001, nr. 1082/5, p. 7).

Op voorzet van de Minister volgde in de commissie een korte discussie over de bevoegdheid van de federale wetgever om de eretitel aan een O.C.M.W.-raadslid te verlenen (zie art. 5, § 2, II, 2° van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen). Hijzelf en de indiener waren voorstander om deze kwestie voor te leggen aan de Raad van State, afdeling wetgeving. Na opmerkingen over de reeds hoge werklast van de Raad van State en het feit dat het verlenen van de eretitel geen enkel gevolg heeft naar de werking van het O.C.M.W., besliste de commissie om uiteindelijk geen advies te vragen (*Parl. St.*, 2000-2001, nr. 1082/5, p. 7-8).

Naast de invoering van de eretitel voor de gemeente- en O.C.M.W.-raadsleden voegt deze wet ook een lid toe aan art. 1 van de wet: «De uitoefening van een ambt in een gemeente die later samengevoegd wordt met andere gemeenten of daaraan wordt aangehecht, wordt beschouwd als een ambt uitgeoefend in de gemeente die de samengevoegde of aangehechte gemeenten bevat» (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1082/2). Deze toevoeging vloeit voort uit een ander samengenomen wetsvoorstel dat op zijn beurt een lichtelijk hallucinante oorsprong kende (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1044/1).

In februari 2000 werden enkele wijzigingen aangebracht aan de wet. De wijzigingen werden doorgevoerd door twee wetten met dezelfde titulatuur: «Wet 10 februari 2000 tot wijziging van de wet van 10 maart 1980 betreffende het verlenen van de eretitel van hun ambt aan burgemeesters, aan de schepenen en aan de voorzitters van de raden van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn of van de gewezen commissies voor openbare onderstand», *B.S.*, 29 maart 2000 (tweede editie). Zo kreeg art. 1 een lid toegevoegd, dat luidt als volgt: «Evenzo kan een aftredend burgemeester die zijn ambt gedurende ten minste zes jaar in eenzelfde gemeente heeft uitgeoefend en wiens gedrag onberispelijk is geweest, de Koning verzoeken hem de eretitel van zijn ambt te verlenen, op voorwaarde dat hij voor zijn ambt, in dezelfde gemeente gedurende ten minste zes jaar een schepenenambt of twaalf jaar een mandaat van gemeenteraadslid bekleed heeft.» Wat bleek nu het probleem te zijn. De Minister interpreteerde het artikel zodanig «dat het mandaat, uitgeoefend in een deelgemeente en later voortgezet in de fusiegemeente, niet kan worden beschouwd als een mandaat uitgeoefend in eenzelfde gemeente». «Vroegere gemeenten die zijn opgegaan in een fusiegemeente bestaan immers juridisch niet meer» aldus de Minister. De indiener van het wetsvoorstel stelde terecht dat een dergelijke formalistische lezing van art. 1 uiteraard niet strookte met de *ratio legis*. Het Kamerlid vervolgde: «Het is immers de bedoeling van de wet om diegenen die zich als mandataris op een verdienstelijke wijze hebben ingezet voor de lokale gemeenschap, daarvoor ook de nodige waardering te geven door hen de eretitel van hun ambt toe te kennen» (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1044/1, p. 3).

In de commissie maakte het Parlementslid, replicerende op het antwoord van de minister op zijn mondelinge vraag, terecht de volgende bedenkingen: «Ik betreur het, Mijnheer de minister, dat dergelijke aangelegenheden niet kunnen worden geregeld via een juiste interpretatie van de wet. Is wetgevend werk terzake nog wel nodig? De logica in deze kwestie is toch

duidelijk. Belangrijk is dat betrokkenen de titel kunnen verwerven, en er bestaat geen enkele reden om de bepalingen terzake beperkt te interpreteren. Eigenlijk hoopte ik dat deze materie geen vraag zou vergen, maar dat de Minister, nadat hij naar zijn administratie had geluisterd, het onlogische van deze situatie zou inzien en de wet zonder meer anders zou hebben geïnterpreteerd, zoals de wettekst overigens toestaat.» (mondelinge vraag nr. 2485 van de heer J. Vandeurzen aan de minister van Binnenlandse Zaken over «de toepassing van de wet betreffende het verlenen van eretitel van het ambt van burgemeester» in *Integraal verslag Commissie voor Binnenlandse Zaken, Algemene Zaken en Openbaar Ambt*, Kamer, 2000-2001, COM284, 4). Het is niet de eerste keer dat een dergelijke formalistische interpretatie werd voorgestaan door de Minister (zie b.v. T. De Sutter, «Onverenigbaarheden – O.C.M.W.-ontvanger, *T.B.P.*, 2001, 384-385).

Tot slot had men bij de invoering van de nieuwe eretitel ook kunnen opteren om het opschrift van de wet van 10 maart 1980 te wijzigen. Zo zou bijvoorbeeld «wet betreffende het verlenen van de eretitel aan lokale mandatarissen» alvast iets korter en leesbaarder zijn. Misschien is dit voorbehouden voor een volgende wetwijziging...

Tom De Sutter

Wetenschappelijk medewerker Universiteit Gent, Vakgroep
Publiekrecht en Belastingrecht
Advocaat te Gent

BOEKEN

R. BARENTS, *EG-Executieverdrag*, Deventer, Kluwer, 2000, 737 p.

In de reeks «Wetgeving, Rechtspraak en Documentatie», verscheen onlangs het deel over het EG-Executieverdrag, waarin prof. mr. R. Barents de belangrijkste rechtsbronnen verzamelt die betrekking hebben op de Europese bevoegdheids- en executieregeling. Het boek bestaat uit drie grote delen. Een eerste deel bevat de tekst van het EEX-verdrag, zoals dit geldt na de wijzigingen in 1978 en 1989, samen met het protocol dat het Hof van Justitie uitleggingsbevoegdheid verleent. Het tweede deel omvat de interpretatieve rapporten bij de opeenvolgende versies van het EG-executieverdrag, respectievelijk opgesteld door de heren Jenard, Schlosser en Almeida Cruz. Het derde en meest lijvige deel verzamelt de 104 arresten die het Hof van Justitie op het ogenblik van het ter perse gaan van dit boek reeds over het EEX had gevelde.

Elk bronnenboek is uiteraard een nuttig werkinstrument voor de rechtsprakticus die met een belangrijke maar relatief onbekende tak van het recht, zoals het Europese procesrecht, wordt geconfronteerd. Toch dienen bij dit werk enkele kanttekeningen te worden geplaatst. Zo is het boek afgesloten in maart 2000 en daardoor op het vlak van de gebundelde wetgeving reeds enigszins verouderd. Immers, op 16 januari 2001 verscheen in het E.G.-Publicatieblad de verordening 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*P.B.L.*, 2001, 12), die zowel de tekst van het EG-Executieverdrag als die van het – in het besproken werk opgenomen – voorstel tot verordening op een aantal belangrijke punten wijzigt. Deze communautariserende van het EEX maakt het Hof van Justitie automatisch bevoegd om de Europese procesregels te interpreteren; het uitleggingsprotocol wordt dan ook overbodig. Ook de rapporten blijven enkel relevant in zoverre de betrekking hebben op niet-gewijzigde verdragsbepalingen. De EEX-verordening treedt in werking op 1 maart 2002. De opgenomen verdragsregeling blijft bijgevolg enkel van toepassing op geschillen ingeleid vóór deze datum.

De belangrijkste verdienste van het boek ligt in de weergave van de rechtspraak van het Hof van Justitie, waarbij elk arrest wordt gevolgd door een lijst van annotaties. De meeste van deze uitspraken behouden immers ook onder de nieuwe regeling hun belang. Helaas voor de Belgische gebruikers blijken de verwijzingen naar annotaties, verschenen in Belgische tijdschriften, nogal eens te ontbreken. De diverse registers, achteraan opgenomen in het boek, maken een snelle opzoeking op basis van de verdragsbepalingen, het onderwerp van het geschil of de namen van de procespartijen mogelijk. In deze registers werd evenwel vrij slordig omgesprongen met de correcte schrijfwijze van de partijen (b.v. Ivenel i.p.v. Ivenel, Castellitti i.p.v. Castelletti, Drouot i.p.v. Drouot, Lloyd's shipping i.p.v. shipping, ...), wat een dubbele controle noodzakelijk maakt. Zoals reeds aangegeven, is het Europese procesrecht een rechtstak volop in beweging. Ook het Hof heeft sinds het ter perse gaan van het boek reeds twee nieuwe arresten gevelde. Deze zijn te consulteren op zijn website <http://europe.eu.int/cj>.

Ilse Couwenberg

H.S.M. KRUIJER, *De exonatieclausules in de algemene voorwaarden van de Federatie van Nederlandse Ondernemingen in de Informatietechnologie (FENIT)*, Deventer, Kluwer, 2000

Deze monografie biedt een originele vorm van juridisch-kritische analyse.

De Federatie van Nederlandse Ondernemingen in de Informatietechnologie (FENIT) telde anno 1999 ongeveer 200 leden die, naar schatting, ongeveer 80 % – gemeten naar omzet – van de leveringen in Nederland op het gebied van de informatietechnologie voor hun rekening namen. Het totaal van deze leveringen bedroeg circa 3 % van het Nederlandse bruto binnenlands product.

De FENIT-voorwaarden werden eenzijdig door de IT-leveranciers opgesteld, zonder inspraak door de afnemers van de goederen en diensten van de leden van deze federatie.

Deze voorwaarden bepalen dat, in geval van een geschil, alvorens de rechter geadieerd kan worden, eerst een procedure voor de Stichting Geschillenoplossing Automatisering in Den Haag gevoerd op de rechtbanken kan worden gedaan.

De FENIT-algemene voorwaarden worden getoetst aan de koopovereenkomst, de overeenkomst tot aanneming van werken en de overeenkomst van opdracht. Kenmerkend voor het Nederlands recht is dat de overeenkomst van werk beperkt is tot «werk van stoffelijke aard», terwijl de overeenkomst van opdracht bestaat in het verrichten van werkzaamheden «die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard».

Het onderscheid is van belang, aangezien bij het aangaan van een koop- en/of aannemingsovereenkomst de verkoper c.q. aannemer in principe een resultaatsverbintenis op zich neemt, en bij een overeenkomst van opdracht in principe een inspanningsverbintenis.

De auteur besteedt aandacht aan de rechtsontwikkeling inzake programmatuur in Duitsland en in Europa, die tot de opvatting kwam dat programmatuur een product en dus een roerende zaak is, waarop het auteursrecht van toepassing is door toedoen van de zogeheten softwarerichtlijn (richtlijn 91/250/EEG).

Voor de Belgische jurist is deze monografie onder meer leerrijk, omdat zij een aantal concepten onder Nederlands recht toelicht die in aanzienlijke of sterke mate afwijken van het Belgische recht. Zo wordt de causaliteit bij een onrechtmatige daad onder Nederlands recht sedert het arrest van de Hoge Raad (H.R., 20 maart 1970, *N.J.*, 1970, 251) beoordeeld volgens de leer van de zogeheten «toerekening naar redelijkheid», hetgeen betekent dat bij de bepaling voor welke schade er aansprakelijkheid bestaat, rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, waarbij met name van belang zijn de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade.

De auteur schetst dan het toetsingskader van de FENIT-voorwaarden. Een aantal begrippen worden geanalyseerd die als zodanig niet in het Belgische recht terug te vinden zijn. Zo bijvoorbeeld is de *reflexwerking* het verschijnsel dat een wettelijke bepaling, die niet rechtstreeks op een bepaalde casus van toepassing is, indirect niettemin toch een bepaalde werking op die casus uitoefent via een daarop wel direct toepasselijke, meer algemene wetsnorm, de zogeheten reflector.

Bij de toetsing van algemene voorwaarden komen de zogenaamde *open norm* (van art. 6: 233 sub a B.W., opgenomen in afdeling 6.5.3) en de (derogerende werking van de) redelijkheid en billijkheid (art. 6: 248, tweede lid, B.W.) als reflectoren voor meer specifieke, niet direct toepasselijke bepalingen in aanmerking.

Art. 6: 33 sub a B.W. biedt de mogelijkheid tot een inhoudstoetsing van standaardbedingen. Het betreft een concrete redelijkheidstoetsing *ex tunc*. De aldus uitgevoerde toetsing kan tot het oordeel leiden dat een standaardbeding *onredelijk bezwarend* (voor de tegenpartij) is. Het beding wordt daardoor vernietigbaar op verzoek van die tegenpartij. Of een dergelijke vernietiging terecht is, staat uiteindelijk ter beoordeling aan de rechter.

De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is thans vastgelegd in art. 6: 248, tweede lid, B.W. Het resultaat, indien een bestreden beding een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid niet kan doorstaan, is niet dat het beding vernietigbaar wordt waardoor het uit de rechtsverhouding tussen de contractpartners verwijderd kan worden, maar enkel dat het beding voor het concrete voorliggende geval buiten toepassing wordt gelaten. De auteur komt tot de vaststelling dat de redelijkheid en de billijkheid niet de vernietigende werking van de open norm heeft, maar slechts een opschortende werking. Het spreekt vanzelf dat de open norm en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid niet zonder gevolgen blijven bij de beoordeling van exoneratieclausules, en de auteur citeert een aantal mijlpaalarresten van de Hoge Raad.

De auteur verschaft vervolgens artikelsgewijs commentaar op de exoneratieclausules in de FENIT-voorwaarden in zoverre deze de specifieke exoneratie voor contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid betreft, alsook de hypothese van overmacht. Deze clausules worden kritisch onderzocht en gecontrasteerd tegenover voormelde, in het belang van de koper en afnemer opgestelde voorwaarden. Voor meer dan een van de FENIT-voorwaarden komt de auteur tot de bevinding dat zij «zeer onredelijk» zijn. Tevens biedt hij alternatieve formuleringen. Het boek wordt besloten met de integrale tekst van de FENIT-voorwaarden.

De kritische analyse van de algemene voorwaarden van een beroepsfederatie zijn in de Belgische rechtsliteratuur ongetwijfeld een onderontwikkeld genre. Dit voorbeeld verdient navolging.

Luc Demeyere

J.L. VAN DER NEUT (red.), **Daderschap en deelneming**, Facetten van strafrechtspleging nr. 7, Deventer, Gouda Quint, 1999, 233 p.

De vierde druk van het voorliggende verzamelwerk bundelt derden bijdragen over «het zeer gecompliceerde en betrekkelijk ondoorzichtige terrein van het strafrechtelijk daderschap en de deelneming aan strafbare feiten» (aldus de weinig bemoedigende omschrijving op het achterplat). Het leerstuk behelst inderdaad niet onmiddellijk het gemakkelijkste, maar wel een van de interessantste deeldomeinen van het algemeen strafrecht.

Na een korte inleiding door de redacteur worden twaalf hoofdstukken gewijd aan diverse aspecten van de problematiek: achter-eenvolgens komen aan bod het daderschap van de natuurlijke persoon (door Vellinga-Schootstra), het daderschap van de rechtspersoon (door Vellinga-Schootstra, Vellinga en Van Strien), de vormen van strafbare deelneming (door De Jong), het medeplegen (door Wedzinga), de medeplichtigheid (door Kok en Römer), de uitlokking (door Krabbe), het «doen plegen» (door Harteveld), de deelneming en de voorbereiding (door Simmelink en Smith), de «deelneming aan deelneming» (door Reimert-Oosting), de tijd en plaats bij deelneming (door Brouns), de strafproceessuele aspecten van de deelneming (door redacteur Van Der Neut) en ten slotte de deelneming in het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht (door Poelman en Van Der Neut). Het boek besluit met een (vrij summier) zakenregister en een jurisprudentieregister.

De referenties in de voetnoten werden vrij sober gehouden, met vooral verwijzingen naar de arresten van de Hoge Raad en naar de belangrijkste rechtsleer.

Hoewel slechts in enkele bijdragen – en dan nog zeer terloops – de Belgische regeling wordt vermeld (p. 127 en p. 149, voetnoot 3), kunnen de diverse bijdragen ongetwijfeld ook nuttig zijn voor de Belgische rechtstheoreticus die zijn inzichten in het leerstuk van het daderschap en de deelneming wil verdiepen. De meeste problemen die in dit verband in Nederland rijzen, verschillen immers niet zo

ingrijpend van die welke ook in het Belgische strafrecht aan bod komen. Het desbetreffende leerstuk leent zich dan ook bijzonder goed tot rechtsdogmatische beschouwingen allerhande, waar de Nederlanders duidelijk in uitblinken (zie ook het doctoraal proefschrift dat eerder in dit tijdschrift reeds werd voorgesteld, *R.W.*, 2000-2001, 37: M.M. Van Toorenburg, *Medeplegen*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1998).

Voor wie geïnteresseerd is in een hartig brokje algemeen strafrecht.

Steven Van Overbeke

J. STUYK en P. WYTINCK (red.), **De hervormde Belgische mededingingswet**, Antwerpen, Kluwer, 2000, 177 p.

Deze uitgave bevat de neerslag van een studiedag gehouden op 24 november 1999 gewijd aan de wijzigingen aan de wet van 5 augustus 1991 op de economische mededinging. Zij kadert in een reeks van boeken van het Studiecencentrum voor Consumentenrecht aan de K.U.Leuven.

In een kort inleidend hoofdstuk geeft prof. J. Steenberghe een synthetisch overzicht van de belangrijkste wijzigingen die door de wijzigingswetten van 26 april 1999 werden aangebracht aan elk van de drie onderdelen van de Belgische mededingingswet, namelijk het concentratietoezicht, de procedures inzake restrictieve afspraken en die inzake misbruik van machtspositie.

I. Verougstraete, voorzitter van het Hof van Cassatie, schetst de institutionele wijzigingen. Wat de administratieve pijler aangaat, wordt de introductie van het Korps van Verslaggevers positief onthaald. Deze introductie strekt ertoe de onafhankelijkheid van het onderzoeksorgaan te beklemtonen. In de Raad voor de Mededinging blijft een belangrijke rol weggelegd voor de magistraten. Voor wat de gerechtelijke pijler betreft, merkt de auteur op dat de rechters wellicht strenger moeten zijn bij de beoordeling van de toegankelijkheid van het kort geding. Hij trekt ook het nut van de prejudiciële vraagstelling bij het Hof van Beroep te Brussel in twijfel, die in principe verplicht is geworden sinds de wetwijziging. Hij stipt ten slotte aan dat de ultieme interpretatie van de mededingingswet aan het Hof van Cassatie toekomt.

In een derde hoofdstuk wordt de relatie tussen het Europese en het Belgische mededingingsrecht toegelicht. De institutionele originaliteit van de Belgische mededingingswet, de scheiding van het onderzoeks- en het beslissingsorgaan, wordt geprezen. De kleine inhoudelijke verschillen worden kort aangestipt (bijvoorbeeld de vrijstelling van aanmeldingsplicht voor K.M.O.'s). Ten slotte besteedt E. Ballon veel aandacht aan de principes van parallelle toepassing van het nationale en het EG-kartelrecht en aan de gedecentraliseerde toepassing van het EG-kartelrecht.

P. Wytinck behandelt kritisch de concentratiecontrole in België na de wijzigingswetten. Er worden vraagtekens geplaatst bij de nieuwe aanmeldingsdrempels. De nieuwe termijnen, de mogelijkheid tot het aannemen van ontwerpovereenkomsten, de mogelijkheid om tijdens de eerste fase wijzigingen aan de concentratie voor te stellen en de nieuwe beroepsprocedure worden verwelkomd. De auteur heeft echter gemengde gevoelens bij de intrede van de politisering door de tussenkomst van de Ministerraad, bij de wijziging van het toepassingsgebied m.b.t. gemeenschappelijke ondernemingen en bij de verregaande informatie die aan allerlei partijen dient te worden verstrekt.

In een vierde hoofdstuk worden de wijzigingen met betrekking tot restrictieve mededingingspraktijken behandeld door D. Vandermeersch en S. Allcock. Met verwijzingen naar de schaarse uitspraken van de Raad in dit domein wordt de toepassing van deze regelen tot in 1999 geschetst. Vervolgens worden de nieuwe onderzoeks- en beslissingsprocedure in zekere mate gedetailleerd en kritisch geanalyseerd.

Ten slotte verschaft M.-T. Peeters cijfermateriaal omtrent de toepassing van de wet sinds de inwerkingtreding in 1993 tot 1999 en wijst de auteur de tekortkomingen bij de toepassing van de wet vooral aan een gebrek aan middelen.

Het boek bevat een interessante en kritische evaluatie van de oplossingen die door de wijzigingswetten worden geboden voor de talloze problemen bij de toepassing van de Belgische mededingingswet.

Sofie De Keer

NIEUW!

Handboek registratie- en successierechten 2001-2002

M. GHYSELEN

2001 | ISBN 90-5095-169-4 | 321 blz. | 75 EUR | eerste druk

Serie fiscale handboeken

Vaak wordt de impact van registratierechten (de financiële consequenties van courante rechtshandelingen zoals het verkopen en verdelen van onroerend goed, schenkingen, inbrengen in vennootschappen enz.) onderschat. Successierechten daarentegen staan de laatste jaren meer in de belangstelling: een goede successieplanning kan immers belastingbesparend werken. Er zijn zeer diepgaande en uitgebreide naslagwerken voorhanden. Maar als beknopt maar toch volledig en betrouwbaar overzicht van de materie is dit handboek uniek. Het boek is doorzichtig gestructureerd zodat de lezer op een efficiënte manier zijn probleem kan situeren. In het boek wordt telkens verwezen naar de toepasselijke wettelijke bepalingen, de voornaamste rechtsleer, rechtspraak en administratieve aanschrijvingen in verband met de betrokken materie.

Het boek wordt op diverse universiteiten als handboek gebruikt, maar biedt ook voor beroepsmensen, actief in het notariaat, de advocatuur, het bedrijfsleven en de juridische adviesverlening de mogelijkheid om snel een probleem te situeren en een aanknopingspunt te vinden tot het oplossen ervan.

REGISTRATIERECHTEN

I. Inleiding: kenmerken en toepassingsgebied: Formaliteitsbelasting - Belasting op het rechtsverkeer onder de levenden - Indirecte belasting - Contantbelasting - Gewestelijke belasting

II. Registratieverplichting: Overzicht - Registratieverplichting wegens de aard van de akte - Registratieverplichting wegens het voorwerp van de akte - Registratieverplichting omwille van een latere gebeurtenis

III. De registratieformaliteit: Vooraf betaling van de rechten - Termijnen voor de aanbidding ter registratie - Personen verplicht tot aanbidding ter registratie - Personen gehouden tot betaling van de rechten - Plaats van de registratie - De registratie concreet - Gevolgen van de registratie - Sancties

IV. Grondbeginselen van de heffing van registratierechten: Akte die strekt tot titel - Volmaakte en niet-geveinsde rechtshandeling - Actuele rechtshandeling - Afhankelijkheid en onafhankelijke beschikkingen - Non bis in idem

V. Soorten registratierechten: Algemeen vast recht - Specifieke vaste rechten - Evenredige rechten

VI. De evenredige rechten: Overdrachten onder bezwarende titel van in België gelegen onroerende goederen - De openbare verkopen van lichamelijke roerende goederen - Huurovereenkomsten van in België gelegen onroerende goederen - Vestiging en overdracht van hypotheek, in pandgeving van een handelszaak en landbouwvoorrecht - De verdelingen en de met verdeling gelijkstaande afstanden van in België gelegen onroerende goederen - Vennootschappen - Schenkingen - Vonnissen en arresten

VII. Verplichtingen met het oog op het verzekeren van het heffen van de rechten

VIII. Bewijs: Bewijslast - Bewijsmiddelen

IX. Sancties

X. Teruggave: Gevallen waarin teruggave kan worden bekomen - Modaliteiten van de teruggave

XI. Vervolgingen en gedingen: Administratieve procedure - Gerechtelijke procedure

XII. Verjaring: Algemeen - Verjaringstermijnen - Stuiting van de verjaring

SUCCESSIERECHTEN

I. Inleiding: kenmerken en toepassingsgebied: Kenmerken - Onderscheid successierecht - recht van overgang bij overlijden - Onderscheid overgang door het overlijden - overgang naar aanleiding van het overlijden

II. Aan de belasting onderworpen verkrijgingen: De wettelijke erfopvolging - Testamentaire erfopvolging - Contractuele erfstellingen - Met verkrijgingen door overlijden gelijkgestelde verkrijgingen onder de levenden

III. Met verkrijgingen door overlijden gelijkgestelde verkrijgingen: De afwezige - Schuldbekentenissen - Huwelijksvereenkomsten - Schenkingen in de loop van de drie jaren voor het overlijden - Bedingen ten behoeve van een derde - Levenslange rechten beschouwd als volle eigendom

IV. Samenstelling van de belastbare grondslag: Successierecht - Recht van overgang bij overlijden

V. Raming van het actief en het passief: Principe: verkoopwaarde - Voorafgaande schatting - Uitzonderingen

VI. Aangifte: Verplichting tot aangifte en vorm - Termijn voor het indienen van de aangifte - Personen die de aangifte moeten indienen - Bevoegd kantoor - Inhoud van de aangifte - Onregelmatigheden in de aangifte

VII. Vereffening van de rechten: Algemeen - Bepaling van de netto-grondslag - Tarief - Vrijstellingen en verminderings

VIII. Betaling van de rechten en boeten: Verplichting en bijdrage - Termijn van betaling - Moratoire interesten - Wijze van betaling

IX. Waarborgen van de staat: Algemeen voorrecht - Wettelijke hypotheek - Borgstelling

X. Aan derden opgelegde verplichtingen teneinde de juiste heffing van de rechten te verzekeren: Verplichting tot kennisgeving - Verplichting tot informatieverstrekking - Verplichtingen in hoofde van houders van gesloten koffers, omslagen of colli's en de verhuurders van brandkasten - Verplichtingen opgelegd aan de gemeenten

XI. Bewijs- en controlemiddelen: Bewijslast - Bewijsmiddelen

XII. Sancties: Fiscale boeten - Correctionele straffen

XIII. Teruggave: Gevallen waarin teruggave kan worden bekomen - Modaliteiten van de teruggave

XIV. Vervolgingen en gedingen: Administratieve procedure - Gerechtelijke procedure

XV. Verjaring: Algemeen - Verjaringstermijnen - Stuiting van de verjaring

XVI. Taks tot vergoeding van de successierechten: Begrip en belastingschuldigen - Belastbare grondslag - Aangifte - Tarief - Betaling - Diverse

XVII. Taks op de collectieve beleggingsinstellingen, kredietinstellingen en verzekeringsondernemingen

XVI. Taks op de coördinatiecentra

Bestel nu!



Stuur de coupon in een voldoende gefrankeerde envelop terug naar Intersentia Uitgevers nv | Churchilllaan 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 **Handboek registratie- en successierechten 2001-2002** (ISBN 90-5095-169-4).
Ik betaal 75 EUR per exemplaar.
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

2-E-A-R

NIUW!

Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht

Luc Schuermans

2001 | ISBN 90-5095-197-X | 602 blz. | 143 EUR

Weinig gebieden van het recht zijn zo wijd vertakt als het verzekeringsrecht. Het is niet eenvoudig om het kluwen van wetten, reglementen, jurisprudentie en rechtsleer krachtlijnen te onderscheiden, interne verbanden te leggen en de interne samenhang te belichten.

Toch creëert prof. Schuermans met dit basiswerk een ruim inzicht in het verzekeringsrecht, doordat hij in het licht van het geheel van het verzekeringsrecht bijzondere aandacht besteedt aan bepaalde onderwerpen in een bepaald kader, terwijl andere zeer belangrijke takken zoals de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, de burgerrechtelijke aansprakelijkheidsverzekering privé-leven en de brandverzekering niet afzonderlijk worden besproken.

Het eerste deel behandelt de historische en maatschappelijke betekenis van het begrip "verzekeren".

Vervolgens wordt het ondernemingsgebeuren – onmisbaar voor een synoptische beeldvorming van het verzekeringsrecht – belicht: de vrijheid van vestiging, de vrije dienstverlening, het Europees en Belgisch relevante mededingingsrecht, het toezicht op de verzekeringsondernemingen, de distributie van verzekeringsproducten, de handelspraktijken, de privacy en de overheidsopdrachten.

De verzekeringsovereenkomst als vertolking van de individuele relatie tussen de verzekeraar enerzijds en een verzekeringsnemer, een verzekerde, een benadeelde of een begunstigde anderzijds, wordt in het derde deel besproken. Bijzondere aandacht werd hierbij besteed aan het IPR.

De auteur behandelt de contractuele verhoudingen tussen partijen en de persoonsverzekeringen in het vierde resp. vijfde deel. Het belang van de individuele levensverzekering als derde pijler ter aanvulling van wettelijke en collectieve pensioenvoorzieningen verantwoordt een grondiger inzicht in deze materie. Bovendien wordt ook het meestal omzeilde actuariael-financieel luik van het (levens-)verzekeringsrecht besproken. In het zesde deel zijn een aantal overkoepelende thema's gegroepeerd: de uitsluiting van bepaalde risico's, de subrogatie, de samenloop van verzekeringen, de overdracht van verzekeringsovereenkomsten, de duur en het einde van de verzekeringsovereenkomst.

Het laatste, zevende deel behandelt de geschillenbeslechting. De verjaring vormt hiervan een belangrijk onderdeel. Gerechtelijke en buitengerechtelijke contentieux sluiten dit deel af.

Dit uitzonderlijk basiswerk mag in geen geval ontbreken in uw bibliotheek.

Bestel nu!



Stuur de coupon in een voldoende gefrankeerde envelop terug naar Intersentia Uitgevers nv | Churchilllaan 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 **Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht** (ISBN 90-5095-197-X), tegen de prijs van 143 EUR per exemplaar.

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

2-I-A-R

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