

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES : PROF. MR. RIDDER RENE VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

BESCHOUWINGEN BIJ HET PROBLEEM VAN DE EXTRA-CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE E.E.G. NAAR AANLEIDING VAN RECENTE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE*

Art. 215, lid 2, van het E.E.G.-Verdrag bepaalt dat de Gemeenschap overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels van de lid-staten gemeen hebben, de schade moet vergoeden die door haar Instellingen — of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies — veroorzaakt is. Volgens art. 178 komt het uitsluitend aan het Europese Hof van Justitie toe om kennis te nemen van de geschillen over de vergoeding van die schade¹.

We kunnen in dit bestek onmogelijk een systematisch en volledig overzicht geven van alle facetten van de extra-contractuele aansprakelijkheid². Onze aandacht zal uitgaan naar gevallen waarin de schadeverwekkende Gemeenschapshandelingen *normatieve* maatregelen van *economisch beleid* zijn; dergelijke handelingen hebben een algemene draagwijdte en zijn genomen op grond van een discretionaire bevoegdheid, die de Instellingen een ruime vrijheid laat tot beoordeling van een gegeven economische context.

Eind 1979 heeft het Hof een aantal arresten gewezen in zaken waar het ging om verordeningen, uitgevaardigd in het kader van de gemeenschappelijke landbouwpolitiek met

betrekking tot respectievelijk de produkten quellmehl, gritz en isoglucose³. Alvorens de bespreking van deze rechtspraak van het Hof aan te vatten (III), menen we er goed aan te doen een samenvatting te geven van de bijzonderste krachtlijnen van 's Hofs jurisprudentie tot dan toe (I), om daarna een schets te geven van de feiten die in de quellmehl- en gritzzaken enerzijds, in de isoglucosezaken anderzijds, aan de orde zijn (II).

I. Overzicht van de vroegere rechtspraak

Voor een goed begrip van wat volgt, kan het nuttig zijn eerst een algemene beschouwing te wijden aan de plaats die de aansprakelijkheidsprocedure inneemt in het geheel van het communautaire contentieux. Wanneer men de aansprakelijkheidsprocedure (art. 215) plaatst tegenover de procedures uit het wettigheidscontentieux, met name de procedure tot nietigverklaring (art. 173), de procedure tot vaststelling van nalatigheid (art. 175), de prejudiciële procedure betreffende de geldigheid van een Gemeenschaps-handeling (art. 177) en de exceptie van illegaliteit

* De redactie van dit artikel werd afgesloten begin november 1980. Ik dank in het bijzonder prof. P. Eeckman om zijn nuttige aanwijzingen bij de vormgeving van deze tekst.

¹ Dit belet niet dat de nationale rechter zich eventueel zal uit te spreken hebben over een vordering — niet noodzakelijk een schadevordering — naar aanleiding van de tenuitvoerlegging van de communautaire regeling door de bevoegde nationale diensten. Zie hierover C. HARDING, «The choice of Court problem in cases of non-contractual liability under EEC-law», *C.M.L.Rev.*, 1979, 389-406.

² Zie hiervoor bv. A. BARAY - G. VANDERSANDEN, *Contentieux communautaire* (1977), p. 316-354, H.G. SCHERMERS, *Judicial protection in the E.C.* (1976), §§ 446-508, A.G. TOTH, *Legal protection of individuals in the E.C.*, vol. 2, Remedies and Procedures (1978), 118-152.

³ H.v.J., 4 oktober 1979 (Ireks-Arkady t. Raad en Commissie, zaak 238/78, hierna te noemen *eerste quellmehlzaak*), *Jur.*, 1979, 2955; zelfde datum (Interquell Stärke-Chemie en Diamalt t. Raad en Commissie, gevoegde zaken 261 en 262/78, *tweede quellmehlzaak*), *Jur.*, 1979, 3045; zelfde datum (DGV e.a. t. Raad en Commissie, gevoegde zaken 241, 242, 245-250/78, *eerste gritzzaak*), *Jur.*, 1979, 3017; zelfde datum (Dumortier Frères e.a. t. Raad, gevoegde zaken 64 en 113/76, 167 en 239/78, 27, 28 en 45/79, *tweede gritzzaak*), *Jur.*, 1979, 3091.

H.v.J., 5 december 1979 (Amylum en Tunnel Refineries t. Raad en Commissie, gevoegde zaken 116 en 124/77, *eerste isoglucosezaak*), *Jur.*, 1979, 3497; zelfde datum (Koninklijke Scholten Honig t. Raad en Commissie, zaak 143/77, *tweede isoglucosezaak*), *Jur.*, 1979, 3583.

(art. 184), dan kan men deze verhouding uitdrukken in termen van *autonomie*: art. 215, lid 2, voorziet in een van het wettigheidscontentieux te onderscheiden zelfstandige en onafhankelijke procedure. De schadevordering blijkt zich inderdaad te onderscheiden van de vorderingen uit het wettigheidscontentieux, zowel door haar voorwerp (a) als door haar grieven (b): zij beoogt vergoeding voor de schade die door een handeling van een Instelling veroorzaakt is (a) en zij wordt ondersteund door het bewijs te leveren van een herstelbare schade, een schadeverwekkend feit en een oorzakelijk verband tussen beide (b).

Hieruit lijkt men te mogen besluiten dat de schadevordering in haar uitoefening zal dienen te beantwoorden aan eigen specifieke voorwaarden, zowel op het vlak van de ontvankelijkheid als op dat van de gegrondheid. Laten we in dit licht even de rechtspraak van het Hof uit de vorige jaren bekijken.

A. Ontvankelijkheid

In het verleden hebben de Instellingen als verwerende partij in de aansprakelijkheidsprocedure dikwijls de onontvankelijkheid van de schadevordering opgeworpen of minstens gesuggereerd (d.w.z. zonder een formele exceptie in te roepen) met argumentaties die precies de idee van de autonomie van die vordering op de helling zetten.

1. Vooreerst hielden zij betreffende de verhouding tussen de schadevordering en de vordering tot nietigverklaring de volgende redenering aan. Wanneer de schadelijgende ofwel niet over een ontvankelijke vordering tot nietigverklaring beschikt — omdat de schadeverwekkende handeling hem niet rechtstreeks en individueel raakt (art. 173, lid 2) — ofwel niet meer over zo'n vordering beschikt — omdat hij de termijn heeft laten verstrijken (art. 173, lid 3) — dan moet hij niet proberen deze hindernis te omzeilen door via een schadevordering een resultaat te willen verkrijgen, dat *soortgelijk* is aan dat, waartoe de vordering tot nietigverklaring had kunnen leiden. Dit resultaat zou soortgelijk zijn omdat bij eventueel succes van de schadevordering de aansprakelijk gestelde Instellingen niet alleen gehouden zouden zijn tot uitkering van schadevergoeding maar zich in feite ook nog verplicht zouden zien de wetgeving waaruit de schade is voortgekomen en die per se onrechtmatig is⁴, aan te passen of te vervangen.

Dit verweer speelde dus met de gedachte van een afwending van de procedure: het was er de schadelijgende gezegd om te doen de strenge ontvankelijkheidsvereisten van art. 173 te omzeilen door een schadevordering in te stellen en deze af te wenden van haar eigenlijk doel, de vergoeding, teneinde een resultaat te verkrijgen dat hij slechts via een vordering tot nietigverklaring had kunnen verkrijgen. Deze redenering bracht uiteraard de autonomie van de aansprakelijkheidsprocedure ernstig in het gedrang.

Het Europese Hof heeft dit verweer echter afgewezen omdat volgens haar de procedure ex art. 215, lid 2, door het Verdrag als een *zelfstandige* beroepsweg is ingesteld. De

schadevordering beoogt namelijk uitsluitend de erkenning van een recht op schadevergoeding, een prestatie dus die bestemd is om uitsluitend ten aanzien van de schadelijgende te werken; misschien worden de rechtsgevolgen van de schadeverwekkende handeling wel tegenover hem, maar alleen tegenover hem tenietgedaan⁵. Dit geldt vanzelfsprekend onder het voorbehoud dat er achter de schadevordering ook werkelijk geen vermoede vordering tot nietigverklaring schuilgaat. In dat geval zou het Hof de schadevordering, die er eigenlijk geen meer is, onontvankelijk verklaren.

Het Hof heeft in de beide *quellmehl*-zaken en in de eerste *gritzaak* de gelegenheid gehad haar rechtspraak te bevestigen. We komen hierop terug.

2. Het verdient vermelding dat het effect van de zware ontvankelijkheidsvoorwaarden die aan een particuliere vordering tot vernietiging gesteld zijn, aanzienlijk verzacht is door de mogelijkheid om als particulier op een andere manier van het Hof een uitspraak te verkrijgen nopens de geldigheid van een communautaire handeling met algemene draagwijdte. Dit kan gebeuren naar aanleiding van de tenuitvoerlegging van de handeling door de bevoegde nationale diensten. Wanneer een particulier zich immers door de uitvoeringsmaatregelen getroffen zou voelen, dan kan hij tegen de nationale instanties een vordering instellen voor de nationale rechter. Deze zal de zaak niet kunnen beslechten, zonder geconfronteerd te worden met de vraag naar de geldigheid van de uitgevoerde communautaire handeling. Hij kan en moet in voorkomend geval hierover vragen stellen aan het Hof via de daarvoor ingestelde *prejudiciële procedure* (art. 177). Het Hof zal zich over de geldigheidsvraag uitspreken⁶.

Een tweede verweermiddel van de Instellingen betrof nu precies de verhouding tussen de aansprakelijkheidsprocedure en de nationale beroepsweg juncto de procedure ex art. 177. Hun overigens juiste vertrekpunt luidde dat de Gemeenschap nooit aansprakelijk kan worden gesteld voor een handeling die niet onwettig is bevonden⁷. Hieruit werd afgeleid dat deze wettigheid *vooraf* moest worden vastgesteld via de zonet beschreven weg.

Zo kreeg de aansprakelijkheidsprocedure een subsidiair karakter en verloor ze opnieuw haar beweerde zelfstandigheid.

Het Europese Hof heeft echter ook deze gedachtengang niet gevolgd. Het was van mening dat «het onverenigbaar ware, zowel met een behoorlijke rechtsbedeling als met de

⁵ Zie bv. H.v.J., 2 december 1971 (Schöppenstedt t. Raad, 5/71), *Jur.*, 1971, 984, ov. 3 en 5; H.v.J., 13 juni 1972 (Cie d'apvisionnement t. Commissie, 9 en 11/71), *Jur.*, 1972, 403-404 ov. 4-6; H.v.J. 24 oktober 1973 (Merkur t. Commissie, 43/72), *Jur.*, 1973, 1070 ov. 4.

⁶ Het kan zelfs voorkomen dat een particulier eerst voor het Hof een niet-ontvankelijke vordering tot nietigverklaring van een Gemeenschapshandeling instelt, maar er daarna toch in slaagt om via de nationale beroepsweg juncto de prejudiciële procedure een uitspraak van het Hof te verkrijgen, waarbij deze de Gemeenschapshandeling ongeldig verklaart. Dit was bv. het geval voor eiseres in de tweede isoglucosezaak; zie voor de procedure ex art. 173 H.v.J., 5 mei 1977 (Scholten t. Raad en Commissie, 101/76), *Jur.*, 1977, 797 en voor de procedure ex art. 177 H.v.J., 25 oktober 1978 (Scholten, 125/77), *Jur.*, 1978, 1991 (zie infra).

⁷ Zie noot 4.

⁴ Rechtmatige handelingen geven volgens het Hof geen aanleiding tot aansprakelijkheid. Zie bv. H.v.J., 28 april 1971 (Lütticke t. Commissie, 4/69), *Jur.*, 1971, 337-338, overweging (ov.) 10. Dit is niet zo vanzelfsprekend want diverse nationale rechtssystemen kennen een dergelijke aansprakelijkheid wel.

eis van een economische procesvoering, verzoekster te dwingen zich van de nationale rechtsmiddelen te bedienen en aldus geruime tijd te wachten tot op haar verzoek definitief zou zijn beslist⁸». Hierbij aansluitend wijzen we erop dat, afgezien van de financiële last, het tijdrovend karakter van deze beroepsweg kan meebrengen dat de verjarings-termijn voor het instellen van de schadevordering intussen verloopt. Vergeten we ook niet dat de particulier nooit helemaal zeker is dat de nationale rechter de nodige vragen omtrent de geldigheid van de communautaire handeling — die alleen hij kan stellen — aan het Hof zal willen stellen. Het Hof deed er dus goed aan te bevestigen dat het de wettigheidsvraag voor het eerst in het kader van de aansprakelijkheidsprocedure zelf kan onderzoeken.

In de quellmehl-, gritz- en isoglucosezaken hebben de Instellingen het probleem in een geheel ander daglicht gesteld: in het brandpunt stond nu de vraag naar de *rechtsbeschermende* mogelijkheden, die de nationale beroepsweg juncto de prejudiciële procedure aan de schade-liggende kon bieden. We komen hierop uitvoerig terug. Het Hof heeft meer in het bijzonder in de isoglucosezaken een vrij merkwaardige overweging gemaakt, waarin de indruk gewekt wordt dat het beginsel van de zelfstandigheid van de aansprakelijkheidsprocedure moet genuanceerd worden.

B. Gegrondheid

Het Hof heeft altijd uitdrukkelijk of stilzwijgend als uitgangspunt genomen dat de aansprakelijkheid van de Gemeenschap in het domein van economische beleidsmaatregelen *uitzonderlijk* moet zijn. Het heeft deze overtuiging nog gemotiveerd met de overweging dat «... de wetgevende macht, zelfs ingeval de geldigheid van haar handelingen aan rechterlijke toetsing is onderworpen, niet telkens in haar voorbereidingen mag belemmerd worden door de mogelijkheid van schadevergoedingsacties, wanneer zij aanleiding geeft, in het algemeen belang normatieve maatregelen te nemen die de belangen van particulieren kunnen aantasten⁹». Deze overtuiging is een weerspiegeling van een algemeen beginsel, dat de rechtsstelsels van de lid-staten gemeen hebben en waarnaar art. 215 verwijst¹⁰.

Het Hof heeft dan ook van meet af aan een strenge aansprakelijkheidsvoorwaarde gesteld aangaande het karakter van de schadeverwekkende handeling: de normatieve handeling moet «een voldoende gekwalificeerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel» inhouden¹¹. Dit is mettertijd een

standaardformule geworden. Zij vraagt ongetwijfeld om enige verdere uitleg.

a) Onder een hogere rechtsregel kan uiteraard worden verstaan: een bepaling van het EEG-Verdrag of een door de Instellingen verrichte handeling van hogere rang dan de schadeverwekkende handeling; het kan echter ook een algemeen rechtsbeginsel zijn zoals dat van gelijkheid, proportionaliteit, gewettigd vertrouwen¹².

b) De Duitse Schutznormtheorie klinkt enigszins door in de vereiste dat deze hogere rechtsregel gegeven dient te zijn ter bescherming van particulieren¹³. Een echte toepassing van de relativiteitsleer wordt evenwel niet gemaakt. De omstandigheid dat de beschermde belangen een algemeen karakter dragen, sluit niet uit dat deze de belangen van particulieren omvatten; ook al raakt de toepassing van de hogere rechtsregel in kwestie de particuliere ondernemingen niet rechtstreeks en individueel (!), dan neemt zulks niet weg dat deze rechtsregel toch hun belangen kan beschermen¹⁴. Het Hof houdt er dus een soepele opvatting op na¹⁵.

c) Het is nog altijd niet precies duidelijk welke omschrijving het Hof geeft aan het begrip «voldoende gekwalificeerde schending». Teneinde dit interpretatieprobleem wat preciezer te omlijnen, lijkt ons opnieuw een inleidende bedenking op haar plaats. Laten we even terugkeren naar het wettigheidscontentieux. Waar de wettigheidscontrole *discretionaire* bevoegdheid tot voorwerp heeft, is het voor het Hof al niet gemakkelijk om een schending van het recht vast te stellen. Wanneer we even buiten beschouwing laten dat het Hof kan nagaan of de Instellingen zich niet schuldig hebben gemaakt aan afwending van hun *discretionaire* bevoegdheid («misbruik van bevoegdheid»), dan kan het Hof er verder enkel op toezien dat de Instellingen geen *flagrante* schending van het recht hebben begaan: het Hof gaat alleen na of zij geen kennelijke dwaling hebben begaan dan wel of zij de grenzen hunner beoordelingsvrijheid niet *klaarblijkelijk* overschreden hebben¹⁶. Het Hof beperkt zich tot een marginale toetsing, aldus zichzelf een beperking opleggend die art. 33 van het EGKS-Verdrag uitdrukkelijk aan het Hof heeft opgelegd. Onwettigheid betekent echter niet ipso facto aansprakelijkheid: de onwettigheid moet voldoende gekwalificeerd zijn. *Indien* dit kwalifice-

¹² Voor de beginselen van gelijkheid en proportionaliteit: zie bv. het in noot 9 geciteerde melkpoederarrest; voor het beginsel van gewettigd vertrouwen: zie bv. H.v.J., 14 mei 1975 (CNTA t. Commissie, 74/74), *Jur.*, 1975, 533.

¹³ Over de toepassing van de Schutznormtheorie in België en Nederland: zie S.R.L. VAN NUIJS, «Relativiteit ten aanzien van de onrechtmatige daad — Vergelijkend onderzoek van het Nederlands en Belgisch recht aangaande aansprakelijkheidsbeperking via een relativiteitsvereiste», *R.W.*, 1980-81, 553-584 en 617-640.

¹⁴ H.v.J., 14 juli 1967 (Kampffmeijer e.a. t. Commissie, 5, 7, 13-24/66), *Jur.*, 1967, 328; H.v.J., 30 november 1967 (Becher t. Commissie, 30/66), *Jur.*, 1967, 373-374.

¹⁵ Dat het Hof een beginsel als dat van het gewettigd vertrouwen als zo'n regel beschouwt, bewijst dit: zie de zaak 74/74, *cit. Jur.*, 1975, 550, ov. 44. Het Hof aanvaardt weliswaar de aansprakelijkheid slechts als het gewettigd vertrouwen beschaamd is «onder afwezigheid van een beslissend algemeen belang».

¹⁶ H.v.J., 14 maart 1973 (Westzucker, 57/72), *Jur.*, 1973, 340, ov. 14; H.v.J., 18 maart 1975 (Deuka, 78/74), *Jur.*, 1975, 433, ov. 9; H.v.J. 22 januari 1976 (Balkan Import-Export, 55/75), *Jur.*, 1976, 30.

⁸ H.v.J. in de zaak Merkur, *cit. Jur.*, 1973, 1070, ov. 6.

⁹ H.v.J., 25 mei 1978 (Bayerische HNL e.a. t. Raad en Commissie, 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, *melkpoederzaak*), *Jur.*, 1978, 1224, ov. 5. Bij vorige gelegenheden heeft de advocaat-generaal Roemer in zijn conclusies een analoge verantwoording gegeven: zie zijn conclusie in de zaak 5/71, Schöppenstedt *cit.*, *Jur.*, 1971, 990-991 en in de gevoegde zaken 63-69/72, Werhahn e.a. t. Raad, 13 november 1973, *Jur.*, 1973, 1259.

¹⁰ Zie opnieuw het melkpoederarrest ov. 5: «... dat deze beginselen weliswaar van lid-staat tot lid-staat aanzienlijk verschillen, doch dat men toch kan vaststellen dat de normatieve handelingen, waarin keuzen van economisch beleid zijn weergegeven, slechts bij uitzondering en in bijzondere omstandigheden tot aansprakelijkheid van de overheid leiden...».

¹¹ H.v.J. in de zaak 5/71, Schöppenstedt, *cit. Jur.*, 1971, 985, ov. 11.

rend element gelegen zou zijn in het karakter van de schadeverwekkende handeling zelf, dan zou dit moeten betekenen dat een flagrante schending naar de normen van het wettigheidscontentieux nog onvoldoende flagrant kan zijn naar de normen van het aansprakelijkheidscontentieux. Het is wel zeer de vraag of dit een juiste benadering is van het begrip «voldoende gekwalificeerde schending»¹⁷.

Het Hof heeft het begrip voor de eerste maal omschreven in de geciteerde melkpoederzaak¹⁸. Het is van mening dat de Gemeenschap slechts aansprakelijk kan worden gesteld, indien de betrokken Instelling de grenzen harer bevoegdheden klaarblijkelijk ernstig miskend heeft (ov. 6). Het herneemt hiermee woordelijk de gebruikte terminologie uit het wettigheidscontentieux met toevoeging van het woordje *ernstig* en dan is het alsof het toch het kwalificerend element van de schending zoekt in het bijzonder karakter van de schadeverwekkende handeling. De andere overwegingen in zijn arrest wijzen echter uit dat het de klaarblijkelijk ernstige miskenning van de bevoegdheidsgrenzen afmeet aan de *gevolgen* van de gewraakte handeling. Het Hof glijdt m.a.w. af naar het schadebegrip en verlegt zo het accent van het karakter van de schadeverwekkende handeling naar het karakter van de schade. Het Hof stelt eerst dat de schade *abnormaal* moet zijn d.w.z. dat deze niet meer binnen redelijke grenzen is gebleven (ov. 6) en dat ze de omvang van het normale bedrijfsrisico overschreden heeft (ov. 7). Bovendien moet de schade *speciaal* zijn d.w.z. dat ze voldoende geïndividualiseerd is, hetgeen impliceert dat ze niet door zeer grote groepen particulieren is geleden. Wij menen te mogen zeggen dat het Hof het onderzoek naar de speciale schade voert afhankelijk van het onderzoek naar de abnormale schade: de vaststelling dat de schade in casu onvoldoende speciaal is omdat zeer grote groepen handelaren zijn getroffen, doet het Hof besluiten dat de gevolgen voor de individuele ondernemingen aanzienlijk verzacht zijn (ov. 7), zodat de omvang van de schade niet abnormaal te noemen is.

We moeten zeker even herinneren aan de bezwaren, die de advocaat-generaal Capotorti tegen het criterium van de abnormale en speciale schade heeft opgeworpen. Ten eerste hoort dit criterium volgens hem in de nationale rechtsstelsels traditioneel thuis in het domein van de objectieve, foutloze overheidsaansprakelijkheid: rechtmatige handelingen brengen pas aansprakelijkheid mee indien hun schadelijke gevolgen abnormaal en speciaal zijn. Het Hof moet zich hier echter uitspreken over handelingen die per se onrechtmatig en — naar mag worden aangenomen — foutief zijn. Vanuit systematisch oogpunt gezien lijkt er dus bij het Hof een verwarving op te treden tussen het contentieux van de foutaansprakelijkheid en dat van de foutloze aansprakelijkheid¹⁹.

Zijn tweede bezwaar betreft alleen de speciale schade: zo de benadeelde bewijs moet leveren van een voldoende geïndividualiseerde schade, dan legt men hem praktisch de last op te bewijzen dat hij rechtstreeks en individueel getroffen is door de normatieve maatregel. Dit zou betekenen dat men hem in de aansprakelijkheidsprocedure bij de behandeling ten gronde onderwerpt aan de strenge ontvanke-lijkheidsvoorwaarde uit de procedure tot nietigverklaring (art. 173, lid 2). Ook dit is vanuit systematisch oogpunt moeilijk te rijmen met het door de rechtspraak van het Hof reeds duidelijk aangebrachte onderscheid tussen beide beroepswegen²⁰.

De voorlopige conclusie luidt dat het Hof aan het debat ten gronde in de aansprakelijkheidsprocedure een eigen, zelfstandig imago heeft gegeven door de handelingen van de Instellingen aan specifieke aansprakelijkheidscriteria te toetsen (met de vermelde nuance voor de speciale schade). We zullen zo dadelijk zien welk standpunt het Hof heeft ingenomen in de zaken die eind 1979 hun beslag hebben gekregen. Eerst menen we nochtans een korte schets te moeten geven van de meest relevante feiten uit deze zaken.

II. Overzicht en situering van de feiten

De basisverordening 120/67, houdende een gemeenschappelijke marktordening voor de graansector, voorziet in een stelsel van produktierestituties, dat gelijkelijk van toepassing is op de vervaardiging van enerzijds quellmehl en quellstärke, anderzijds gritz en maïszetmeel²¹. Quellmehl wordt hoofdzakelijk aangewend voor menselijke voeding, meer bepaald voor de broodbereiding. In deze specifieke aanwending wordt het geacht vervangen te kunnen worden door quellstärke. Gritz is maïsgriesmeel, bestemd voor het brouwen van bier. Daartoe zou ook maïszetmeel kunnen worden gebruikt.

De subsidiëring van de produktie wordt voor quellmehl door Vo 1125/74 en voor gritz door Vo 665/75 ingetrokken, terwijl ze gehandhaafd blijft voor quellstärke, respectievelijk maïszetmeel²². Hiertegen gaan de getroffen producenten op tweeërlei wijze in het verweer: ze wenden zich eerst tot de nationale rechter, later tot het Hof.

Zij leiden eerst voor de bevoegde nationale administratieve rechter een vordering in tot nietigverklaring van de beschikking van het nationaal interventiebureau, waar-

aansprakelijk gesteld zonder enige beoordeling van het subjectieve element schuld (zie CNTA-arrest, *cit.*, in noot 12). Maar zelfs indien het om foutaansprakelijkheid gaat, lijkt de verwijzing door art. 215 naar de algemene beginselen van de lid-staten toch niet te moeten worden opgevat als een nauwe binding aan details van de dogmatiek op het stuk van overheidsaansprakelijkheid, maar veel meer als een oriëntering aan de belangrijkste grondbeginselen, waarnaar de omvang van die aansprakelijkheid in het nationaal recht wordt beoordeeld (zie conclusie advocaat-generaal Roemer in de zaak 25/62, Plaumann t. Commissie, 15 juli 1963, *Jur.*, 1963, 252). Zie in dezelfde zin F. GRONDMAN in een noot bij het melkpoederarrest, *Cah. Dr. Eur.*, 1979, 86.

²⁰ Zie verder over deze twee bezwaren de conclusie van de advocaat-generaal Capotorti bij het melkpoederarrest, *cit.*, 1233-1236.

²¹ Art. 11 Verordening (Vo) 120/67, 13 juni 1967, *Publikatieblad* (PB), 1967, 2269.

²² Art. 5 Vo 1125/74, 29 april 1974, PB L 128, 1974, p. 12 en art. 3, Vo 665/75, 4 maart 1975, PB, L 72, 1975, 14.

¹⁷ In zijn conclusie bij het melkpoederarrest wijst de advocaat-generaal Capotorti een dubbel onrechtmatigheidsmodel af omdat volgens hem «elke poging om de voldoende gekwalificeerde schending te bepalen aan de hand van het bijzonder duidelijk karakter, neerkomt op een wijziging van de formulering die niet voortstaat om alle twijfels weg te nemen» (*Jur.*, 1978, 1231).

¹⁸ *Cit.* in noot 9, speciaal de overwegingen 5-7, 1224-1225.

¹⁹ Over deze «Systemwidrigkeit» van 's Hofs opvatting kan gediscussieerd worden. Vooreerst spreekt art. 215 niet expliciet over fout en heeft het Hof van zijn kant de Gemeenschap al

bij dit weigert de ingetrokken subsidie toch uit te betalen. In een aantal gevallen stelt deze nationale rechter aan het Hof prejudiciële vragen omtrent de geldigheid van de Vo 1125/74 en 665/75. Het Hof laat weten dat deze verordeningen onverenigbaar zijn met het *gelijkheidsbeginsel* voor zover ze leiden tot een verschil in behandeling van quellmehl en quellstärke enerzijds en van gritz, bestemd voor de brouwerij-industrie, en maïszetmeel anderzijds²³.

Na deze prejudiciële uitspraken verhelpt de Raad in samenwerking met de Commissie dit door uitvaardiging van de Vo 1125 en 1127/78. Deze verordeningen herstellen weliswaar de gelijkheid door de restitutie voor quellmehl en gritz weer in te voeren maar ze werken *slechts* terug tot 19 oktober 1977, datum van 's Hofs prejudiciële beslissingen²⁴.

Het tweede verweer van de benadeelde producenten komt meestal pas na de uitvaardiging van de Vo 1125 en 1127/78 op gang. Zij stellen bij het Hof een vordering tot schadevergoeding in tegen de communautaire overheden op grond van art. 215, lid 2. Deze vorderingen zijn voornamelijk een verzoek tot betaling van schadevergoeding overeenkomstig het bedrag van de restituties, dat niet werd betaald voor de periode tussen de data van inwerkingtreding van de Vo 1125/74 en 665/75 en 19 oktober 1977. Een aantal Franse gritzproducenten wil daarenboven voor bijkomende schade-elementen (inkrimping van de produktie, afdanking van personeel, sluiting van bedrijven ...) vergoed worden.

De isoglucosezaak betreft de suikersector. Isoglucose is een vervangingsprodukt voor vloeibare suiker. Het wordt gemaakt uit zetmeelprodukten. De ondernemingen Amylum, Tunnel Refineries en Scholten (Nederlandse moeder en Britse dochter) zijn er de producenten van. Twee groepen maatregelen zijn hier in het geding. Enerzijds worden de restituties, voorzien door Vo 2725/75 voor de produktie van zetmeelprodukten, afgeschaft door Vo 1862/76 voor zetmeelprodukten waaruit isoglucose gemaakt wordt²⁵. Anderzijds trekt Vo 1110/77 de isoglucose terug uit

de globale suikermarktordening, vastgelegd in Vo 3330/74, en stelt Vo 1111/77 speciale voorschriften voor isoglucose vast; één ervan stelt de toepassing van een productieheffing in: deze wordt geheven op de gehele produktie isoglucose, is even hoog als de heffing op het B-quotum suiker (tot een plafond van 5 rekeneenheden per 100 kg.) en garandeert de producent geen bepaalde prijs bij de afzet²⁶.

De acties die de isoglucoseproducenten ondernemen, vertonen gelijkenis met die van de quellmehl- en gritzproducenten en hebben aanvankelijk betrekking op de beide groepen Gemeenschapsbepalingen nl. de intrekking van de restitutie en de invoering van de heffing.

Scholten-NL vordert van het nationaal interventiebureau voor de nationale rechter betaling van achtergehouden restituties. Deze vraagt uitleg aan het Hof omtrent de geldigheid van Vo 1862/76; het Hof antwoordt dat de bezwaren nopens de geldigheid ervan *niet gegrond* zijn²⁷. Scholten-GB en Tunnel Refineries trekken ook naar de nationale rechter met een beroep tot vaststelling dat de Britse regering onbevoegd is om de Vo 1862/76, 1110/77 en 1111/77 toe te passen gezien hun ongeldigheid. Ook hier wendt de Engelse rechter zich tot het Hof, dat opnieuw antwoordt dat Vo 1862/76 *niet* ongeldig is; de heffing ingevoerd bij Vo 1111/77 is echter *wel* ongeldig omdat ze ingaat tegen het *gelijkheidsbeginsel*²⁸.

Raad en Commissie hebben daarop voor isoglucose een aparte quotaregeling ingevoerd en ze hebben de ongeldige heffing met volledig terugwerkende kracht uit de rechtsorde genomen²⁹.

De schadevorderingen, die de benadeelde producenten voor het Europese Hof brengen, betreffen de schade, voortkomende uit de heffing die Vo 1111/77 heeft ingevoerd. Tunnel, die steeds geweigerd heeft te betalen, beweert schade geleden te hebben omdat ze minder en duurder isoglucose is moeten gaan produceren. Scholten, die wel betaald heeft, is moeten overgaan tot de definitieve stopzetting van die produktie. Amylum tenslotte heeft een minnelijke regeling kunnen treffen met haar nationaal interventiebureau: ze moest voorlopig niet betalen mits wel

²³ Voor de quellmehlzaak: H.v.J., 19 oktober 1977 (Ruckdeschel en Diamalt, 117/76 en 16/77), *Jur.*, 1977, 1753. Later heeft het Hof laten verstaan dat het gelijkheidsbeginsel t.a.v. de quellmehlproducenten slechts geschonden was, voor zover quellmehl aangewend werd voor de doeleinden die het van ouds op het gebied van de menselijke voeding heeft: H.v.J., 28 maart 1979 (Granaria t. Raad en Commissie, 90/78), *Jur.*, 1979, 1091, ov. 9.

Voor de gritzzaak: H.v.J., 19 oktober 1977 (Moulin et Huileries de Pont à Mousson en Providence Agricole de la Champagne, 124/76 en 20/77), *Jur.*, 1977, 1795.

Rechtstechnisch gezien heeft het Hof art. 5 Vo 1125/74, resp. art. 3 Vo 665/75 niet ongeldig verklaard. Dat kon ook moeilijk omdat deze teksten zich niet aandienen als uitdrukkelijke voorschriften tot intrekking van de steunmaatregel ten nadele van quellmehl en gritz; deze produkten werden eenvoudig geschrapt uit de tekst van art. 11 Vo 120/67. Hierdoor wordt wel een rechtstoestand geschapen die onverenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel. Het Hof maant daarom de Instellingen aan de nodige maatregelen te nemen om die onverenigbaarheid op te heffen: zie *Jur.*, 1977, 1771-1772, resp. 1813-1814.

²⁴ Vo 1125 en 1127/78, 22 mei 1978, *PB*, L 142, 1978, 21 en 24. Voor quellmehl wordt de gelijkheid alleen hersteld voor zover het gebruikt wordt bij de broodbereiding; vgl. H.v.J. in de zaak 90/78, *cit.*, in noot 23.

²⁵ Vo 2725/75, 29 oktober 1975, *PB*, L 281, 1 en Vo 1862/76, 27 juli 1976, *PB*, L 206, 1976, 3.

²⁶ Vo 3330/74, 19 december 1974, *PB*, L 359, 1974, 1 en Vo 1110 en 1111/77, 17 mei 1977, *PB*, L 134, 1977, 4. De suikermarktordening, waartoe isoglucose aanvankelijk behoort, bevat een quotasysteem. Per lid-staat geldt een basisquotum A waarvoor een prijsgarantie bestaat. Voor een supplementaire tweede «schijf», het B-quotum, bestaat er nog een prijsgarantie maar dan mits betaling van een heffing. Quota A en B vormen de maximum afzetbare hoeveelheid in de EG. Wat daarboven nog geproduceerd wordt, de zgn. C-suiker, die slechts in de EG mag afgezet worden als daar schaars is, geniet niet meer een prijsgarantie. De marktordening voor isoglucose beperkt de produktie niet tot een bepaald quotum maar bevat wel de boven beschreven heffing.

²⁷ H.v.J., 25 oktober 1978 (Scholten, 125/77), *cit.*, in noot 6.

²⁸ H.v.J., 25 oktober 1978 (Scholten en Tunnel Refineries, 103 en 145/77), *Jur.*, 1978, 2037. Voor wat de ongeldigverklaring betreft is er de andersluidende conclusie van de advocaat-generaal Reischl: zie 2024-2029.

²⁹ Vo 1293/79, 25 juni 1979, *PB*, L 162, 1979, 10. Vermeldenswaard is dat het Hof deze verordening heeft nietig verklaard wegens de schending van een substantiële vormvereiste, nl. de raadpleging van het Europees Parlement: zie H.v.J., 29 oktober 1980 (Roquette Frères t. Raad, 138/79 en Maïzena GmbH t. Raad, 139/79) beide nog niet gepubliceerd.

storting van waarborgsommen bij de bank. Maar ook zij heeft haar productie moeten inkrimpen.

III. De arresten van het Hof

Bij de bespreking van de arresten die het Hof in de zopas beschreven zaken heeft gewezen, zullen wij dezelfde indeling aanhouden als bij het overzicht van de vroegere rechtspraak.

A. Ontvankelijkheid

1. We leverden reeds commentaar bij het verweermiddel van de Instellingen, dat betrekking had op de verhouding tussen art. 215, lid 2, en art. 173 en dat door het Hof afgewezen werd. In de beide quellmehlzaken en in de eerste gritzzaak voert de Commissie nog een vergelijkbare exceptie aan. Zij meent dat de benadeelde producenten in feite toekenning van niet uitgekeerde restituties nastreven; welnu, daartoe dienen nieuwe verordeningen uitgevaardigd te worden; aangezien verzoekers zich daarvoor niet kunnen bedienen van art. 173 of art. 175, moeten ze deze verordeningen niet proberen uit te lokken via een schadevordering.

Het Hof wijst de exceptie af door eenvoudig te verwijzen naar haar vaste rechtspraak dat de schadevordering een zelfstandige beroepsweg is³⁰.

2. Er steeds van uitgaande dat de schadevordering in feite strekt tot betaling van achterstallige restituties uit de periode voor 19 oktober 1977, datum van s'Hofs prejudiciële uitspraak, betogen Raad en Commissie voorts in beide quellmehl- en gritzaken dat verzoekers de bevoegde nationale diensten voor de nationale rechter tot betaling moeten aanspreken. Volgens hen is de *rechtsbescherming* voldoende verzekerd door deze nationale beroepsweg.

Het Hof is echter van mening dat ook deze exceptie faalt³¹. Verzoekers vorderen die geldbedragen bij wijze van schadevergoeding. Zij konden gewoon die restituties niet voor de nationale rechter opvorderen krachtens één of andere communautaire regeling die de nationale instanties moesten uitvoeren, want die was er niet. Het Hof onderscheidt tussen de *causa petendi* en het *petitum*; het beginsel van de zelfstandigheid van de schadevordering houdt daardoor stand. In de tweede gritzzaak kan het Hof er bovendien op wijzen dat de schade volgens verzoekers niet helemaal samenvalt met het niet uitgekeerde restitutiebedrag; een aantal Franse producenten hebben inderdaad vergoeding gevraagd voor bijkomende schade-elementen.

In de isoglucosezaken liggen de feiten anders. De onwettig bevonden heffing is door Vo 1293/79 in uitvoering van 's Hofs prejudiciële beslissing van 25 oktober 1978 met volledig terugwerkende kracht uit de communautaire rechtsorde genomen. Krachtens deze regeling kan men dus bij de nationale instanties volledige terugbetaling van de onverschuldigde heffing verkrijgen. Misschien verklaart dit de

volgende, enigszins bevreemdende gedachtengang van het Hof³².

Eerst herinnert het Hof eraan dat de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid slechts bij uitzondering tot aansprakelijkheid kan leiden (ov. 13). Het vervolgt: «Dit vindt met name bevestiging hierin dat de schadevordering ... weliswaar een zelfstandige beroepsmogelijkheid vormt, doch niettemin moet worden beoordeeld met het oog op het bij het Verdrag ingevoerde algehele stelsel van rechtsbescherming van particulieren» (ov. 14). Dit is een belangrijke, zij het voorlopig in algemene termen gestelde nuancering van de zelfstandigheid van de aansprakelijkheidsprocedure. Het Hof verduidelijkt zijn standpunt in de daaropvolgende passus. Na een beschrijving van de nationale beroepsweg juncto de prejudiciële procedure besluit het: «Het bestaan van dit beroep heeft reeds tot gevolg dat de bescherming van de betrokken particulieren op doeltreffende wijze kan verzekerd worden» (ov. 14 in fine). Wat verder verwijst het Hof *expressis verbis* naar zijn prejudiciële uitspraak van 25 oktober 1978 en naar de Vo 1293/79 (ov. 15).

Het Hof is blijkbaar van mening dat de rechtsbescherming van de isoglucoseproducenten in casu voldoende verzekerd is, zodat hun schadevordering eigenlijk zonder voorwerp komt te vallen. Toch blijft de gedachtengang van het Hof op een aantal punten dubbelzinnig.

Ten eerste zegt het Hof dat het bestaan van de nationale procedure juncto de prejudiciële procedure de bescherming doeltreffend kan verzekeren. Het kan dus ook van niet. Denkt het Hof daarbij aan de quellmehl- en gritzaken waar de Vo 1125 en 1127/78 slechts een beperkte retroactieve werking hadden? Of deelt het de opvatting dat de zelfs volledige recuperatie van een onverschuldigd betaalde heffing in feite niet uitsluit dat men daarenboven nog vergoeding vraagt voor bijkomende schade (productievermindering, rendabiliteitsverlies, etc.) met een schadevordering op grond van art. 215, lid 2? Maar is deze bijkomende schadevergoeding wel juridisch opvorderbaar? Men kan zich inderdaad de vraag stellen of ter zake van onverschuldigd betaalde heffingen de nationale rechtstradities — waarnaar art. 215 tenslotte verwijst — in een integrale vergoeding van alle schade voorzien, dan wel een passende vergoeding die beperkt blijft tot de terugstorting van het onverschuldigd betaalde. In dit laatste geval zou de schadevordering zonder voorwerp vallen, indien de terugstorting reeds via een andere weg is verkregen.

Ten tweede spreekt het Hof over het *bestaan* van de nationale beroepsweg. De vraag kan dan ook gesteld worden of het Hof in voorkomend geval aan schadelijgenden het verwijt zou richten dat zij met een rechtstreeks voor het Hof ingeleide schadevordering een resultaat willen verkrijgen, dat zij al hadden kunnen bereiken via de nationale beroepsweg, die zij bij veronderstelling niet hebben gevolgd. Dit zou de zelfstandigheid van de aansprakelijkheidsprocedure nog sterker in het gedrang brengen. De vraag blijft open. Hoe dan ook, het Hof had in de Merkurzaak (43/72, geciteerd in noot 5 en 8) duidelijk verklaard dat men niet kon gedwongen worden zich van de nationale rechtsmiddelen te bedienen.

³⁰ Zie bv. het eerste quellmehlarrest ov. 7, *Jur.*, 1979, 2972. De andere arresten bevatten identieke overwegingen.

³¹ Zie bv. het eerste quellmehlarrest ov. 6, *Jur.*, 1979, 2971. De andere arresten bevatten identieke overwegingen, met uitzondering van een korte toevoeging in de tweede gritzzaak (ov. 6, *Jur.*, 1979, 3113).

³² Zie bv. het eerste isoglucose-arrest, ov. 13-15, *Jur.*, 1979, 3560. Het andere arrest bevat identieke overwegingen.

Ten derde spreekt het Hof zich in zijn overwegingen *niet* uit over de *ontvankelijkheidsvraag*, omdat deze niet formeel door de Instellingen is gesteld. Het heeft zijn gedachtengang a.h.w. slechts bij wijze van «obiter dictum» in het arrest opgenomen. Duidelijke gevolgtrekkingen worden er niet aan verbonden.

Toch menen we voorzichtig te mogen besluiten dat het Hof de autonomie van de aansprakelijkheidsprocedure misschien wel gevoelig heeft getemperd door te wijzen op de rechtsbeschermende mogelijkheden van de nationale beroepsweg juncto de prejudiciële procedure.

B. Gegrondheid

Het gelijkheidsbeginsel, dat in al de ons voorliggende gevallen is geschonden en dat in casu zijn uitdrukking vindt in het discriminatieverbod van art. 40, lid 3, van het EEG-Verdrag, is ongetwijfeld een hogere rechtsregel die gegeven is ter bescherming van particulieren. Daar is geen betwisting over. De hamvraag is dan welke preciseringen het Hof aangebracht heeft in het begrip «voldoende gekwalificeerde schending».

In zijn arresten van 4 oktober 1979 betreffende de quellen- en gritzaken trekt het Hof grotendeels de lijn van het melkpoederarrest door. Het acht de Instellingen aansprakelijk na de volgende vaststellingen op een rijtje te hebben gezet: 1. het geschonden gelijkheidsbeginsel is van bijzonder gewicht³³, 2. er is een beperkte, duidelijk afgebakende groep van ondernemers getroffen (allusie op speciale schade), 3. de schade gaat de grenzen te buiten van de economische risico's welke aan de ondernemersactiviteiten in de betrokken sector inherent zijn (allusie op de abnormale schade), 4. de gelijkheid werd zonder aannemelijke redenen doorbroken³⁴.

Afgezien van het feit dat het Hof systematischer geworden is in zijn uiteenzetting lijkt het laatste element mij toch nieuw te zijn, omdat het rechtstreeks het karakter van de schadeverwekkende handeling zelf aangaat en mijns inziens mag geïnterpreteerd worden als een verwijzing naar het bestaan van een arbitraire, willekeurige beleidslijn. De aandacht voor dit aspect lijkt nog nadrukkelijker te zijn in de conclusie van de advocaat-generaal Capotorti³⁵. Daar-

mee rijst de vraag of de ongeldigheid van de schadeverwekkende handeling altijd zo ver zal moeten gaan dat er sprake moet zijn van willekeur, vooraleer het Hof zal besluiten tot het bestaan van een voldoende gekwalificeerde schending. Tenslotte zijn zowel het Hof als zijn advocaat-generaal alleen van mening dat de in casu bestaande willekeur een belangrijk element is — voor Capotorti wellicht het belangrijkste element — bij het onderzoek naar het al of niet bestaan van een voldoende gekwalificeerde schending. Zij zijn niet omgekeerd van mening dat een dergelijke schending ook noodzakelijkerwijze altijd een willekeurig beleid veronderstelt.

De isoglucose-arresten brengen omtrent deze kwestie enige opheldering. Het Hof stelt eerst uitdrukkelijk dat een onrechtmatigheid, al is die dan een duidelijke schending van het gelijkheidsbeginsel en dus een *klaarblijkelijke* miskenning van de bevoegdheidsgrenzen, nog niet ipso facto gelijkstaat met een *klaarblijkelijk ernstige* miskenning van die grenzen in het kader van een toetsing van de onrechtmatigheid van de handeling aan art. 215, lid 2³⁶. Het kiest dus nu blijkbaar wel partij voor een dubbel onrechtmatigheidsmodel. Voor het eerst worden de terminologieën uit het wettigheidscontentieux en het onrechtmatigheidscontentieux tegenover elkaar geplaatst: een handeling kan klaarblijkelijk een miskenning van de grenzen der discretionaire bevoegdheid zijn en dus ongeldig zijn, zonder dat die klaarblijkelijke miskenning voldoende ernstig is om in het kader van art. 215, lid 2, beschouwd te worden als een ongeldigheid die de aansprakelijkheid kan meebrengen.

De vraag is welke inhoud het Hof via dit subtiel onderscheid dan nog aan het onrechtmatigheidsmodel uit de aansprakelijkheidsprocedure kan geven. Bij lezing van de andere overwegingen komen we tot de bevinding dat het Hof nagaat of de Instellingen in de isoglucosezaken een *willekeurige* beleidslijn hebben gevolgd³⁷. Dat de berekeningstechniek van een op zichzelf gerechtvaardigde heffing ten laste van de isoglucose duidelijk verkeerd is, schijnt het Hof een technisch aspect van minder belang te vinden (ov. 17). Het peilt daarentegen wel naar de aard van het gedrag dat daarachter schuilgaat en komt tenslotte tot de bevinding dat de gemaakte fouten onvoldoende ernstig zijn om te kunnen gewagen van een «aan willekeur grenzend gedrag» (ov. 19). Daarmee is voor het Hof de kous af, d.w.z. zonder nog een onderzoek te ondernemen naar de gevolgen van de handeling, oordeelt het dat het gedrag in kwestie geen aansprakelijkheid meebrengt.

Het Hof, dat uitdrukkelijk over fout spreekt, stelt dus dat de fout dermate ernstig moet zijn dat het gedrag aan willekeur grenst. De vaststelling dat dit in casu niet het geval is, krijgt nu door haar negatief gevolg — geen aansprake-

beleidslijn als zodanig een *willekeurige* was (cursivering toegevoegd). Wat het karakter van de schade aangaat, komt hij uiteindelijk tot het relativerend besluit dat «niet is gebleken van redenen waarom de Gemeenschap niet aansprakelijk zou kunnen gesteld worden» (cursivering in de tekst, p. 2995).

³⁶ Zie bv. het eerste isoglucose-arrest ov. 18, *Jur.*, 1979, 3561: «dat de lasten ... duidelijk ongelijk waren ... doch hieruit volgt in het kader van een toetsing van de onrechtmatigheid van de handeling aan art. 215 ... nog niet, dat de Raad daarmee de grenzen zijner discretionaire bevoegdheid klaarblijkelijk ernstig heeft miskend». Het andere arrest bevat een identieke overweging.

³⁷ Zie bvb. het eerste isoglucose-arrest ov. 17 en 19, *Jur.*, 1979, 3560-3561. Het andere arrest bevat identieke overwegingen.

³³ Ook in de melkpoederzaak had het Hof op het belang en het bijzonder gewicht van de geschonden norm gewezen (*Jur.*, 1978, 1224, ov. 3). Vgl. W. VAN GERVEN, «De niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap wegens normatieve handelingen», *S.E.W.*, 1976, 2-28. Bij gebrek aan duidelijke stellingname van het Hof heeft de auteur toen de nadruk gelegd op dit aspect door te stellen dat de schending voldoende kwalitatief en kwantitatief omschreven moest zijn. Hieronder verstond hij m.b.t. een geschonden algemeen rechtsbeginsel, dat dit beginsel enerzijds reeds voldoende vast zou staan of precies zijn en anderzijds voldoende fundamenteel zou zijn (zie p. 19-20).

³⁴ Zie bv. het eerste quellenmehlarrest ov. 11, *Jur.*, 1979, 2973. De andere arresten bevatten nagenoeg identieke overwegingen.

³⁵ Zie conclusie Capotorti, *Jur.*, 1979, 2993. Hij wil wel onderzoeken of er abnormale en speciale schade is geleden, maar dit «ondanks het feit dat hetgeen tot nu toe ... werd overwogen, op zichzelf reeds bewijst dat er van een ernstige schending ... sprake is. Dat de onrechtmatige daad van de Raad een 'kennelijke en ernstige' miskenning van de geschonden regel inhoudt, lijkt mij reeds uit de aard van die regel en uit de *feitelijke toedracht* te volgen... Deze feitelijke toedracht heeft uitgewezen dat de nieuwe

lijkheid — wel een algemene draagwijdte: er moet sprake zijn van een aan willekeur grenzend gedrag vooraleer dit aansprakelijkheid meebrengt³⁸. Overigens vraag ik mij af of er een onderscheid te maken is tussen een gedrag dat grenst aan willekeur en een gedrag dat willekeurig is. Willekeur is natuurlijk de uiterste vorm van onrechtmatigheid; het betekent dat de beslissing elke rechtvaardiging mist, dat ze een volslagen gebrek aan zakelijke overwegingen vertoont zodat er geen enkele aannemelijke reden bestaat voor enige, — in ons geval — ongelijke behandeling. Kan men zich echter een gedrag voorstellen dat bijna willekeurig is zonder het helemaal te zijn, gesteld dat dit gedrag al meer is dan een klaarblijkelijke miskenning van de grenzen der discretionaire bevoegdheid, aangezien het per definitie gaat om een klaarblijkelijk ernstige miskenning?

Aangaande het karakter van de schadeverwekkende handeling zijn we geneigd te besluiten uit een vergelijking tussen de arresten van 4 oktober (willekeur dus aansprakelijkheid) en van 5 december (geen willekeur en dus geen aansprakelijkheid) dat de willekeur van een voldoende nu ook een noodzakelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid is geworden. Betreffende het karakter van de schade meent het Hof in de isoglucosezaken het stilzwijgen te mogen

bewaren, omdat er toch al geen sprake is van een voldoende ernstige onrechtmatigheid, maar dit is mijns inziens geen reden om aan te nemen dat het Hof het dubbele criterium van de abnormale en speciale schade heeft laten vallen.

Het ziet er wel naar uit dat het Hof in een rechtspraak die deels de zelfstandigheid van de aansprakelijkheidsprocedure gevoelig afzwakt (zie de ontvankelijkheid en ook de gegrondheid nl. de speciale schade) en deels deze zelfstandigheid bevestigt (zie gegrondheid nl. het dubbel onrechtmatigheidsmodel en de abnormale schade), het succes van de schadevordering zo niet virtueel uitsluit dan toch op de helling zet. Enerzijds lijkt het bestaan van de nationale beroepsweg juncto de prejudiciële procedure de mogelijkheid om een rechtstreekse schadevordering bij het Hof in te stellen aan te tasten. Anderzijds zou een zelfs ontvankelijke schadevordering ten gronde slechts succes hebben ingeval de schadeverwekkende handeling getuigt van een aan willekeur grenzend gedrag; naar alle waarschijnlijkheid moeten de schadelijke gevolgen bovendien abnormaal en speciaal zijn.

Zonder een waardeoordeel te vellen over de verdiensten van deze rechtspraak, dient mijns inziens toch besloten te worden dat de eraan ten gronde liggende motivering vanuit juridisch oogpunt enige bedenkingen oproept. Het ware dan ook wenselijk dat het Hof in de nabije toekomst de gelegenheid zou krijgen een en ander op punt te zetten.

Luc GYSELEN
Assistent Europacollege

³⁸ In elk geval is de conclusie van de advocaat-generaal Reischl formeel. Er moet blijken dat er een bijna met willekeur gelijk te stellen injuist gebruik van de discretionaire bevoegdheid aanwezig is (*Jur.*, 1979, 3577).

PLEIDOOI VOOR EEN ALGEMEEN RECHTSVAK IN HET HOGER SECUNDAIR ONDERWIJS

Recht en het leven van elke dag

Recht heeft alles te maken met het dagelijkse leven. Wij worden ermee geconfronteerd thuis, op het werk, op straat, in het verenigingsleven. Het recht begeleidt de mens vanaf de geboorte, ja zelfs vóór de geboorte tot aan de dood en via de successie tot een hele poos na het overlijden.

Er is ook nog een andere vaststelling. Tot in de huidige tijd geldt het adagium «De Belg wordt geacht de wet te kennen». Hiermee wordt geponeerd dat de gemeentelijke aanplakking, de provinciale Memorialen en het Belgisch Staatsblad een voldoende waarborg bieden inzake openbaarheid, dus kennisgeving van wetten, besluiten en officiële mededelingen. Wel wordt aanvaard — en hier ontstaat een band met het secundair onderwijs — dat leerlingen (minderjarigen!) relatief onbekwaam zijn. Het onderwijsbeleid verbindt hieraan een leerproces waardoor de leerlingen oppervlakkig of diepgaand — naar gelang van de aard van de secundaire studies — in het recht kunnen worden ingewijd. Ingewijd? Inderdaad. In een taal, jargon zou men tegenwoordig zeggen, vaak onbegrijpelijk voor velen, onvatbaar voor een meerderheid onder de burgers, ongeacht de leeftijd.

In de Duitse Bondsrepubliek is men zich terdege bewust van de soms moeilijke toegankelijkheid van het recht bij de gewone burger. Sedert enkele jaren doet de Duitse overheid dan ook een ernstige poging om wetten en reglementen naar een zo eenvoudig mogelijk en voor velen begrijpelijk peil te vertalen. Wie een rijbewijs aanvraagt, een bouwvergunning wil krijgen of zich tot een rechtbank wendt, moet minimaal de verschillende stappen kennen alvorens als actieve rechtzoekende op te treden. Hierbij speelt steeds meer het visuele aspect een rol. Het is bekend dat door de consumptie van film en televisie zelfs de (geschreven) pers de jongste jaren tot meer visualisering werd genoopt: grote titels, veel foto's, tekeningen en sketches, omlijstingen, enz. Dat rechtsvoorlichting langzaamaan dezelfde voorstellingstechnieken aanwendt, hoeft ons dus zeker niet te verbazen.

Recht in het secundair onderwijs

Wat in dit artikel onze aandacht heeft, betreft het leerproces van de jongeren van 16 tot 18 jaar. Deze leeftijd stemt overeen met het hoger secundair onderwijs, zowel algemeen vormend als technisch. Hier kan meteen ook de

band worden gelegd met de aggregatie-opleiding hoger secundair onderwijs in de rechten, zoals gedoceerd aan onze universiteiten.

Het zinvolle en de inhoud van een veralgemeend leervak «Inleiding tot het recht van iedere dag» komen hierna aan bod. Het gaat derhalve niet om b.v. de beginselen van het handelsrecht die worden onderwezen in de economische humaniora en in de handelsstudies op middelbaar niveau. Het betreft daarentegen wat aan recht aan bod zou moeten komen in *elke afdeling* van het hoger secundair onderwijs, waartoe uiteraard ook elke optie binnen de determinatiegraad van het vernieuwd secundair onderwijs kan worden gerekend.

De vraag is alleszins terecht of een integreren van deze leerstof via een thematische benadering niet een dringende noodzaak is. Soms bestaat hiertoe een zekere ruimte tijdens schaarse oefeningen, soms helemaal niet wegens tijdgebrek. Het werken met thema's (b.v. het gezin) leidt tot een pluridisciplinaire benadering waarbij niet alleen recht, doch eveneens economie en sociologie moeten worden betrokken. In het klassikale secundaire onderwijssysteem is de ruimte voor een dergelijk didaktische benadering uiterst beperkt. Als belangrijkste argument geldt vaak dat te veel leerstof dient te worden gegeven dan dat nog systematische kennisverwerving via themata op snelle wijze zou kunnen geschieden. Dit argument is niet te onderschatten doch te bekijken in het licht van een veralgemeende introductie van de projectmethode in het hoger secundair onderwijs. Deze methode sluit geenszins de aanbreng van basisinformatie uit. Integendeel, deze moet worden aangebracht én tijdens de introductielessen (b.v. gedurende twee maanden) én tijdens de behandeling en afwikkeling van de diverse thema's.

Jongeren van 13-15 jaar worden zich bewust van het bestaan van ongelijkheden in de samenleving en ervaren dat niet alle mensen denken en handelen zoals zij. Op dat niveau is vereist dat de jongeren worden gebracht tot een maatschappelijke verruiming. Belangrijk is hier dus een basisvak maatschappelijke of sociale vorming. Het leren ervaren en aanvaarden van andere waarden dan de hunne is een centrale opdracht voor de jongeren van die leeftijd.

Het leren relativeren, het veralgemenen, is daarentegen de typische opdracht van de 16 tot 18-jarigen. Hun maatschappelijke achtergrond wijzigt zich nog ten dele (dit gebeurt trouwens het gehele leven lang!) doch de jongere beschikt op die leeftijd reeds over een aantal vaste referentiepunten, gemeenschappelijk aan zijn leeftijdgenoten en de volwassenen. Deze punten wijzigen zich niet meer van de ene op de andere dag, zoals dat vaak het geval is bij jongeren uit de lagere leeftijdsgroep. Steunend op de stabielere achtergrond van de 16 tot 18-jarigen, kan recht worden aangereikt vanuit de invalshoek dat het te maken heeft met het leven van elke dag, zoals ervaren door de leerlingen en met de veralgemening als leidraad.

Uitgaande van het begrip «subjectief recht» (nl. *mijn rechten*), moet tot verruiming worden gekomen, een relativering van de eigen rechten. Doorheen de verruiming komt men tot relativering, tot een veralgemening van rechtsregels. De volgende stap houdt dan een toepassing in van de rechtsregel op concrete gevallen, waarvan er geen twee precies gelijk zijn aan elkaar. Het leren beheersen van deze denkwijze is essentieel voor jonge mensen. In een artikel over «Doctrines of leerstelsels in de maatschappelijke vorming» (Didaktiek der sociale wetenschappen, Leiden,

1979, nr. 2, p. 15) stelden wij dat de ontplooiing van de mens in de pluriforme Westeuropese samenleving in belangrijke mate wordt bepaald door het ruimdenkend ingesteld zijn van haar leden. Om zulks te bereiken, is een vorming nodig die én op de veralgemening van individuele en concrete feiten mikt én tegelijk streeft naar het leren relativeren van persoonlijke voorvallen en gebeurtenissen. Dit laatste betekent niet een verdoezelen van problemen. Het komt echter erop aan weg te geraken uit een soms verlammende emotionele ingesteldheid. Zulks moet trouwens gebeuren indien men tot een snelle en afdoende oplossing van het probleem wil komen.

Vorm en inhoud van het leervak «algemene inleiding tot het recht»

Vooreerst de naam. Hoewel het natuurlijk gaat om een algemene inleiding, zegt een dergelijke benaming betrekkelijk weinig. Zij is zelfs misleidend in de zin dat men hieruit zou kunnen besluiten tot een slechts oppervlakkige kennisneming zonder bruikbare waarde of tot een allegaartje van allerlei topics uit het recht.

Veeleer mogen wij niet uit het oog verliezen dat de mens niet een geïsoleerd wezen is: hij leeft in gemeenschap(pen). Zulk een band kan wellicht het best worden aangeduid met een benaming zoals «Wij en het recht» of nog «Het recht in ons dagelijks leven». Een dergelijke betiteling voor een handboek of een leervak luidt alvast zinnvoller dan een neutraal «algemene inleiding tot het recht».

Met het oog op de integratie van verscheidene rechtselementen, blijkt het thematisch werken vooralsnog het meest valabele uitgangspunt voor de lessen recht: het gezin, mijn werk, de vrije tijd, op reis, enz. Het betreft hier themata *ratione loci*, dus plaatsgebonden zo men wil. Dit in tegenstelling tot b.v. de geboorte, de meerderjarigheid, het huwelijk, het overlijden, die voor tijdsgebonden materies kunnen doorgaan, dus een benadering *ratione temporis*. Voor de praktijk ligt het onderscheid tussen beide benaderingswijzen hierin dat de eerste breder is dan de tweede, zodat onder meer in het licht daarvan het lessenschema zal moeten worden opgesteld.

Naar gelang van het onderwerp komen telkens een of meer rechtstakken summier aan bod. Binnen het gezin gaat het vooral om gezinsrecht. Doch de leerkracht zou het gezin als jaarthema kunnen nemen en allerlei onderwerpen in dit hoofdthema kunnen onderbrengen. Zoals bijvoorbeeld: «Pa en ma kopen een huis», zodat meteen ook de notaris, de registratie en de verzekering om het hoekje komen kijken. Wanneer het thema «onze familie» wordt behandeld, kunnen de verschillende generaties worden bekeken: kinderen, ouders en grootouders. Niet alleen het gezinsrecht, maar ook het sociale-zekerheidsrecht (b.v. rust- en overlevingspensioen) en erfrecht kunnen terecht in dit thema of project. «De gemeenschap waarin wij leven» zal de leerlingen doen kennis maken met grondwettelijk en administratief recht, op een eenvoudige en boeiende wijze. Een daaropvolgend aansnijden van de juridische aspecten van het verenigingsleven zal voor de leerlingen een kennismaking inhouden met de feitelijke verenigingen en de verenigingen met rechtspersoonlijkheid (o.m. de vzw's) en het bestaan van subsidiëring. Een herinnering aan deze lessen kan wellicht meer oud-leerlingen ertoe aanzetten actief te worden in het brede veld van het sociaal-culturele leven.

Zo kunnen wij in feite talrijke voorbeelden citeren. Op te merken is evenwel dat het essentiële hierin bestaat dat leerlingen een algemeen zicht krijgen op het recht, de binding ervan ervaren met het leven in gemeenschap en dus ook meteen leren inzien dat het recht aan verandering onderhevig is. Ook zelf meer weerbaar worden. Deze laatste factor is erg belangrijk. Steeds opnieuw wordt vastgesteld dat talrijke jongeren het beroepsleven binnenstappen zonder bijvoorbeeld enige notie van de arbeidsovereenkomst.

Een ander voorbeeld. Verkeerskunde is nog wat meer dan een goede kennis van verkeerstekens. Er is ook de verantwoordelijkheidszin die zich uit in de juiste snelheid, het voorrang verlenen aan voetgangers, het niet gebruiken van alcoholische dranken wanneer men deelneemt aan het verkeer, weten wat men moet doen bij een ongeval. Als jongere van 16 tot 18 jaar heeft men reeds een zodanige perceptie verworven dat deze dingen van dag tot dag ook in de lessen recht zeker aan bod kunnen. Weerbaarheid betekent én tot op zekere hoogte zelfstandig zijn weg weten te vinden én, hierbij nauw aansluitend, zijn verantwoordelijkheid kunnen en durven nemen.

De mens heeft rechten en plichten. Rechtsverplichtingen hoeven niet noodzakelijk als dwang te worden ervaren, maar als een van de middelen tot sturing van de maatschappij. Vandaar de beklemtoning dat het recht in een breder maatschappelijk kader dient te worden gesitueerd (zie hierboven en ook verderop).

Een laatste voorbeeld. Het gerecht kent nog vele drempels voor de doorsnee mens. Niettemin zijn er twee instanties waarmee hij in zijn leven vermoedelijk meer dan eens te maken heeft: de vrederechter en de arbeidsrechtbank. Hoevelen weten dat men zich eerst dan tot de rechtbank wenden kan, wanneer bijvoorbeeld een administratie een negatieve beslissing heeft genomen? Meer rustpensionen kan niet bij de arbeidsrechtbank worden aangevraagd; dit moet gebeuren via het gemeentebestuur, dat dan het dossier naar de betrokken Rijksdienst doorstuurt. Pas in het geval van een negatieve beslissing door de Rijksdienst kan de zaak bij de arbeidsrechtbank worden ingeleid. Dit rechtsmechanisme lijkt vanzelfsprekend voor juristen. Het is het niet voor het grote publiek dat de rechtbank vaak associeert met dadelijke rechtsverschaffing en daarbij niet denkt aan voorafgaande administratieve stappen. Het gevolg van dit gebrek aan inzicht is dat mensen zich ofwel in verbittering of lusteloosheid terugtrekken ofwel afhankelijk worden van bijvoorbeeld het dienstbetoon van partijpolitieke aard. De jongste tijd vindt de rechtsinformatie evenwel reeds enige doorbraak in België. Vanuit de rechtbanken zelf wordt langzaam werk gemaakt van de informatieverschaffing via een bureau dat zijn taak verruimt van hoofdzakelijk gratis rechtsbijstand voor financieel onvermogen tot praktische informatie voor alle rechtzoekenden. Deze tendens tot democratisering is zeker toe te juichen. De overheidsvoorlichting betreft immers een ruimer veld dan alleen het vlottere contact tussen de diverse administraties («uitvoerende macht») en het publiek.

De didactische middelen

Laten wij nu terug komen op de aanreiking van de rechtsmaterie in het hoger secundair onderwijs. Over welke didactische middelen beschikt de leerkracht om het leerproces optimaal te laten gebeuren?

Recht is voor leerkracht en leerlingen een dankbaar vak, in die zin dat gebruik kan worden gemaakt van talrijke didactische instrumenten: handboek of losse nota's, bord en krijt van alle kleuren, muurflaps en stiften van diverse breedte en kleur, synoptische kaarten, overheadprojector voor schema's (aangebracht op slides en geprojecteerd op een licht geïnclineerd scherm), episcope (voor teksten), kranten- en tijdschriftenmateriaal, dia's, cassette recorder alsmede video voor opname van interviews, bezoeken aan een rechtbank.

De combinatie van deze instrumenten met kleine individuele opdrachten en bespreking van deze opdrachten in groepjes (groepswork) levert zeer degelijke resultaten voor het leerproces. Dit hebben wij herhaaldelijk kunnen vaststellen in het onderwijs. Dat zulks evenwel veel voorbereiding vergt vanwege de leerkracht, behoeft geen betoog. Het heeft te maken met een geduldige en tegelijk actieve visuele aanbreng van de leerstof door de leerkracht en een geleidelijke internalisering ervan door de leerlingen. Synthesen en evaluatie behoren tot iedere leerstof en zijn voor het recht even onmisbaar.

Bij wijze van besluit

Met de tijd moet de idee worden afgebouwd als zouden én de samenleving én het recht zo complex zijn dat slechts deskundigen er een goed zicht op hebben.

«De Belg wordt geacht de wet te kennen» is en blijft evenwel een fictie. Het zou immers een illusie zijn te menen dat vele Belgen, na in het secundair onderwijs een algemene rechtsbasis te hebben verworven, de streekkrant zouden ruilen voor het Belgisch Staatsblad. Dat hoeft ook niet. Mensen moeten echter weten waar zij terecht kunnen met hun problemen. Dit kan alleen wanneer zij een voldoende zicht erop hebben. Mensen moeten eenvoudige problemen zelf kunnen oplossen, doch zonder basiskennis kan dit niet. Deze basiskennis dient nauw verbonden te zijn met hun dagelijkse leven en de aanreiking daarvan moet in belangrijke mate in het secundair onderwijs gebeuren.

Wellicht is het te vroeg te gewagen van een integratie van vakken, hoewel reeds velen overtuigd zijn dat recht, economie en sociologie nauw verbonden zijn in een leerproces tot het verwerven van een inzicht in de maatschappij en haar dynamiek. In een verre toekomst zouden in een compleet herdacht vak «maatschappelijke vorming» én de jurist én de econoom én de socioloog een gedeeltelijke en een gezamenlijke opdracht hebben. Vooralsnog zijn afspraken onderling nu reeds mogelijk, niet alleen voor de afbakening van de leerstof, doch ook voor de aaneenschakeling ervan. Integratie van de betrokken disciplines en samenwerking tussen hun leerkrachten kunnen het leerproces slechts ten goede komen.

Pieter DE MEYERE

RECHTSPRAAK

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

11 MAART 1980

President: de h. Kutscher

Kamerpresidenten: de hh. O'Keeffe en Touffait

Rechters: de hh. Mertens de Wilmars, Pescatore,

Mackenzie Stuart, Bosco, Koopmans en Due

Advocaat-generaal: de h. Warner

Europese Gemeenschappen — Prejudiciële procedure art. 177 EEG — Hof van Justitie — Taak.

De taak die het Hof van Justitie bij art. 177 EEG-Verdrag is opgedragen, bestaat erin de rechterlijke instanties van de Gemeenschap de gegevens voor de uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen, die zij nodig hebben voor de oplossing van echte geschillen waarvan zij kennis nemen.

Foglia t/ Novello
Zaak 104/79

In rechte

1. Bij beschikking van 6 juni 1979, ingekomen ten Hove op 29 juni daaropvolgende heeft de Pretore te Bra krachtens artikel 177 EEG-Verdrag vijf vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 92, 95 en 177 EEG-Verdrag.

2. Het bij de Pretore aanhangige geding heeft betrekking op de verzendkosten die verzoeker Foglia, wijnhandelaar te Santa Vittoria d'Alba in de provincie Cuneo, Piemonte, Italië, heeft gemaakt voor de verzending naar Menton (Frankrijk) van enige dozen Italiaanse likeurwijn die hij had verkocht aan verweerster Novello.

3. Blijkens het dossier was in de verkoopovereenkomst tussen Foglia en Novello bepaald dat belastingen die eventueel door de Italiaanse of Franse autoriteiten zouden worden geheven en die in strijd met de regeling van het vrije verkeer van goederen tussen beide landen, althans onverschuldigd waren, niet voor rekening van Novello zouden komen. Foglia deed een gelijksoortige clause opnemen in zijn overeenkomst met Danzas, de onderneming die hij met het transport van de likeurwijn naar Menton belastte; volgens deze clause zouden die onwettige of onverschuldigde belastingen niet ten laste van Foglia komen.

4. In de verwijzingsbeschikking wordt vastgesteld dat het geding enkel betrekking heeft op het bedrag dat bij de invoer van de likeurwijn in Frankrijk ter zake van verbruiksbelasting is betaald. Blijkens het dossier en hetgeen ter zake voor het Hof van Justitie is gesteld, heeft Danzas de verbruiksbelasting zonder protest of bezwaar aan de Franse administratie betaald; was het betrokken bedrag opgevoerd op de door Danzas aan Foglia aangeboden en door deze voldane factuur voor verzendkosten; en heeft Novello geweigerd dit bedrag aan Foglia terug te betalen onder verwijzing naar de uitdrukkelijke clause van het verkoopcontract betreffende onwettige of onverschuldigde belastingen.

5. De door Novello aangevoerde weren zijn door de Pretore aldus opgevat, dat zij de geldigheid van de Franse wettelijke regeling betreffende de verbruiksbelasting op likeurwijn in geding stellen, zulks gelet op artikel 95 EEG-Verdrag.

6. De houding van Foglia in het bij de Pretore aanhangige geding kan als neutraal worden bestempeld. Foglia heeft immers aangevoerd dat het bedrag van de Franse verbruiksbelasting in geen geval te zijnen laste kon komen, want ofwel was die belasting wettig geheven, en dan diende Novello ervoor op te komen, ofwel was zij onwettig en dan moest Danzas betalen.

7. Mitsdien verzocht Foglia de nationale rechter, het debat te verruimen en Danzas als derde belanghebbende in het geding te roepen. De rechter overwoog evenwel dat, vooraleer hij op dit verzoek kon beslissen, de vraag moest worden beantwoord of de heffing van de door Danzas betaalde verbruiksbelasting al dan niet strookte met de bepalingen van het EEG-Verdrag.

8. Partijen in het hoofdgeding hebben de Pretore een aantal stukken overgelegd die hem in staat stelden de Franse belastingregeling voor likeurwijn en vergelijkbare producten te onderzoeken. De rechter kwam tot de conclusie dat die regeling een «ernstige discriminatie» inhield ten nadele van Italiaanse likeurwijnen en Italiaanse wijnen met een natuurlijk hoog alcoholgehalte, als gevolg van de bijzondere regeling voor Franse likeurwijnen die bekend staan als «vins doux naturels», en een fiscale bevoordeling van sommige Franse wijnen met een natuurlijk hoog alcoholgehalte, die een benaming van oorsprong dragen. Op basis van deze bevinding heeft de rechter de aan het Hof voorgelegde vragen geformuleerd.

9. In hun bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen hebben partijen in het hoofdgeding een in hoofdzaak identieke beschrijving gegeven van de fiscale discriminatie in de Franse belastingregeling voor likeurwijnen. Beide partijen zijn van mening dat deze regeling onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Ter terechtzitting heeft Foglia te kennen gegeven dat de reden van zijn deelneming aan de procedure voor het Hof hierin is gelegen, dat hij als individuele ondernemer en als lid van een bepaalde Italiaanse bedrijfstak belang heeft bij de oplossing van de tijdens het geding gerezen rechtsvragen.

10. Partijen in het hoofdgeding blijken dus uit te zijn op een veroordeling van de Franse belastingregeling voor likeurwijn via een procedure voor een Italiaanse rechter tussen twee particulieren die het eens zijn over het te bereiken resultaat en die in hun overeenkomst een clause hebben opgenomen die bedoeld is om de Italiaanse rechter tot een uitspraak op dat punt te brengen. Het kunstmatige karakter van deze constructie treedt nog duidelijker aan de dag doordat Danzas de rechtsmiddelen die het Franse recht tegen de oplegging van de verbruiksbelasting biedt, onbenut heeft gelaten, hoewel deze onderneming, gezien de contractuele clause waardoor ook zij gebonden was, er alle belang bij had daarvan wel gebruik te maken, en doordat Foglia de rekening van Danzas, waarop het bedrag van de betaalde belasting was opgevoerd, zonder morren heeft voldaan.

11. De taak die het Hof van Justitie bij artikel 177 EEG-

Verdrag is opgedragen, bestaat erin de rechterlijke instanties van de Gemeenschap de gegevens voor de uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen, die zij nodig hebben voor de oplossing van echte geschillen waarvan zij kennis nemen. Zo men het Hof door middel van constructies als hiervoor beschreven, zou kunnen dwingen een uitspraak te doen, zou het gehele stelsel van rechtsmiddelen waarover de particulieren beschikken om zich te beschermen tegen de toepassing van met de verdragsbepalingen strijdige belastingwetten, in het gedrang worden gebracht.

12. Hieruit volgt dat de door de nationale rechter gestelde vragen, gelet op de omstandigheden van de onderhavige zaak, niet vallen binnen het kader van de rechterlijke taak die het Hof van Justitie krachtens artikel 177 EEG-Verdrag heeft te vervullen.

13. Het Hof van Justitie is mitsdien niet bevoegd uitspraak te doen over de door de nationale rechter gestelde vragen.

Het Hof van Justitie, uitspraak doende op de door de Pretore te Bra bij beschikking van 6 juni 1979 gestelde vragen, verklaart voor recht:

Het Hof van Justitie is niet bevoegd uitspraak te doen op de door de nationale rechter gestelde vragen.

NOOT—De taak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

Bovenstaand arrest geeft een merkwaardige nuancering aan de zienswijze van het Hof van Justitie omtrent zijn bevoegdheid overeenkomstig art. 177 EEG-Verdrag prejudiciële vragen te beantwoorden¹.

1. Geconfronteerd in een geding met normen van Europees gemeenschapsrecht kan de rechter — moet de hoogste rechter —, wanneer hij dit noodzakelijk acht voor het wijzen van zijn vonnis, zich wenden tot het Hof van Justitie met een prejudiciële vraag over de uitlegging van het Verdrag (art. 177, lid 1a) of over de geldigheid of de uitlegging van door communautaire instellingen verrichte handelingen (art. 177, lid 1a) of over de geldigheid of de uitlegging van door communautaire instellingen verrichte handelingen (art. 177, lid 1b). Tot nogtoe scheen deze mogelijkheid vrijwel onbegrensd. Het Hof besliste immers dat het «geldig geadieerd is en derhalve recht zal moeten doen»² wanneer aan drie voorwaarden voldaan is: een nationale rechterlijke instantie moet een vraag stellen omtrent het gemeenschapsrecht en deze vraag noodzakelijk achten voor het wijzen van haar vonnis. Bovendien zag het Hof enkel toe op de eerste twee voorwaarden (een rechter met een vraag omtrent het gemeenschapsrecht) en het vertrouwde op de nationale rechter voor de derde: volgens constante rechtspraak van het Hof heeft enkel de vragenstellende rechter te oordelen of de vragen noodzakelijk zijn, d.w.z. of ze relevant

zijn voor de oplossing van het bodemgeschil³. Alle opwerpingen en excepties (veelal uitgaand van de Lid-Staten of de Raad) erop gericht het Hof te bewegen zijn bevoegdheid restrictief te interpreteren werden tot nog toe afgewezen⁴. Deze rechtspraak is gebaseerd op de duidelijke *scheiding van bevoegdheden* tussen de nationale rechter en het Hof⁵, maar is tevens de uitdrukking van de *samenwerking* tussen de beide instanties⁶, zoals die sedert het begin in de jurisprudentie van het Hof gestalte kreeg.

2. In de recente rechtspraak zijn wel enkele aanwijzingen te vinden dat het Hof de prejudiciële procedure iets restrictiever begint te benaderen, of althans waarschuwt voor een ongebreideld gebruik van deze procedure.

In een van de Simmenthal arresten⁷ bevestigde het Hof zijn vroegere rechtspraak dat de procedure, waarin de nationale rechter zijn prejudiciële vraag formuleert, niet van contradictoire aard moet zijn, maar het voegde eraan toe dat «het in voorkomend geval in het belang van een goede rechtsbedeling kan zijn niet tot verwijzing over te gaan dan na de wederpartij te hebben gehoord»; toch is het «enkel de nationale rechter (die) over de noodzaak daarvan heeft te oordelen».

Een verdere stap werd gezet in de *Union Laitière Normande* zaak⁸, waarin het Hof een deel van de vragen niet

³ H.v.J., Salgoil 13/68, van 19 dec. 1968, *Jur.*, 1968, 632; het in dit arrest gemaakte voorbehoud «tenzij de verwijzing naar de desbetreffende tekst kennelijk onjuist is» wordt in de latere arresten niet meer gemaakt. H.v.J., Portelange 10/69, van 9 juli 1969, *Jur.*, 1969, 309.

⁴ Het Hof achtte zich immers bevoegd ongeacht de nationale procedure waarin de vraag rijst: zelfs een kort geding (H.v.J., Stauder 29/69, van 12 nov. 1969, *Jur.*, 1969, 419) of een eenzijdige procedure (H.v.J., Birra Dreher 162/73, van 21 feb. 1974, *Jur.*, 1974, 201), ongeacht het stadium waarin de procedure zich bevindt, ongeacht of er nog beroep mogelijk of zelfs ingesteld is: zolang het verwijzend vonnis niet is tenietgedaan in beroep of ingetrokken door het verzoekend rechtcollege (H.v.J., Simmenthal 106/77, van 9 maart 1978, *Jur.*, 1978, 629), ongeacht of de vragen door de partijen gesuggereerd werden of door de rechter ambtshalve opgeworpen werden, enz.

⁵ H.v.J., Costa/Enel 6/64, van 15 juli 1964, *Jur.*, 1964, 1202.

⁶ H.v.J., Schwarze 16/65, van 1 dec. 1965, *Jur.*, 1965, 1103.

⁷ H.v.J., Simmenthal 70/77, van 28 juni 1978, *Jur.*, 1978, 1453. De Pretore van Alessandria stelde de prejudiciële vragen in het kader van de (Italiaanse) eenzijdige dwangbevelprocedure.

In een vroegere zaak (H.v.J., Benedetti 52/76, van 3 feb. 1977, *Jur.*, 1977, 163) liet het Hof — zonder ook hier op de relevantie van de vragen te willen ingaan — de nationale rechter verstaan dat het antwoord op zijn vragen slechts met voorbehoud in het bodemgeschil kon worden toegepast, omdat die vragen de handelwijze betroffen van een partij die nog niet in het geding was.

⁸ H.v.J., Union Laitière Normande 244/78, van 12 juli 1979, *Jur.*, 1979, 2663. In de zomer van 1978 verhinderde het Verenigd Koninkrijk de verkoop van voorverpakte UHT-melk uit Frankrijk om twee redenen: de verpakking beantwoordde niet aan de in het V.K. voorgeschreven maten, en de melk was niet verpakt in een erkend bedrijf. De Franse melkexportfirma dagvaardde haar Britse dochter wegens contractbreuk voor de Parijse rechtbank van Koophandel en voerde aan dat de beide Britse regelingen strijdig waren met het gemeenschapsrecht, waarop deze rechtbank zich op basis van art. 177 tot het Hof wendde.

Het Hof antwoordde dat het gemeenschapsrecht op dat tijdstip het V.K. toch toeliet haar wetgeving m.b.t. maten en gewichten toe te passen — de termijn om die wetgeving aan de Europese

¹ Zie m.b.t. art. 177 o.m.: J. BOURGEOIS, «De samenwerking tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter: de prejudiciële verwijzing en de rechtsbescherming», in *Europees recht en praktijk*, Brussel, 1979, p. 35-36; J. MERTENS DE WILMARS, «Procedurale aspecten van het prejudiciële beroep», *S.E.W.*, 1975, 78-98; G. VANDERSANDEN, en A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Brussel, 1977.

² H.v.J., De Cicco 19/68, van 19 dec. 1968, *Jur.*, 1968, 658.

beantwoordde omdat het antwoord op een der vragen de andere *overbodig* maakte. Overbodig, niet wegens de systematiek die de nationale rechter volgde bij het opstellen van zijn vragen, maar omdat het Hof van oordeel was dat het bodemgeschil wel zou kunnen worden opgelost met dat gedeeltelijk antwoord, zodat de andere vragen *t.a.v.* de casuspositie zonder belang werden.

Daarmee heeft het Hof, impliciet, gedaan wat het tot dan toe tot de (uitsluitende) bevoegdheid van de nationale rechter rekende: oordelen over de *noodzakelijkheid* van de vragen m.b.t. het bodemgeschil. Dit is des te opmerkelijker daar het Hof in ditzelfde arrest de klassieke formule⁹ herhaalt dat art. 177 het Hof niet toestaat de redenen van het verzoek te beoordelen.

3. In het arrest *Foglia* waren de drie, hierboven vermelde, voorwaarden om prejudiciële vragen te stellen verenigd: de Pretore te Bra, een Italiaanse *rechterlijke instantie*, achtte het voor het wijzen van zijn vonnis *noodzakelijk* antwoord te krijgen op de prejudiciële vragen die hij stelde over de *uitlegging van het EEG-Verdrag*, nl. art. 92 (verbod van nationale steunmaatregelen) en vnl. art. 95 (verbod van hogere belastingen op ingevoerde dan op gelijksoortige nationale produkten). Toch acht het Hof zich onbevoegd een uitspraak te doen: het overweegt dat het enkel bevoegd is het gemeenschapsrecht uit te leggen om *echte geschillen* te helpen oplossen. Deze (vierde) voorwaarde blijkt niet aanwezig te zijn.

4. De advocaat-generaal J.P. Warner suggereerde het Hof tot onbevoegdheid te besluiten¹⁰, zij het met enigszins andere argumenten dan die van het arrest. Hij beschouwt de regel dat het alleen de nationale rechter is die heeft te oordelen over de relevantie van de vragen *t.a.v.* het bodemgeschil niet als absoluut, en met name beperkt door de aanhef van het tweede lid van art. 177: «indien een vraag te dien aanzien wordt *opgeworpen* voor een rechterlijke instantie». Zo was hij van oordeel dat in een geding waarin enkel de belangen van de partijen op het spel staan, én waarin deze het eens zijn over de uitlegging van het gemeenschapsrecht ter zake, geen vraag wordt «opgeworpen» in de zin van art. 177, en het Hof dus onbevoegd is een uitspraak te doen.

5. Het Hof gaat echter verder: het feit dat de partijen ten gronde het eens zijn over de draagwijdte van het gemeenschapsrecht wordt niet als criterium beschouwd om, zoals de advocaat-generaal dat suggereerde, de vrijheid van de nationale rechter (al dan niet relevante) vragen te stellen,

harmonisatierichtlijnen aan te passen was immers nog niet verstreken — (het verbod was dus gerechtvaardigd), maar weigerde uitleg te geven omtrent de bepalingen van het vrij verkeer van goederen, waarmee de andere Britse verbodsredenen wellicht strijdig was.

⁹ H.v.J., Costa/Enel 6/64, van 15 juli 1964, *Jur.*, 1964, 1202: in de paragraaf getiteld «overbodigheid van de gevraagde uitleg» overweegt het Hof «dat art. 177 ... het Hof niet toestaat een onderzoek naar de feiten in te stellen noch de beweegredenen van de oorspronkelijke rechter en het doel van zijn verzoek te toetsen».

¹⁰ Hoewel de Pretore het probleem moet vermoeden hebben daar zijn vierde vraag luidde: «Kan deze onwettigheid (nl. van de Franse belastingwetgeving) in de gehele Gemeenschap, voor de nationale rechters van alle Lid-Staten worden ingeroepen, ook in een geding tussen particulieren?»

te beperken¹¹, maar is één van de louter feitelijke omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat het *in casu* niet om een *werkelijk geschil* gaat. Naast de *houding van de partijen* onderzoekt het Hof immers het *eigenlijke doel* (de veroordeling van de desbetreffende Franse belastingwetgeving) en de *gevolgde procedure* (door een contractclausule een geding in Italië i.p.v. rechtstreeks tegen het Franse belastingbestuur).

Over de rechtsbasis van deze nieuwe voorwaarde is het Hof nogal laconiek: ze vloeit voort uit de *taak* die het Hof bij art. 177 is opgedragen. De *ratio* blijkt echter wel duidelijk uit de elfde rechtsoverweging: het Hof *weigert gedwongen te worden*¹² tot een uitspraak in een kunstmatig geschil. Hoewel de beslissingen van het Hof enkel bindend zijn voor de rechters die van het bodemgeschil kennis nemen¹³, gaat er — in feite — een zeer groot gezag van uit, en men kan begrijpen dat het Hof er weigerachtig tegenover staat dit groot gezag te gebruiken om — zonder noodzaak, want buiten het kader van een echt geschil waarbij een particulier rechtsbescherming nodig heeft — wettelijke bepalingen van een Lid-Staat te helpen veroordelen¹⁴.

6. Luidens de tiende rechtsoverweging blijken de partijen «dus uit te zijn op een veroordeling van de Franse belastingregeling». Wellicht heeft in dit arrest de idee meegespeeld dat een particulier hier in feite *enkel* tracht te bereiken wat het Verdrag voor de Commissie (art. 169 EEG) en de Lid-Staten (art. 170 EEG) voorbehoudt, nl. door het Hof te laten vaststellen dat een Lid-Staat zijn verdragsverplichtingen niet nakomt.

Natuurlijk kan de omstandigheid dat de Commissie het recht heeft een Lid-Staat die zijn verdragsverplichtingen niet nakomt voor het Hof te dagen (art. 169 EEG) geen afbreuk doen aan het recht van de particulier deze verplichtingen in te roepen voor de nationale rechter¹⁵. De rechtsbescherming van de particulieren mag immers niet afhangen van de vlijt waarmee de Commissie haar taak — waken over de toepassing van het Verdrag (art. 155 EEG) — uitvoert; het is integendeel vaak juist langs de prejudiciële procedure dat indirect blijkt dat een Lid-Staat zijn verdragsverplichtingen niet nakomt¹⁶: het Hof mag zich

¹¹ De advocaat-generaal zegt in zijn conclusie immers dat de vragen onontkoombaar zouden zijn wanneer de vervoerfirma Danzas in het geding geroepen was: de partijen ten gronde zouden het niet meer eens geweest zijn over de draagwijdte van het gemeenschapsrecht. De aanwezigheid van Danzas in het bodemgeschil zou echter *t.a.v.* het criterium van het Hof — een echt geschil — geen verschil mogen maken.

¹² Uit de Duitse tekst van art. 177 (Der Gerichtshof *entscheidet* ...) heeft men afgeleid dat het Hof (normalerwijze) verplicht is een uitspraak te doen (H. SMIT en P. HERZOG, *The Law of the EEC*, vol. 4, nr. 177.04).

¹³ H.v.J., Milchkontor 29/68, van 24 juni 1969, *Jur.*, 1969, 165.

¹⁴ Men zou kunnen zeggen dat het Hof zich tussen de — voor rechters — klassieke verbodsbepalingen (artt. 4 en 5 B.W., nu artt. 5 en 6 Ger. W.) bevond: met een naar rechtswijering zwemende beslissing heeft het Hof vermeden in feite *enkel* bij wege van algemene en als regel geldende beschikking uitspraak te doen, of zoals het «editorial» van het juninummer van *European Law Review* (1980, p. 166) het formuleerde: «The Court would, in effect, be rendering an advisory opinion.»

¹⁵ H.v.J., van Gend & Loos 26/62, van 5 feb. 1963, *Jur.*, 1963, I.

¹⁶ De beslissing van de Commissie een Lid-Staat voor het Hof te dagen is immers een politieke beslissing, en «het geduld van de Commissie is vaak zeer groot» (P. KAPTEYN, en P. VERLOREN VAN

niet uitspreken over de geldigheid van het nationale recht, maar uit de uitlegging van het gemeenschapsrecht zal de nationale rechter in voorkomend geval de strijdigheid van bepaalde nationale rechtsregels met het gemeenschapsrecht afleiden.

In de hier besproken zaak echter is het Hof van oordeel dat het niet om een echt geschil gaat, m.a.w. dat er geen particulier is die rechtsbescherming nodig heeft, en dat het enige doel van de procedure de (indirecte) veroordeling van een Lid-Staat is. Men zou dan ook kunnen zeggen dat de prejudiciële procedure in casu *afgewend* werd van haar opzet. Zo gezien zou de uitspraak van het Hof in de zaak Foglia enigszins vergelijkbaar zijn met zijn rechtspraak i.v.m. de verhouding tussen het beroep tot schadevergoeding (artt. 178 en 215 EEG) en het beroep tot nietigverklaring (art. 173 EEG): wanneer een beroep tot schadevergoeding er *kennelijk uitsluitend*¹⁷ op gericht is aan de moeilijke ontvankelijkheidsvoorwaarden van een beroep tot nietigverklaring te ontkomen en dus in feite slechts een vermoed beroep tot nietigverklaring is, zal het niet ontvankelijk verklaard worden¹⁸.

7. Toch kunnen tegen deze bijkomende bevoegdheidsvoorwaarde enkele *bezwaren* geformuleerd worden.

Het onderzoek naar het echt zijn van het bodemgeschil impliceert onvermijdelijk een zeker *onderzoek naar de omstandigheden* en feiten. Uit de scheiding van bevoegdheden leidde het Hof tot nog toe af dat het geen onderzoek naar de feiten mag instellen, maar de idee van samenwerking met de nationale rechter bracht het Hof ertoe steeds een grote belangstelling te tonen voor het bodemgeschil, om de nationale rechter een zo nuttig mogelijke uitleg te geven¹⁹. Deze belangstelling voor de casuspositie leidde echter (nog) niet tot het waarden of kwalificeren van de feiten²⁰.

Om uit te maken of het bodemgeschil wel een echt geschil is zal het Hof zich nu daadwerkelijk met de feiten van het bodemgeschil moeten inlaten hoewel het Hof in de procedure op basis van art. 177 geen feitenrechter is. Hierdoor loopt het onderscheid tussen het uitleggen van het ge-

meenschapsrecht (de taak van het Hof) en de toepassing ervan (de taak van de nationale rechter) risico verder²¹ te vervagen.

8. Wil het Hof het criterium «kunstmatig geschil» verder hanteren, dan zal het dit begrip ook *nauwkeuriger* moeten omschrijven. Uit dit arrest blijkt dat hierbij de houding der partijen, de gevolgde procedure en vooral het doel een rol zullen spelen. Maar het is niet zeker dat deze elementen steeds voldoende zullen zijn om het kunstmatig geschil te onderscheiden van de «test-case», waarbij de partijen het eens zijn dat de werkelijke inzet het recht te kennen is i.p.v. de concrete belangentegenstelling van het type-geval.

Niet alleen voor de Pretore te Bra 22 die nu dit geschil zonder een antwoord van het Hof moet beslissen — stelt dit arrest problemen, maar voor iedere rechter die, in een geding waarin zich problemen omtrent de uitlegging van het gemeenschapsrecht voordoen, vermoedt dat het in feite om een kunstmatig geschil gaat. Mag hij dan *zelf oordelen* dat hij geen prejudiciële vraag kan stellen omdat het Hof niet bevoegd zal zijn, of kan alleen het Hof van Justitie zelf dat beoordelen? Voor de hoogste rechters (die bovendien vaak, zoals het Hof van Cassatie, niet in de beoordeling van de zaak zelf mogen treden) doet de vraag zich nog scherper voor; ze zijn immers volgens art. 177, lid 3, in principe verplicht zich tot het Hof te wenden. Daarenboven moet men bedenken dat de nationale rechter, op straffe van rechtsweigering, verplicht is een vonnis te vellen in het bodemgeschil, zij het een kunstmatig geschil, en dat hij in dat vonnis het gemeenschapsrecht zal toepassen zonder de interpretatie van het Hof. Hierdoor zou soms de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht, de voornaamste functie van art. 177, in het gedrang kunnen komen.

Met het arrest Foglia stelt het Hof van Justitie enige beperking aan de liberale bevoegdheidsregels, zonder echter de mogelijkheden die de prejudiciële procedure biedt ernstig aan te tasten. Wellicht is het steeds stijgend aantal zaken niet vreemd aan de wens van het Hof zich enkel met werkelijke betwistingen te moeten inlaten.

Pieter Van Nuffel

THEMAAT, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, 1974, p. 149).

¹⁷ Het feit dat het beroep tot schadevergoeding onder omstandigheden tot een vergelijkbaar resultaat kan leiden is geen grond voor niet-ontvankelijkheid: volgens constante rechtspraak van het Hof zijn die beroepswegen *autonoom* (H.v.J., Schöppenstedt 5/71, van 2 dec. 1971, *Jur.*, 1971, 975; recent: H.v.J., DGV 241, 242, 245-250/78, van 4 okt. 1978, nog niet gepubl.).

¹⁸ KAPTEYN, *op. cit.*, p. 164; L.J. VAN DER BURG, «De niet-contractuele aansprakelijkheid der EG», *S.E.W.*, 1969, 213-214; H.v.J., Schreckenburger 59/65, van 15 dec. 1966, *Jur.*, 1966, 779; conclusie van adv.-gen. Roemer in de voornoemde zaak Schöppenstedt, *Jur.*, 1971, 993; in EGKS-verband: H.v.J., SNUPAT 42/59, van 22 maart 1961, *Jur.*, 1961, 101.

¹⁹ H.v.J., LTM/MBU 56/65, van 30 juni 1966, *Jur.*, 1966, 391. Ook hier stelt men een verschuiving vast: in het LTM/MBU arrest overwoog het Hof «dat het overigens juist is, wanneer de nationale rechter in het belang van een *bruikbare* uitlegging ... duidelijk maakt in verband met welke rechtsvragen 's Hof's interpretatie wordt gevraagd», terwijl het Union Laitière Normande arrest luidde: «de noodzaak tot een *nuttige* uitlegging», en verder «blijkt uit het dossier ...» (H.v.J., 244/78, van 12 juli 1979, *Jur.*, 1979, 2681).

²⁰ H.v.J., Hulst 51/74, van 23 jan. 1975, *Jur.*, 1975, 79.

²¹ Weliswaar is erop gewezen dat het Hof de grens tussen de uitlegging en de toepassing heeft verlegd door het gemeenschapsrecht zeer concreet uit te leggen (zie A.M. DONNER, «Uitlegging en toepassing», in *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, II, 1977, p. 103-125), maar deze jurisprudentie heeft het onderscheid zelf geenszins opgeheven.

²² Wellicht kan de Pretore te Bra zich laten inspireren voor zijn vonnis door de conclusie van de Commissie in deze zaak, die van oordeel was dat het Franse belastingstelsel op likeurwijn discriminerend was ten nadele van ingevoerde likeurwijn, en dus in strijd met art. 95 EEG.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 14 NOVEMBER 1980
Voorzitter-rapporteur: de h. Janssens
Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts
Advocaat: mr. Houtekier

Advocaat — Tucht — 1. Rechten van de mens — Onafhankelijk en onpartijdig rechtscollege — Samenstelling van de raad van de Orde — 2. Hoger beroep — Devolutie — Vervanging van drie straffen door een enkele straf, met overneming van motieven van de eerste rechter — 3. Samenstelling van de raad van de Orde — Meerderheid.

1. Hoewel niet alle bepalingen van art. 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens toepassing vinden in tuchtzaken, is de regel volgens welke het rechtscollege onafhankelijk en onpartijdig moet zijn, een algemeen rechtsbeginsel dat op alle jurisdictionele instanties toepasselijk is.

De raad van de Orde van Advocaten neemt, door toedoen van de stafhouder, kennis van de tuchtzaken, hetzij ambtshalve, hetzij op klacht, hetzij op schriftelijke aangifte door de procureur-generaal. Niemand treedt als vervolgende partij op en de raad zelf vervult niet een dergelijke opdracht.

Uit de enkele omstandigheid dat een rechtscollege geheel of ten dele samengesteld is uit leden die hetzelfde of een gelijkaardig beroep uitoefenen of een zelfde professionele hoedanigheid hebben als de personen die voor hen verschijnen, kan niet worden afgeleid dat het college niet onafhankelijk en onpartijdig is.

2. Niet tegenstrijdig is de beslissing van de tuchtraad van hoger beroep die, kennis nemend van het hoger beroep tegen drie beslissingen die elk een tuchtstraf uitspreken, de redengeving van die beslissingen overneemt, de beslissingen alleen maar vernietigt in zoverre er drie verschillende tuchtstraffen zijn uitgesproken, en in de plaats daarvan een enkele tuchtstraf oplegt. De macht om dit laatste te doen komt aan de tuchtraad van beroep toe, met toepassing van art. 1068 Ger. W., ingevolge de loutere devolutieve kracht van de tegen eindvonnissen ingestelde hogere beroepen.

3. Uit art. 453 Ger. W., luidens hetwelk de raad van de Orde van Advocaten alleen kan beraadslagen en besluiten wanneer de meerderheid van zijn leden aanwezig is, blijkt op algemene wijze dat de beslissingen van die raad, zonder uitsluiting van het geval waarin hij kennis neemt van de in de door de artt. 457 en 470 bedoelde tuchtzaken, regelmatig worden genomen wanneer de meerderheid van de leden aanwezig is.

S.

Gelet op de bestreden beslissing, op 14 februari 1980 gewezen door de Tuchtraad van Beroep van de Orde van Advocaten te Gent;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1, 6, lid 1, 13, 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend op 4 november 1950 te Rome en goedgekeurd door de wet van 13 mei 1955, 95 van de Grondwet, 449, 450, 452, 456, 457, 460, 472, 473, 608 en 614, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek, gewijzigd door de wet van 24 mei 1978,

doordat de beslissing tegen eiser wegens de als bewezen aangenomen tekortkomingen de schrapping van het tableau van de Orde van Advocaten te Gent uitspreekt, op de volgende gronden: de aanvoering dat bij de behandeling van de onderwerpelijke disciplinaire zaken geen scheiding werd toegepast van «vervolgingsorgaan» en beslissend college, is niet relevant; overeenkomstig artikel 457 van het

Gerechtelijk Wetboek neemt de raad van de Orde, door toedoen van de stafhouder, kennis van de tuchtzaken, hetzij ambtshalve, hetzij op klacht, hetzij op schriftelijke aangifte door de procureur-generaal; in de onderwerpelijke tuchtzaken werd dienovereenkomstig te werk gegaan; dat de raad van de Orde de inbeschuldigingstelling formuleert en ter kennis brengt van de betrokken advocaat, is geenszins strijdig met de wettelijke regeling op het stuk van tucht in de balie, evenmin met enigerlei op dit gebied geldend rechtsbeginsel; in wezen is die inbeschuldigingstelling in disciplinaire aangelegenheden een onderdeel van de behandeling van de tuchtzaken door de raad van de Orde, terwijl de totale behandeling tot de bevoegdheid van de raad van de Orde behoort; zij is geen opgelegd onderdeel van de behandeling, doch zij bevordert de vrijwaring van de belangen van de verdediging door een welbepaalde tenlastelegging aan te zeggen; ten slotte dient te worden opgemerkt dat voor de raad van de Orde, optredend in tuchtzaken, geen orgaan van vervolging bestaat; er is geen openbaar ministerie,

terwijl, eerste onderdeel, eiser recht heeft, bij een procedure die geleid heeft tot zijn schrapping van het tableau als advocaat, op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie; dat noch de tuchtraad in eerste aanleg van de advocaten te Gent, uitsluitend samengesteld uit advocaten van deze balie, noch de Tuchtraad van Beroep van de Orde te Gent, samengesteld uit een magistraat, vier advocaten van het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Gent, en een secretaris, aan die vereisten voldoen; vervolgende en beslissende partijen immers één zijn in de tuchtraad in eerste aanleg en de beide raden, bestaande uitsluitend of hoofdzakelijk uit advocaten die tegelijk dezelfde en tegenstrijdige belangen met eiser hebben, noch onafhankelijk noch onpartijdig tegenover eiser zijn (schending van de artikelen 1, 6, lid 1, van het Verdrag, 449, 450, 452, 456, 457, 460, 472 en 473 van het Gerechtelijk Wetboek);

tweede onderdeel, het feit dat eiser ingeschreven is op de lijst van de Orde der Advocaten niet tot gevolg heeft dat enig onderscheid zou mogen worden gemaakt ten opzichte van het genot van de rechten en vrijheden, hem door de Belgische Grondwet en het Verdrag toegekend (schending van de artikelen 1, 6, lid 1, 14 van het Verdrag, 6 en 6bis van de Grondwet);

derde onderdeel, eiser bij het uitoefenen van zijn verhaal geen daadwerkelijke rechtshulp heeft voor een nationale instantie, daar het Hof van Cassatie niet in de beoordeling van de zaken zelf treedt (schending van de artikelen 1, 6, lid 1, 13, 14 van het Verdrag, 95 van de Grondwet, 608 en 614, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek);

Wat het eerste en het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, indien niet alle bepalingen van artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden toepassing vinden in tuchtzaken, de regel echter, volgens welke het rechtscollege onafhankelijk en onpartijdig moet zijn, een algemeen rechtsbeginsel is dat op al de jurisdictionele instanties toepasselijk is;

Overwegende dat het middel stelt dat de raad van de Orde, noch de tuchtraad van beroep onafhankelijke en onpartijdige instanties zijn daar eerstbedoelde uitsluitend, de tweede hoofdzakelijk samengesteld is uit advocaten, die tegelijk dezelfde en tegenstrijdige belangen met eiser heb-

ben; dat de raad van de Orde bovendien tegelijkertijd vervolgende en beslissende partij is;

Overwegende dat de raad van de Orde, overeenkomstig artikel 457 van het Gerechtelijk Wetboek, door toedoen van de stafhouder, kennis neemt van de tuchtzaken, hetzij ambtshalve, hetzij op klacht, hetzij op schriftelijke aangifte door de procureur-generaal; dat niemand als vervolgende partij optreedt en de raad zelf niet een dergelijke opdracht vervult;

Overwegende dat uit de enkele omstandigheid dat een rechtscollège geheel of ten dele is samengesteld uit leden die hetzelfde of een gelijkaardig beroep uitoefenen, of nog een zelfde professionele hoedanigheid hebben als de personen die voor hen verschijnen, niet kan worden afgeleid dat dit college niet onafhankelijk en onpartijdig is; dat een dergelijk gevolg evenmin kan worden gehecht aan de door het middel niet nader gepreciseerde bewering dat, nu die leden advocaten zijn, zij tegelijk dezelfde en tegenstrijdige belangen met eiser hebben;

Dat het onderdelen niet kunnen worden aangenomen;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat, zoals uit het antwoord op de eerste twee onderdelen blijkt en hoewel het Hof niet in de beoordeling van de zaken zelf treedt, eiser een daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie heeft kunnen genieten;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

Over het derde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 2, 1068, 1071, 1072 van het Gerechtelijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat de bestreden beslissing, na de beroepen beslissingen vernietigd te hebben, opnieuw recht doende, tegen eiser wegens de als bewezen aangenomen tekortkomingen de schrapping van het tableau van de Orde van Advocaten te Gent uitspreekt;

terwijl, eerste onderdeel, de bestreden uitspraak nagelaten heeft, na de beslissingen a quo te hebben vernietigd, deze zaken bij evocatie te behandelen (schending van de artikelen 2, 1068, 1071 en 1072 van het Gerechtelijk Wetboek);

tweede onderdeel, het tegenstrijdig is, enerzijds, de beslissingen a quo te vernietigen en, anderzijds, hun motieven goed te keuren en als overgenomen te beschouwen; diensgevolge de beslissingen a quo toch niet vernietigd zijn; het daarbij niet uit te maken is of de gehele motivering van alle beslissingen overgenomen werd of enkel die welke op de punten betrekking heeft waaronder zulks wordt geschreven; onder nr. 5 de uitspraak immers alle motieven schijnt over te nemen terwijl dit onder nr. 7 wordt tegengesproken; deze motivering onduidelijk is (schending van artikel 97 van de Grondwet):

Overwegende dat luidens de vaststellingen van de bestreden beslissing de tuchtraad van beroep kennis nam van de hogere beroepen door eiser ingesteld tegen drie verschillende tuchtrechtelijke beslissingen door de raad van de Orde van Advocaten te Gent, respectievelijk op 29 augustus 1978 (zes maanden schorsing), op 15 november 1978 (één maand schorsing) en op 17 mei 1979 (schrapping van het tableau) gewezen; dat, ingaande op het incidenteel hoger beroep van de procureur-generaal, de tuchtraad van beroep de zaken die het voorwerp uitmaken van de drie beroepen beslissingen samenvoegt en één enkele tuchtschorsing

uitspreekt, met name de schrapping van het tableau;

Overwegende dat de bestreden beslissing vaststelt: «de tenlasteleggingen van de zaken, die het voorwerp uitmaken van de drie beroepen beslissingen, zijn uit de overgelegde stukken en uit het onderzoek en de behandeling door de Tuchtraad van Beroep bewezen gebleven, zoals zij als bewezen werden aangenomen door de raad van de Orde. De redengeving van die beslissingen wordt door de Tuchtraad van Beroep uitdrukkelijk overgenomen. Ondanks de vernietiging van de aangevochten beslissingen, die hierna in het beschikkende gedeelte wordt uitgesproken, acht de Tuchtraad van Beroep de redengevingen waarop de beslissingen steunen voor alhier overgenomen herhaald»;

Overwegende dat de bestreden beslissing aldus zonder enige tegenstrijdigheid aanduidt dat zij de drie beroepen beslissingen alleen vernietigt in zoverre er aldus drie verschillende tuchtschorsingen werden uitgesproken, en zij, opnieuw recht doende, in de plaats daarvan een enkele tuchtschorsing oplegt; dat deze macht aan de Tuchtraad van Beroep toekwam, met toepassing van artikel 1068 van het Gerechtelijk Wetboek, ingevolge de loutere devolutieve kracht van de tegen eindvonnissen ingestelde hogere beroepen;

Overwegende dat uit de zoëven aangehaalde vaststellingen blijkt dat de bestreden beslissing de redengevingen van de drie beroepen beslissingen overneemt; dat desbetreffend geen onduidelijkheid ontstaat wanneer de bestreden beslissing, bij het onderzoek van de zaak die het voorwerp uitmaakte van de beroepen beslissing van 15 november 1978, vermeldt dat de opwerpingen van eiser naar behoren werden weerlegd in de motivering van laatstbedoelde beslissing, en dat de Tuchtraad van Beroep die motivering overgenomen en herhaald acht;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1, 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend op 4 november 1950 te Rome en goedgekeurd door de wet van 13 mei 1955, 2, 449, 451, §2, vierde lid, 453, 458, 460, 473 en 779 van het Gerechtelijk Wetboek, en van het algemeen rechtsbeginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging,

doordat de beslissing tegen eiser wegens de als bewezen aangenomen tekortkomingen de schrapping van het tableau van de Orde van Advocaten te Gent uitspreekt op grond: dat ten onrechte opgeworpen wordt dat de raad van de Orde niet voltallig was of onvoldoende was samengesteld bij het treffen van sommige van de thans aangevochten beslissingen; overeenkomstig artikel 453 van het Gerechtelijk Wetboek kan de raad van de Orde beraadslagen en besluiten wanneer de meerderheid van zijn leden aanwezig is; uit de overgelegde stukken blijkt dat die meerderheid aanwezig was bij elk van de drie aangevochten beslissingen; voor de behandeling en berechting van de tuchtzaken geldt de regel van artikel 453 van het Gerechtelijk Wetboek; de bewering van eiser dat de «meerderheidsvorming» in het gedrang komt wanneer de raad van de Orde niet voltallig is bij disciplinaire beslissingen, is niet relevant, nu artikel 453 van het Gerechtelijk Wetboek geen hogere aanwezigheid vereist dan de meerderheid van de leden en diensgevolge binnen die aanwezigheid de meerderheidsvorming ten aanzien van een beslissing — zij het op het stuk van tucht — als geldig aanvaardt,

terwijl, eerste onderdeel, eiser uitdrukkelijk staande

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 27 MEI 1980

Voorzitter: baron Richard

Raadsheer-rapporteur: de h. Boon

Advocaat-generaal: de h. Krings

Advocaat: mr. Carsau

Voorlopige hechtenis — Hoger beroep — Termijn van behandeling — Uitstel.

De in het voorlaatste lid van art. 20 van de wet op de voorlopige hechtenis gestelde termijn van vijftien dagen gedurende welke de stand van zaken ongewijzigd blijft tot dat over het hoger beroep is beslist, wordt krachtens het laatste lid geschorst tijdens de duur van het uitstel dat op verzoek van de verdediging wordt verleend.

Dit laatste lid, dat alleen het uitstel bedoelt waarom in voorkomend geval door de verdediging wordt verzocht met het oog op haar verweer, heeft geen betrekking op enig uitstel ten behoeve van het hof van beroep.

Nu die wetsbepalingen van openbare orde zijn, kunnen noch de louter ten behoeve van de uitspraak door de verdachte gedane afstand van de termijn, noch de vermelding dat het op het verzoek van de verdachte is dat de uitspraak na het verstrijken van de termijn van vijftien dagen zal volgen, meebrengen dat die termijn wettig wordt verlengd.

S.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 april 1980 door het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling, gewezen;

I. Wat de voorziening van eiser betreft:

Overwegende dat eiser ingevolge arrest van 13 mei 1980 van het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling, in voorlopige vrijheid werd gesteld; dat derhalve de voorziening geen reden van bestaan meer heeft;

II. Wat de voorziening betreft die door de procureur-generaal op de zitting werd ingesteld, overeenkomstig artikel 442 van het Wetboek van Strafvordering:

Over het middel, afgeleid uit de schending van artikel 20, voorlaatste en laatste lid, van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis,

doordat het arrest op 22 april 1980 werd gewezen, terwijl de door artikel 20, voorlaatste lid, van genoemde wet bepaalde termijn van vijftien dagen was overschreden; het hoger beroep immers werd ingesteld op 4 april 1980; het verslag, de vordering van het openbaar ministerie, de neerlegging van de conclusies en de pleidooien, met sluiting van de debatten, plaatsvonden op 18 april 1980; het proces-verbaal van de terechtzitting van 18 april 1980 vermeldt dat verdachte, samen met zijn raadsman, ermee akkoord gaat dat de zaak voor uitspraak wordt uitgesteld en dat het hof van beroep, op verzoek van verdachte, de zaak in beraad houdt en arrest zal verlenen op 22 april 1980:

Overwegende dat artikel 20 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis, gewijzigd door de wet van 25 juli 1959, in zijn voorlaatste lid bepaalt: «De zaken blijven

hield, zonder op dit punt te worden tegengesproken, dat hij in eerste aanleg telkenmale gesanctioneerd was door een onvolledig samengestelde tuchtraad met een wisselende meerderheid, dat dientengevolge de hem opgelegde sancties niet regelmatig waren daar in tuchtzaken de raad als rechtsprekend college volledig en in alle geval met hetzelfde aantal leden moet zetelen en vonnissen; artikel 453 van het Gerechtelijk Wetboek de tuchtraden als dusdanig niet vermeldt en er niet op toepasselijk is (schending van de artikelen 2, 449, 451, § 2, vierde lid, 453, 458, 460, 473 en 779 van het Gerechtelijk Wetboek);

tweede onderdeel, de wisselende en onvolledige samenstelling van de tuchtraad in eerste aanleg de eerlijkheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid van deze instantie niet waarborgt en de rechten van de verdediging van eiser daardoor miskend worden (schending van de artikelen 1, 6, lid 1, van het Verdrag en van het algemeen rechtsbeginsel);

derde onderdeel, de bestreden sententie herhaaldelijk de motivering van de beslissingen van de tuchtraad in eerste aanleg goedkeurt en als uitdrukkelijk overgenomen beschouwt, zodat zij door dezelfde gebreken aangetast is (schending van alle bepalingen en van het algemeen rechtsbeginsel):

Wat het eerste en het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat, in zoverre de onderdelen de schending aanvoeren van de artikelen 451, § 2, vierde lid, en 458 van het Gerechtelijk Wetboek, die bepalingen geen verband houden met de aangevoerde grieven;

Overwegende dat, voor het overige, uit artikel 453 van het Gerechtelijk Wetboek, luidens hetwelk de raad van de Orde alleen kan beraadslagen en besluiten wanneer de meerderheid van zijn leden aanwezig is, op algemene wijze blijkt dat de beslissingen van die raad, zonder uitsluiting van het geval waarin hij kennis neemt van de in de door de artikelen 457 en 460 van hetzelfde wetboek bedoelde tuchtzaken, regelmatig worden genomen wanneer de meerderheid van de leden aanwezig is;

Overwegende dat de bestreden beslissing, die vaststelt dat bij elk van de drie beroepen beslissingen de meerderheid van de leden van de raad van de Orde aanwezig is, derhalve wettig de opwerping van eiser van de hand wijst dat de raad van de Orde niet voltallig was, of onvoldoende was samengesteld en dat hierdoor de «meerderheidsvorming in het gedrang zou zijn gekomen»;

Dat de onderdelen niet kunnen worden aangenomen;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat noch uit de bestreden beslissing, noch uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat eiser voor de Tuchtraad van Beroep in verband met de samenstelling van de raad van de Orde een andere opwerping zou hebben gedaan dan die welke in het antwoord op het eerste en het derde onderdeel is aangehaald;

Overwegende dat het onderdeel, in zoverre het stelt dat eisers rechten van verdediging door die beweerdte niet-voltallige of onvoldoende samenstelling zouden geschonden zijn, nieuw en derhalve niet ontvankelijk is;

(...)

zoals ze zijn totdat over het beroep is beslist, voor zover dit geschiedt binnen vijftien dagen na de voorziening in hoger beroep; zodra deze termijn is verstreken, wordt de verdachte in vrijheid gesteld», en in zijn laatste lid: «Deze termijn wordt geschorst tijdens de duur van het uitstel dat op verzoek van de verdediging wordt verleend»;

Overwegende dat laatstgenoemde wetsbepaling werd ingevoerd met het oog op het uitstel waarom in voorkomend geval door de verdediging wordt verzocht met het oog op haar verweer; dat zij niet beoogt een uitstel ten behoeve van het hof van beroep; dat de verdediging geen belang heeft bij een verlenging van de termijn louter ten behoeve van de uitspraak; dat, nu de bedoelde wetsbepalingen van openbare orde zijn, noch de louter ten behoeve van de uitspraak door de verdachte gedane afstand van de termijn, noch de vermelding dat het op het verzoek van verdachte is dat de uitspraak na het verstrijken van de termijn van vijftien dagen zal volgen, van die aard kunnen zijn, dat ze de door het voorlaatste lid van artikel 20 bepaalde termijn wettig kunnen verlengen;

Dat het hof van beroep na 19 april 1980 zonder beslissingsbevoegdheid was, daar verdachte bij het verstrijken van die datum in vrijheid diende te worden gesteld;

Om die redenen, beslissende over de voorziening van eiser, verworpt de voorziening en veroordeelt eiser in de kosten; beslissende over de voorziening van de procureur-generaal, vernietigt het bestreden arrest doch enkel in het belang van de wet; beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de vernietigde beslissing; zegt dat er geen aanleiding is tot verwijzing.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 22 SEPTEMBER 1980

Voorzitter: de h. Gerniers

Raadsheer-rapporteur: de h. Mahillon

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Feestdagen — Feestdag die samenvalt met een zondag of met een gewone inactiviteitsdag — Vervanging — Gewone activiteitsdag — Werknemer met onvolledige dienstbetrekking die normaal geen arbeid verricht op een vervangingsdag.

Onder gewone activiteitsdag, die een feestdag welke samenvalt met een zondag of een gewone inactiviteitsdag vervangt, moet worden verstaan de dag waarop door een werknemer met een volledige dienstbetrekking ingevolge de geldende arbeidstijdregeling normaal wordt gewerkt.

De werknemer met een onvolledige dienstbetrekking, die op een vervangingsdag wegens de aard van zijn dienstbetrekking normaal geen arbeid verricht, heeft geen aanspraak op een andere vervangingsdag.

H. t/ N. V. P.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

De voorziening stelt de interpretatie van de term «gewone activiteitsdag» in artikel 6 van de Feestdagenwet aan

de orde. Luidens dit artikel wordt de feestdag die met een zondag of een gewone inactiviteitsdag samenvalt, door een gewone activiteitsdag vervangen.

Eiseres voert aan dat in strijd met wat de arbeidsrechtbank beslist, die term niet «als een collectief gegeven op het vlak van de onderneming» moet worden geïnterpreteerd, maar «een individueel gegeven voor iedere werknemer» is.

Wanneer men de toestand van een werknemer met een volledige dienstbetrekking in aanmerking neemt, heeft eiseres ongetwijfeld gelijk.

Is de vervangingsdag vastgesteld door de Nationale Arbeidsraad voor het hele land of, door het paritair comité voor een bepaalde bedrijfstak, dan kan die dag samenfallen met een dag waarop in de onderneming nooit gewerkt wordt, omdat aldaar een andere arbeidstijdregeling wordt toegepast, bijvoorbeeld omdat wel de zaterdag maar niet de maandag wordt gewerkt. Het is ook mogelijk dat in de onderneming een bijzondere regeling voor bepaalde categorieën van werknemers geldt, zodat zelfs een vervangingsdag die door de ondernemingsraad voor het eigen bedrijf is vastgesteld, kan samenfallen met een vrije dag voor een gedeelte van het personeel. In de toekomst is het evenmin uitgesloten dat sommige ondernemingen of bedrijfstakken de vierdagenweek toepassen. Zolang die verkorting van de arbeidsduur niet veralgemeend is, kan het vaststellen van een vervangingsdag voor alle ondernemingen van de bedrijfstak of voor alle werknemers van het bedrijf tot gevolg hebben dat sommige werknemers op die dag reeds vrij zijn krachtens hun specifieke arbeidstijdregeling.

In alle voornoemde gevallen is er geen reden om het recht op een andere vervangingsdag aan die werknemers te ontfemen.

Tijdens de voorbereiding van de Feestdagenwet heeft de minister in de Senaatscommissie verklaard en in de Kamercommissie herhaald dat de gewone inactiviteitsdag «iedere dag kan zijn behalve vanzelfsprekend de zondag, naar gelang van de organisatie van het werk in de onderneming of de bedrijfstak. In sommige ondernemingen is die dag wellicht niet dezelfde voor alle werknemers»¹.

Ten aanzien van het begrip «gewone activiteitsdag» geldt een analoge redenering: die dag kan verschillen naar gelang van de arbeidstijdregeling, niet alleen van onderneming tot onderneming, maar zelfs van werknemer tot werknemer in een zelfde bedrijf.

Is dan een vervangingsdag vastgesteld op een dag die in een bepaalde onderneming of voor een bepaalde werknemer geen dag is waarop normaal wordt gewerkt, dan is voor die onderneming of voor die werknemer niet voldaan aan het wettelijk vereiste dat de feestdag die op een zondag of een gewone inactiviteitsdag valt, door een gewone *activiteitsdag* moet worden vervangen. De werknemers die op de vastgestelde vervangingsdag normaal geen arbeid verrichten, hebben dus aanspraak op een andere vervangingsdag. En dat is ook het geval, wanneer die dag door de ondernemingsraad — of in overleg — voor de eigen onderneming is vastgesteld, maar bepaalde werknemers ingevolge een bijzondere arbeidstijdregeling op die dag reeds vrij zijn.

¹ Senaat, 1973-1974, *Gedr. St.* nr. 10, blz. 4; Kamer, 1973-1974, *Gedr. St.* nr. 709/2, blz. 3.

Vraag is echter of die regel ook geldt voor een werknemer die op de vervangingsdag geen arbeid verricht omdat hij een *onvolledige* dienstbetrekking heeft.

Noch de tekst noch de voorbereiding van de wet in de Nationale Arbeidsraad of in het Parlement geven een antwoord op die vraag. Kennelijk is het vraagstuk de wetgever ontgaan. Het antwoord moet dus worden gezocht in de opzet van de betrokken regeling.

De vervanging van een feestdag die op een zondag valt, werd ingevoerd door de wet van 30 december 1950. De memorie van toelichting bij de wet van 4 januari 1974 merkt op dat in 1950 «de verdeling van de wekelijkse arbeidsduur over zes dagen nog vrijwel algemeen» was. «In de grote meerderheid van de gevallen maakte de zondag aldus de enige gewone inactiviteitsdag van de werknemer uit.

De door de wetgever verleende waarborg strekte er aldus wezenlijk toe iedere feestdag welke met de normale dag van inactiviteit samenviel, te vergoeden. Dit oogmerk lijkt overeenkomstig de inmiddels ingetreden sociale evolutie, met name de veralgemende vijfdagenweek, geactualiseerd te moeten worden»².

Deze toelichting toont, dacht ik, duidelijk aan dat het ten deze toepasselijke artikel 6 van de wet van 4 januari 1974 alleen beoogt te voorkomen dat een feestdag verloren gaat ingevolge de geldende arbeidstijdregeling. Aanvankelijk was dit alleen mogelijk als de feestdag op een zondag viel; thans kan dat algemeen ook op een vrije dag in de week zijn als gevolg van de verkorting van de wekelijkse arbeidsduur. Om die feestdag niet verloren te doen gaan, moet hij vervangen worden door een dag waarop in diezelfde arbeidstijdregeling normaal wordt gewerkt.

Wanneer nu een feestdag of een regelmatig vastgestelde vervangingsdag valt op een dag waarop een werknemer met een volledige dienstbetrekking normaal wel, maar die met een onvolledige dienstbetrekking normaal niet werkt, verliest deze laatste die vrije dag niet als gevolg van de arbeidstijdregeling — de zondagsrust of de verkorting van de arbeidsduur —, maar omdat hij zich niet tot het verrichten van arbeid op die dag heeft verbonden; de reden van het verlies ligt dus in de aard van zijn dienstbetrekking.

Houdt men rekening met het onderscheidingscriterium, dan komt men tot de volgende regeling voor de werknemer met een onvolledige dienstbetrekking. Hij heeft recht op de feestdagen die vallen op een dag, waarop hij krachtens zijn arbeidsovereenkomst ingevolge de geldende arbeidstijdregeling arbeid verricht; bijvoorbeeld op een maandag voor een werknemer die, zoals eiseres, de eerste vier dagen van de week werkt. Hij heeft geen recht op de feestdagen die vallen op een dag waarop hij krachtens zijn arbeidsovereenkomst niet tewerkgesteld is, in het gegeven voorbeeld de vrijdag. Wat de feestdagen betreft die vallen op een zondag of op een dag waarop de werknemers met een volledige dienstbetrekking normaal geen arbeid verrichten, geldt de vervangingsdag zonder onderscheid voor de werknemers met een volledige en die met een onvolledige dienstbetrekking. Deze laatsten hebben dus aanspraak op de vervangingsdag, wanneer hij valt op een dag waarop zij krachtens hun arbeidsovereenkomst ingevolge de arbeidstijdregeling normaal arbeid verrichten; zij hebben er geen

aanspraak op, wanneer hij valt op een dag waarop zij krachtens hun arbeidsovereenkomst niet tewerkgesteld zijn. Voor de vervangingsdagen geldt dus dezelfde regel als voor de eigenlijke feestdagen.

Gaat het nu om een werknemer die een onvolledige dienstbetrekking heeft omdat hij geen volledige dagtaak heeft — bijvoorbeeld omdat hij maar halve dagen werkt —, dan geldt dezelfde regeling, maar dan zal voor de feestdagen en vervangingsdagen waarop hij aanspraak heeft, maar loon worden betaald in verhouding tot «het aantal verloren arbeidsuren», zoals artikel 3 van het koninklijk besluit van 18 april 1974 uitdrukkelijk voorschrijft. Moest men de stelling van eiseres volgen, dan zou de part-time-werker die op een feestdag of vervangingsdag helemaal niet werkt, aanspraak hebben op loon voor een volledige arbeidsdag, terwijl de part-timer die op diezelfde dag normaal een halve dag werkt, maar de helft van het dagloon ontvangt. Dit illustreert wel duidelijk dat de stelling van eiseres leidt tot een weinig coherente toepassing van de feestdagenwetgeving op de werknemers met een onvolledige dienstbetrekking.

Overeenkomstig de opzet van die wetgeving moet worden aangenomen dat dezen geen aanspraak op een andere vervangingsdag — of het daarmee overeenstemmende loon — hebben, wanneer zij op die regelmatig vastgestelde vervangingsdag krachtens hun arbeidsovereenkomst niet tewerkgesteld zijn.

Het vonnis stelt vast dat eiseres als deelarbeidster op de vervangingsdag niet werkte. Dit volstaat om de beslissing wettig te verantwoorden.

En dan is het zonder belang dat de arbeidsrechtbank in te absolute bewoordingen heeft gesteld dat de term «gewone activiteitsdag» als «een collectief gegeven op het vlak van de onderneming» moet worden geïnterpreteerd, zoals eiseres aanvoert.

Conclusie: verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden vonnis, op 21 juni 1979 door de Arbeidsrechtbank te Hasselt in laatste aanleg gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1, 4, 6 en 14 van de wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen,

doordat, na te hebben vastgesteld dat de wettelijke feestdag van 1 mei 1977, die met een zondag samenviel, bij beslissing van de ondernemingsraad van verweerster werd vervangen door vrijdag 20 mei 1977 en dat eiseres, die slechts de eerste vier dagen van de week werkte en nooit op vrijdag, deze feestdag niet betaald kreeg en ook geen andere vervangingsdag genoot, de arbeidsrechtbank de vordering van eiseres welke ertoe strekte verweerster te horen veroordelen tot het betalen van de som van 1.052 fr., ongegrond verklaart, op grond dat de termen «gewone activiteitsdag» en «gewone inactiviteitsdag», die voorkomen in artikel 6 van de wet betreffende de feestdagen, dienen te worden geïnterpreteerd als een collectief gegeven op het vlak van de onderneming en dat vrijdag 20 mei 1977 een gewone activiteitsdag in de onderneming van verweerster was,

terwijl de feestdag die met een zondag of een gewone inactiviteitsdag samenvalt, door een gewone activiteitsdag wordt vervangen en de gewone activiteitsdag en de gewone inactiviteitsdag een individueel gegeven zijn voor iedere

² Senaat, 1972-1973, *Gedr. St.* nr. 416, blz. 4.

werknemer, zodat de arbeidsrechtbank, door te beslissen dat de termen «gewone activiteitsdag» en «gewone inactiviteitsdag» in de wet betreffende de feestdagen dienen te worden geïnterpreteerd als een collectief gegeven op het vlak van de onderneming, de in het middel vermelde wetsbepalingen schendt:

Overwegende dat artikel 6 van de wet van 4 januari 1974 bepaalt: «Wanneer een feestdag met een zondag of een gewone inactiviteitsdag samenvalt, wordt hij door een gewone activiteitsdag vervangen»;

Dat onder «gewone activiteitsdag» moet worden verstaan de dag waarop door een werknemer met een volledige dienstbetrekking ingevolge de geldende arbeidstijdregeling normaal wordt gewerkt;

Dat de werknemer met een onvolledige dienstbetrekking, die op een vervangingsdag wegens de aard van zijn dienstbetrekking normaal geen arbeid verricht, geen aanspraak heeft op een andere vervangingsdag;

Overwegende dat het vonnis vaststelt: dat de wettelijke feestdag van 1 mei 1977 op een zondag viel en dat hij werd vervangen door vrijdag 20 mei 1977; dat de vrijdag in de onderneming van verweerster in het algemeen een gewone activiteitsdag was; dat eiseres echter maar part-time in de onderneming, met name van maandag tot donderdag, en nooit op een vrijdag werkte;

Dat deze vaststellingen de beslissing wettelijk verantwoord zijn; dat de in het middel bekritiseerde overweging van het vonnis geen invloed heeft op de wettigheid van de beslissing;

Dat het middel bij gebrek aan belang niet ontvankelijk is;
Om die redenen, verwerpt de voorziening.

HOF VAN CASSATIE

1^e KAMER — 5 SEPTEMBER 1980

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur: de h. Sury

Advocaat-generaal: de h. Ballet

Advocaten: mrs. Houtekier en De Bruyn

Verzekering — Motorrijtuigen — Ongeval veroorzaakt door grove schuld van de verzekerde — Ogenblik van ontstaan van verbintenis van verzekeraar tegenover getroffene en van ontstaan van recht op terugvordering ten aanzien van de verzekerde.

Een autobestuurder veroorzaakte in 1968 in dronken toestand een ongeval. Zijn verzekeraar betaalde in 1973, op grond van een vonnis, de aan de getroffene toekomende vergoeding uit. Op regresvordering van de verzekeraar werd de verzekerde tot terugbetaling veroordeeld. De tussen de bestuurder en zijn echtgenote bestaande huwelijks-goederengemeenschap werd in 1971 door het overlijden van de echtgenote ontbonden.

Op het ogenblik van het ongeval was de verzekeraar tegenover de getroffene tot schadevergoeding gehouden. Op hetzelfde ogenblik was de verzekerde op grond van de verzekeringsovereenkomst en van zijn grove schuld gehouden tot terugbetaling van alle bedragen die de verzekeraar later zou moeten uitkeren aan de getroffene.

Op de enkele gronden dat de huwelijksgoederengemeenschap ontbonden was voordat de verzekeraar had betaald en dat de schuld van de verzekeraar bij die ontbinding nog niet eisbaar was geworden, kan niet wettig worden beslist dat de verzekeraar geen verhaal heeft tegen de erfgenamen van de echtgenote van de verzekerde.

N.V. E. t/ K. en H.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 januari 1979 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1130, 1134, 1135, 1165, 1168, 1181, 1185, 1409, 2^o (oud), van het Burgerlijk Wetboek, 23, 24 van het Gerechtelijk Wetboek, 16 van de wet van 11 juni 1874 op de verzekeringen, die titel X van het boek I van het Wetboek van Koophandel vormt, en 11, lid 2, van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen.

doordat het arrest de door eiseres ingestelde vordering tot betaling van een bedrag van 526.588fr. verwerpt op grond: dat het ten deze niet dienend is dat eiseres bij dagvaarding van 25 maart 1970 een verhaal uitoefende tegen Felix K. met betrekking tot reeds uitbetaalde en in de toekomst nog uit te betalen bedragen, aangezien zij deze slechts kon opvorderen na ze op grond van een haar tegenwerpelijke rechterlijke beslissing te hebben uitbetaald, wat geschiedde op 15 mei 1973; dat de schuld van de verzekerde tegenover de verzekeraar niet is ontstaan op het ogenblik van het ongeval, zoals reeds werd beslist tussen partijen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt, en dat eiseres zich tevergeefs beroept op het ontstaan van een recht op verhaal tijdens de huwelijksgoederengemeenschap bestaande tussen haar verzekerde en zijn echtgenote, recht dat zou zijn onderworpen aan een tijdsbepaling, zijnde de betaling van de verzekeraar aan de benadeelde; dat eiseres trouwens toegeeft dat deze persoonlijke schuld van de man geenszins zeker en eisbaar was vóór de ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap wegens het overlijden van de vrouw,

terwijl, eerste onderdeel, Felix K. zich bij het tijdens de gemeenschap met eiseres gesloten verzekeringscontract verbonden had, in geval van grove fout, de door eiseres aan derden betaalde schadevergoeding terug te betalen; de door eiseres teruggevoerde som van 526.588fr. deel uitmaakt van de vergoeding die door eiseres van Felix K., wegens de door hem bij het ongeval van 2 augustus 1968 begane zware fout werd teruggevorderd, zodat Felix K. zich tijdens de gemeenschap verbonden had deze bedragen terug te betalen en de schuld derhalve tot het passief der gemeenschap, die slechts op 13 juli 1971 ontbonden werd, behoorde (schending van de artikelen 1134, 1135, 1165, 1409, 2^o (oud), van het Burgerlijk Wetboek, 16 van de wet van 11 juni 1874, en 11, lid 2, van de wet van 1 juli 1956);

tweede onderdeel, het feit dat de schuld van Felix K. ten bedrage van 526.588fr. op het ogenblik van de ontbinding van de gemeenschap nog niet zeker en eisbaar was, daar eiseres dit bedrag slechts op 15 mei 1973 aan het slachtoffer van het ongeval had uitbetaald, niets afdoet aan het feit dat Felix K. zich voor de ontbinding der gemeenschap verbonden had deze schuld terug te betalen en, deze verbintenis, ten gevolge van zijn op 2 augustus 1968 begane zware fout, vóór de ontbinding der gemeenschap ontstaan was, zodat ook het bedrag van 526.588fr. tot het passief van de ge-

meenschap behoort (schending van de artikelen 1130, 1134, 1135, 1165, 1168, 1181, 1185 en 1409, 2° (oud), van het Burgerlijk Wetboek);

derde onderdeel, het vonnis van 29 juni 1976 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt, waardoor beslist werd de zaak naar de Rechtbank van Leuven te verwijzen, geen eindvonnis is en derhalve geen gezag van gewijsde heeft; daarbij het feit, dat de kwestieuze schuld na de ontbinding van de gemeenschap ontstaan zou zijn, er zich geenszins tegen verzet dat Felix K. zich er vroeger toe verbonden heeft ze te betalen (schending van de artikelen 23, 24 van het Gerechtelijk Wetboek, 1134, 1135, 1165 en 1409, 2° (oud), van het Burgerlijk Wetboek);

Overwegende dat geen middel wordt aangevoerd in zoverre het arrest verweerder buiten de zaak stelt omdat hij geen erfgenaam is; dat de voorziening gericht tegen verweerder enkel kan gelden als oproeping tot bindendverklaring van het te wijzen arrest, zoals trouwens door eiseres in ondergeschikte orde wordt gevraagd;

Wat de eerste twee onderdelen betreft:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de door eiseres tegen verweerder gevorderde som door haar aan de getroffen, op grond van een gerechtelijke beslissing, op 15 mei 1973 werd uitbetaald, terwijl de tussen de vader en de moeder van verweerder bestaande huwelijksgoederengemeenschap door het overlijden van haar moeder op 17 maart 1971 werd ontbonden;

Overwegende dat op het ogenblik van het ongeval de verzekeraar tegenover de gelaedeerde partij gehouden was tot schadevergoeding; dat op hetzelfde ogenblik Felix K. op grond van de verzekeringsovereenkomst en van zijn grove fout gehouden was tot terugbetaling van alle bedragen die de verzekeraar later zou moeten uitkeren aan de gelaedeerde partij;

Overwegende dat, zo weliswaar de verzekeraar pas later, na gerechtelijke beslissing die de schade heeft vastgesteld, tot betaling aan de gelaedeerde is overgegaan, zulks niet wegneemt dat zijn recht op terugvordering ten aanzien van zijn verzekerde en de correlatieve verbintenis van deze laatste reeds bij het ongeval is ontstaan, dus vóór het overlijden van de echtgenote van K.;

Overwegende dat op de enkele gronden dat de huwelijksgoederengemeenschap was ontbonden voordat eiseres had betaald en dat de schuld van de verzekerde bij die ontbinding nog niet eisbaar was geworden, het arrest niet wettig beslist dat eiseres geen verhaal heeft tegen verweerder;

Dat de onderdelen gegrond zijn;

Om die redenen, vernietigt het bestreden arrest behalve in zoverre het hoger beroep ontvankelijk wordt verklaard; beveelt dat melding van onderhavig arrest zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing; houdt de kosten aan en zegt dat de feitenrechter erover zal beslissen; verklaart het thans gewezen arrest bindend voor verweerder René H.; verwijst de aldus beperkte zaak naar het Hof van Beroep te Gent.

NOOT—Bovenstaand arrest vernietigt Hof Brussel, 11 januari 1979, R.W., 1978-79, 2379.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 30 JUNI 1980

Voorzitter-rapporteur: de h. Legros

Advocaat-generaal: de h. Ballet

Advocaten: mrs. Steffens en Claeys Bouuaert

Taalgebruik — In bestuurszaken — Inkomstenbelastingen — Te Eupen opgemaakte aanslagen — Beslissing van de directeur in het Frans — Nietig.

De directeur der directe belastingen van de provincie Luik heeft een voor het hof van beroep bestreden beslissing in het Frans gewezen; de litigieuze aanslagen waren opgenomen in de kohieren die waren opgemaakt door de gemeente Eupen waar de belastingplichtige zijn woonplaats had.

Wanneer de provinciale directeur der belastingen uitspraak doet over een bezwaarschrift tegen een aanslag over een bezwaarschrift inzake inkomstenbelastingen, verzekert hij een gewestelijke dienst in de zin van art. 32 van de gecoördineerde wetten op het gebruik der talen in bestuurszaken. Krachtens de artt. 4 en 5 behoort de gemeente Eupen tot het Duitse taalgebied. Op grond van de artt. 34, § 1, en 36, § 1, laatste lid, moest de beslissing van de directeur in het Duits gesteld zijn.

K. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 13 juni 1979 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de bij het koninklijk besluit van 18 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, inzonderheid van de artikelen 17, 32 tot 37, 39 tot 42 en 58,

doordat het arrest beslist dat de in het Frans gestelde beslissing van de directeur der directe belastingen niet nietig is,

terwijl voor deze beslissing het Duits moest worden gebruikt vanwege het feit dat eiser zijn bezwaarschrift in die taal had ingediend, aangezien voor de administratieve rechtscolleges dezelfde regelen inzake taalgebruik gelden als voor het centraal bestuur en de in het middel aangehaalde bepalingen die van openbare orde zijn, de centrale diensten op straffe van nietigheid voorschrijven de zaken te behandelen in de taal van de particulier die ze bij hen heeft ingeleid;

Overwegende dat uit het arrest blijkt dat de directeur der directe belastingen van de provincie Luik de voor het hof van beroep bestreden beslissing in het Frans heeft gewezen en dat de litigieuze aanslagen waren opgenomen in de kohieren, die waren opgemaakt door de gemeente Eupen waar eiser zijn woonplaats had;

Overwegende dat, wanneer de provinciale directeur der belastingen uitspraak doet over een bezwaarschrift tegen een aanslag inzake inkomstenbelastingen, hij een gewestelijke dienst verzekert in de zin van artikel 32 van de bij het koninklijk besluit van 18 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik der talen in bestuurszaken;

Dat de gemeente Eupen weliswaar gelegen is in de provincie Luik die deel uitmaakt van het Franse taalgebied,

doch krachtens de artikelen 4 en 5 van bedoelde wetten behoort tot het Duitse taalgebied;

Dat op grond van de artikelen 34, § 1, en 36, § 1, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op het taalgebruik in bestuurszaken (koninklijk besluit van 18 juli 1966) de beslissing van de directeur in het Duits moest zijn gesteld;

Overwegende dat eiser voor het hof van beroep de nietigheid van de beslissing heeft aangevoerd doch dat het hof die vordering heeft afgewezen;

Overwegende dat krachtens artikel 58 van bovenvermelde gecoördineerde wetten, de beslissing van de directeur nietig is, die nietigheid door het hof van beroep diende te worden vastgesteld en de vernietigde beslissing door de directeur der directe belastingen van de provincie Luik diende vervangen te worden door een naar de vorm regelmatige beslissing;

Dat het middel gegrond is;

Om die redenen, en zonder dat er grond bestaat tot onderzoek van de overige middelen die toch niet kunnen leiden tot een ruimere cassatie, vernietigt het bestreden arrest; beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de vernietigde beslissing;

houdt de kosten aan opdat erover door de feitenrechter zou worden beslist; verwijst de zaak naar het Hof van Beroep te Bergen.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 5 MEI 1980

Voorzitter: de h. Gerniers

Raadsheer-rapporteur: de heer Janssens

Advocaat-generaal: de heer Duchatelet

Advocaten: mrs. De Gryse en Dassesse

Europese Gemeenschappen — Arbeidsovereenkomst — Arbeidsvoorwaarden — Gelijkheid van man en vrouw — Niet-toepasselijkheid van art. 119 van het E.E.G.-Verdrag.

Art. 119 van het E.E.G.-Verdrag mag niet aldus worden uitgelegd dat het naast de gelijkheid van beloning ook de gelijkheid van de andere op mannelijke en vrouwelijke werknemers toepasselijke arbeidsvoorwaarden voorschrijft.

Ten tijde van de aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten bestond er wat betreft de aan het nationale recht onderworpen arbeidsbetrekkingen, geen regel van gemeenschapsrecht die discriminaties tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers in arbeidsvoorwaarden, andere dan die betreffende de in art. 119 van het E.E.G.-Verdrag bedoelde bezoldigingsregeling, verbood.

D. t/Sabena

Gelet op het bestreden arrest, op 23 april 1975 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Gelet op het arrest van het Hof van 28 november 1977;

Gelet op het arrest, op 15 juni 1978 door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen gewezen;

Over de beide middelen samen, het eerste afgeleid uit de schending van de artikelen 119 van het Verdrag van 25

maart 1957 tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, 1 van de wet van 2 december 1957 houdende onder meer goedkeuring van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, 1315 van het Burgerlijk Wetboek, 870 van het Gerechtelijk Wetboek, 47bis van de wet van 12 april 1965, ingevoerd bij artikel 61 van de Arbeidswet van 16 maart 1971, 14 van het koninklijk besluit nr. 40 van 24 oktober 1967 op de vrouwenarbeid, vervangen door genoemd artikel 47bis van de wet van 12 april 1965, en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, bij de uitspraak over het tweede punt van de vordering, met name de eis van eiseres tot betaling van een bedrag van 166.138fr. als aanvulling van de vergoeding wegens beëindiging van de beroepsloopbaan, bij bevestiging van het beroepen vonnis beslist dat de vordering niet gegrond is, onder meer op grond dat «de vaststelling van een leeftijdsgrens die verschilt voor mannelijke en vrouwelijke werknemers die geacht worden dezelfde arbeid te verrichten niet behoort tot de beloningsvoorwaarden die krachtens artikel 119 van het Verdrag van Rome beschermd worden», dat «het probleem van de termijn die de partijen aan een overeenkomst met onbeperkte duur hadden gesteld niet tot de toepassingsfeer van artikel 119 van het Verdrag van Rome behoort», dat de «leeftijdsgrens voor hofmeesteressen in het vliegwezen, welke ten deze op veertig jaar werd vastgesteld, geen schending is van het beginsel van gelijke beloning als gewaarborgd bij artikel 119 van het Verdrag van Rome», dat appellante, thans eiseres, «twee essentieel verschillende toestanden ten onrechte gelijkstelt: die van de aangestelde die definitief ongeschikt wordt verklaard en die van de aangestelde die een leeftijdsgrens heeft bereikt die ten deze bij overeenkomst op veertig jaar werd vastgesteld», dat «appellante zou moeten aantonen, wat ze niet doet, dat een boordbediende aan wiens contract voor onbepaalde tijd een termijn wordt gesteld met name de leeftijdsgrens van veertig jaar, bij het einde van de beroepsloopbaan een vergoeding zou ontvangen die meer zou bedragen dan de vergoeding die onder dezelfde voorwaarden aan de hofmeesteressen in de luchtvaart wordt toegekend»,

terwijl, eerste onderdeel, het beginsel van gelijk loon voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid, als vastgelegd in artikel 119 van het Verdrag van Rome, zich verzet tegen elke ongelijkheid of discriminatie, onder meer in verband met alle «voordelen in geld of in natura die de werkgever direct of indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt»; het opleggen aan de vrouwelijke werknemers van een op veertig jaar vastgelegde leeftijdsgrens, dus een grens die lager ligt dan die welke aan de mannelijke werknemers wordt opgelegd die dezelfde arbeid verrichten, en de daaruit voortvloeiende toekenning aan de eerstgenoemden van een «vergoeding» wegens beëindiging van de beroepsloopbaan die, wat niet werd betwist, lager ligt dan de vergoeding waarop een mannelijke werknemer aanspraak zou kunnen maken wanneer op dezelfde leeftijd, met dezelfde anciënniteit en zonder aan hem te wijten dringende reden een einde zou worden gemaakt aan zijn arbeidsovereenkomst, in strijd zijn met deze gelijkheid van «indirecte» voordelen die opgelegd wordt door de genoemde bepaling van het Verdrag van Rome,

zodat het arrest met schending van de artikelen 119 van het Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, 1 van de wet van 2 de-

cember 1957, houdende goedkeuring, 47bis van de wet van 12 april 1965, ingevoerd bij artikel 61 van de Arbeidswet van 16 maart 1971, 14 van het koninklijk besluit nr. 40 van 24 oktober 1967 op de vrouwenarbeid waarin ook het beginsel van de gelijke beloning is neergelegd, vervangen bij genoemd artikel 47bis van de wet van 12 april 1965, gezegd heeft dat artikel 119 van het Verdrag van Rome niet toepasselijk is op een discriminatie welke bestaat in de vaststelling van een verschillende leeftijdsgrens voor mannelijke en vrouwelijke werknemers en de daaruit voortvloeiende toekenning aan de vrouwelijke werknemers die de op veertig jaar vastgestelde leeftijdsgrens hebben bereikt, van een vergoeding wegens beëindiging van de beroepsloopbaan die lager ligt dan de vergoeding die wordt toegekend aan de mannelijke werknemers die verplicht worden hun betrekking te verlaten op dezelfde leeftijd, met dezelfde anciënniteit en zonder aan hem te wijten dringende reden;

het tweede afgeleid uit de schending van de artikelen 2, 3, 117, 119 van het Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, 1 van de wet van 2 december 1957, houdende onder meer goedkeuring van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, 6 en 6bis van de Grondwet, en van het algemeen beginsel van het Belgisch en gemeenschapsrecht, dat de gelijkheid van de geslachten betrekkelijk de arbeidsvoorwaarden oplegt,

doordat, om met bevestiging van het beroepen vonnis de vorderingen ongegrond te verklaren die eiseres had ingesteld tot betaling van een bedrag van 166.138fr., als aanvulling van de vergoeding wegens beëindiging van de beroepsloopbaan, en van een ander bedrag van 334.000fr. als schadevergoeding voor de schade die zij in haar pensioenrechten ondervond, welke vorderingen met name steunen op het middel dat het opleggen aan vrouwelijke werknemers van een leeftijdsgrens van veertig jaar die lager ligt dan de aan mannelijke werknemers opgelegde grens, een discriminatoire invloed heeft op de bezoldiging van mannelijke en vrouwelijke werknemers, die strijdig is met artikel 119 van het Verdrag van Rome, het arrest vaststelt dat «artikel 119 van het Verdrag van Rome uitsluitend de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers bedoelt, dat het dus geen betrekking heeft op de overige arbeidsvoorwaarden» en dat «de vaststelling van een leeftijdsgrens die verschilt voor mannelijk en vrouwelijke werknemers die geacht worden dezelfde arbeid te verrichten niet behoort tot de beloningsvoorwaarden die krachtens artikel 119 beschermd worden» en besluit dat «de ten deze op veertig jaar vastgestelde leeftijdsgrens voor hofmeesteressen in de luchtvaart geen schending vormt van het beginsel van gelijke beloning als gewaarborgd bij artikel 119 van het Verdrag van Rome»,

terwijl, eerste onderdeel, artikel 119, gelet op de sociale en economische finaliteit van het Verdrag, uitgelegd moet worden als een bepaling die voorziet in gelijke arbeidsvoorwaarden voor de werknemers van de Gemeenschap in het algemeen en voor de mannelijke en vrouwelijke werknemers in het bijzonder, en het arrest, door deze uitlegging te weigeren, niet enkel artikel 119 geschonden heeft doch eveneens de bepalingen van het Verdrag van Rome waarin deze finaliteit wordt vastgesteld, en inzonderheid de artikelen 2, 3 en 117 van het Verdrag;

(...)

derde onderdeel, de door eiseres aangeklaagde discriminatie verboden wordt door het algemeen beginsel van

Europees recht waarin de gelijke beloning voor de mannelijke en vrouwelijke werknemers wordt voorgeschreven (...)

Wat betreft het eerste onderdeel van het eerste middel, het eerste onderdeel van het tweede middel, en het derde onderdeel van dit middel in zoverre het is afgeleid uit de schending van een algemeen beginsel van Europees recht:

Overwegende dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zijn antwoord op de vraag die het Hof in zijn arrest van 28 november 1977 heeft gesteld ingevolge artikel 177 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, in het arrest van 15 juni 1978 beslist dat «artikel 119 van het Verdrag niet aldus mag worden uitgelegd dat het naast de gelijkheid van beloning ook de gelijkheid van de andere op mannelijke en vrouwelijke werknemers toepasselijke arbeidsvoorwaarden voorschrijft» en dat «ten tijde van de aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten, voor wat betreft de aan het nationale recht onderworpen arbeidsbetrekkingen, geen regel van gemeenschapsrecht bestond die discriminaties tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers in arbeidsvoorwaarden andere dan die betreffende de in artikel 119 van het Verdrag bedoelde bezoldigingsregeling, verbood»;

Dat deze onderdelen van de middelen falen naar recht;

(...)

NOOT—Het gepubliceerde arrest is gewezen nadat het Hof antwoord kreeg op een prejudiciële vraag omtrent de interpretatie van art. 119 van het E.E.G.-Verdrag (zie Cass., 28 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 345; Hof van Justitie, 15 juni 1978, *Pub.H.v.J.* 1978, 1365, *J.T.T.*, 1979, 153, met noot G. Desolre).

Voor vroegere arresten op prejudiciële vragen in het conflict tussen D. en Sabena: zie Hof van Justitie, nr. 80/70 van 25 mei 1971, *Pub.H.v.J.*, 1971, 445, en Hof van Justitie, nr. 43/75 van 8 april 1976, *Pub.H.v.J.*, 1976, 456. Zie ook het arrest van de Raad van State, nr. 15.076 van 10 december 1971, *Arr. R.v.St.*, 1971, 1226.

W.R.

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 1 JULI 1980

Voorzitter: de h. Vermeulen

Staatsraden: de hh. Depondt en Suetens (rapporteur)

Auditeur: de h. De Brabandere (afwijkend advies)

Advocaten: mrs. Putzeys en Silance

1. Substitutie van motieven — Raad van State —
2. Tuchtrect — Preventieve schorsing zonder wedde — Slechts gerechtvaardigd t.a.v. de termijn die vereist is voor de normale afwikkeling van de tuchtzaak — 3. Raad van State — Arrest — Gezag van gewijsde.

1. De Raad van State vermag niet de vernietiging van een administratieve beslissing wegens onwettigheid van de grondslag van die beslissing uit te spreken, indien het onderzoek van de zaak de Raad van State ertoe gebracht heeft vast te stellen dat andere gegevens dan die welke tot

grondslag van de bestreden beslissing worden aangevoerd, voorhanden zijn, gegevens die blijken de voldoende, rechts vereiste grondslag op te leveren welke het dispositief van de bestreden beslissing wettig maakt en derhalve een vernietiging van de bestreden beslissing in de weg staat.

2. De overheid is verplicht het nodige te doen, zowel in het belang van het betrokken personeelslid als in het belang van het bestuur, om een tuchtstrafprocedure niet te laten aanslepen en om ervoor te zorgen dat binnen een redelijke termijn een beslissing wordt genomen die een einde maakt aan de onzekere en financieel ongunstige toestand waarin het personeelslid, dat preventief en zonder wedde geschorst is, zich bevindt.

Het mogelijk aanzienlijk bedrag dat aan een preventief en zonder wedde geschorst personeelslid zal moeten worden uitgekeerd voor de periode van schorsing welke de normale tijd om te beslissen heeft overtroffen, is geen wettig toelaatbare grondslag voor het bepalen van de retroactiviteit van een tuchtstraf. In te staan voor de pecuniare gevolgen van een foutief want onzorgvuldig gebruik maken van een wettige bevoegdheid, maakt deel uit van de verplichtingen die in een rechtsstaat op de overheid rusten.

3. Wanneer in een arrest van de Raad van State wordt gesteld dat de terugwerkende kracht van zeventien maanden van een tuchtstraf niet gewettigd is, schendt het gemeenteraadsbesluit dat opnieuw dezelfde tuchtstraf oplegt, maar nu met een terugwerkende kracht van vijf jaren, het gezag van gewijsde dat aan het arrest van de Raad van State toekomt.

Stad Brussel t/ Minister van Binnenlandse Zaken
Arrest nr. 20.492.

Gezien het verzoekschrift dat de stad Brussel op 16 maart 1979 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het koninklijk besluit van 20 oktober 1978, houdende niet-goedkeuring van de beslissing van de gemeenteraad van Brussel van 16 januari 1978, waarbij P.L., politieagent, bij wijze van tuchtmaatregel werd afgezet, met ingang van 10 januari 1973;

Over de gegevens van de zaak

Overwegende dat de wezenlijke gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt:

1. Tussen 14 december 1972 en 4 januari 1973 zond P.L., politieagent in dienst van de stad Brussel sedert 1 september 1966, achtereenvolgens vijf naamloze brieven naar een jonge vrouw die met haar ouders in een straat woonde die evenwijdig liep met de straat waarin hijzelf woonde; in die brieven werd geëist dat bedoelde juffrouw zich voor het venster van haar kamer zou ontkleden, zodat hij haar kon affloeren; die eis werd ondersteund door de bedreiging dat hij, bij weigering erop in te gaan, de kat, die aan de juffrouw toebehoorde, zou «uitschakelen» met een karabijn en de foto's die hij van haar gemaakt zou hebben in haar straat zou «verliezen».

2. Op strafrechtelijk vlak werden de feiten, waarvan de materialiteit door P.L. nooit werd betwist, door de procureur des Konings geseponeerd.

3. Op tuchtrechtelijk vlak werd P.L. door de gemeenteraad van Brussel op 24 juni 1974 afgezet, met ingang van 10 januari 1973; dit besluit werd goedgekeurd bij een koninklijk besluit van 3 september 1974.

4. Bij arrest nr. 18.258 van 4 mei 1977 vernietigde de Raad van State, op verzoek van P.L., beide besluiten.

5. Op 16 januari 1978 werd P.L. opnieuw door de gemeenteraad van Brussel gehoord; op dezelfde dag besliste de gemeenteraad opnieuw hem met ingang van 10 januari 1973 af te zetten; als motivering werd — na een summier uitzetting der feiten — het volgende aangevoerd:

«Overwegende dat de gedragswijze van betrokkene in het privé-leven de waardigheid van zijn ambt erg in het gedrang heeft gebracht en dat deze niet verenigbaar is met de inlijving van betrokkene bij een dienst van openbare macht.

Overwegende dat de h. L. zijn bekentenissen gedurende zijn verhoor op administratief vlak bevestigd heeft».

6. Bij het bestreden koninklijk besluit van 20 oktober 1978 werd aan het gemeenteraadsbesluit van 16 januari 1978 de goedkeuring onthouden.

Dit koninklijk besluit werd bij brief van 29 januari 1979 aan verzoekende partij betekend. Het college van burgemeester en schepenen besliste op 6 maart 1979 het onderhavig annulatieberoep in te stellen; de gemeenteraad verleende op 19 maart 1979 de vereiste machtiging.

Ten aanzien van de rechtmatigheid van het bestreden besluit

Overwegende dat verzoekende partij als enig middel aanvoert dat de verwerende partij, op basis van dezelfde feiten, zonder aan de overwegingen van het arrest van de Raad van State van 4 mei 1977 tegemoet te komen en zonder dat de motieven aangegeven worden, een beslissing heeft genomen die onverenigbaar is met haar vorig besluit van 3 september 1974;

Overwegende dat de Raad van State in het bedoelde arrest nr. 18.258 de beslissing van de gemeenteraad van Brussel van 24 juni 1974 en het koninklijk besluit van 3 september 1974 houdende goedkeuring van bedoeld gemeenteraadsbesluit heeft vernietigd; dat het koninklijk besluit van 3 september 1974 derhalve moet worden geacht nooit te hebben bestaan; dat de vaststelling dat de verwerende partij in het bestreden besluit tot een andere opvatting is gekomen over de verhouding tussen de ten laste gelegde feiten en de genomen tuchtmaatregel dan in het besluit van 3 september 1974, op zichzelf in rechte dan ook niet relevant is; dat evenwel moet worden onderzocht in hoeverre die gewijzigde opvatting steunt op wettig toelaatbare motieven;

Overwegende dat het bestreden koninklijk besluit de volgende redengeving bevat:

«Overwegende dat de aan P.L., ten laste gelegde feiten zoals deze zijn vermeld in de gemeenteraadsbeslissing van 16 januari 1978 bewezen zijn en niet worden betwist;

— dat deze feiten, hoe laakbaar ook, vooral m.b.t. een politieagent, evenwel de toepassing van de zwaarste tuchtstraf niet rechtvaardigen;

Overwegende dat de tuchtmaatregel van de afzetting niet evenredig is met de ernst van de feiten»;

Overwegende dat die summier redengeving niet toelaat uit te maken op grond van welke motieven de verwerende partij in het bestreden besluit tot de beoordeling is gekomen dat de tuchtstraf niet evenredig is met de ernst van de feiten; dat het middel in dier voege gegrond is;

Overwegende evenwel dat de Raad van State niet vermogt de vernietiging uit te spreken van een voor hem bestreden

beslissing, waarvan de wettigheid hem in de loop van het onderzoek van de zaak gebleken is; dat, indien die bestreden beslissing een door een toeziende overheid genomen besluit is waarbij aan een beslissing van een onder toezicht staande bestuursoverheid de goedkeuring wordt onthouden, de Raad van State, anders dan de toeziende overheid, niet om opportuniteitsoverwegingen mag afzien van zijn verplichting tot rechtshandhaving indien de beslissing van de onder toezicht staande overheid onrechtmatig blijkt te zijn;

Overwegende, meer bepaald, dat de Raad van State niet vermag de vernietiging van een administratieve beslissing wegens onwettigheid van de grondslag van die beslissing uit te spreken, indien het onderzoek van de zaak de Raad van State ertoe gebracht heeft vast te stellen dat andere gegevens dan die welke tot grondslag van de bestreden beslissing werden aangevoerd, voorhanden zijn, gegevens die blijken de voldoende, rechtens vereiste grondslag op te leveren welke het dispositief van de bestreden beslissing wettig maakt en derhalve een vernietiging van de bestreden beslissing in de weg staat;

Overwegende dat in voorliggend geval inderdaad de rechtens vereiste grondslag aanwezig is, welke het dispositief van het bestreden besluit wettig maakt, in die zin dat de Koning verplicht was goedkeuring aan het bestreden gemeenteraadsbesluit te onthouden;

Overwegende immers, dat de redengeving van het vernietigingsarrest van 4 mei 1977 doet blijken dat de gegrond bevonden rechtmatigheidsbezwaren niet de afzetting van L. als zodanig per se onwettig maakten — de Raad stelde niet dat die afzetting op zichzelf genomen noodzakelijk kennelijk onredelijk zou zijn —, maar wel dat geen wettige grondslag voorhanden was om de terugwerking van de afzetting verder te doen reiken dan de periode die blijkens de gegevens van de zaak normaal nodig was geweest om de tuchtzaak af te doen, in aanmerking genomen dat de stedelijke overheid, dadelijk nadat ze over de misdraging van L. was ingelicht, deze preventief uit zijn ambt geschorst heeft met volledige inhouding van zijn wedde;

Overwegende immers, dat het uit de dienst verwijderen van een personeelslid nog vóór definitief door de bevoegde tuchtoverheid is vastgesteld dat het personeelslid zich inderdaad schuldig heeft gemaakt aan een ernstige overtreding van op hem rustende beroepsverplichtingen, een bijzondere rechtsverhouding tussen het preventief geschorste personeelslid en de overheid doet ontstaan, welke verhouding het resultaat is van het op elkaar inwerken van een aantal in tegengestelde richting werkende beginselen;

Overwegende dat in een eerste beginsel besloten ligt dat de overheid een personeelslid inderdaad preventief uit de dienst mag verwijderen, indien ernstige aanwijzingen een sterk vermoeden hebben doen ontstaan dat het personeelslid ernstig aan zijn ambtelijke verplichtingen te kort is gekomen en zijn aanwezigheid in de dienst als onverenigbaar met het belang van de dienst voorkomt; dat het, in de tweede plaats, regel is dat personen in openbare dienst effectief dienst moeten verrichten om op bezoldiging aanspraak te kunnen maken, wat dan leidt tot de opvatting dat de preventieve schorsing ook de aanspraak van het geschorste personeelslid op bezoldiging schorst; dat verder ook als redelijk voorkomt de opvatting dat een personeelslid, indien het zich heeft ingewerkt in een situatie welke, zolang ze niet is opgeklaard, zijn aanwezigheid in de dienst onmogelijk, zo niet dan toch ongewenst maakt, de

gevolgen van die situatie — inbegrepen die van zijn preventieve schorsing en die van de schorsing van zijn bezoldiging — maar moet dragen;

Overwegende dat daartegenover staat dat het preventief verwijderen van een personeelslid uit de dienst het dienstverband als zodanig nog niet tenietdoet, wat betekent dat het preventief geschorste personeelslid op ieder ogenblik terug in dienst geroepen kan worden en dus permanent beschikbaar moet blijven voor het bestuur, terwijl hij ook van juridisch standpunt niet echt vrij is, wat meebrengt dat hij niet wettig elders in een dienstverband kan treden, en dat hij geen aanspraak kan maken op de sociale voorzieningen die het wegvallen van een arbeidsinkomen in zekere mate compenseren; dat een zodanige toestand waarin een persoon tegelijk juridisch in dienst blijft van de overheid, maar waarin die overheid hem belet — zij het dan in het belang van de dienst — om dienst te doen en alzo om zijn bezoldiging te verdienen, onverenigbaar is met de verplichtingen van de overheid tegenover zijn ambtenaren en met de rechtsaanspraken van het personeelslid; dat, immers, de door overheid en ambtenaren gevestigde speciale rechtsband dienen en beschermen als grondbeginselen heeft, wat betekent dat aan het zich ter beschikking stellen van de ambtenaar beantwoordt het op zich nemen door de overheid van de verplichting te zorgen voor een passende levensstaat van die ambtenaar; dat de overheid alzo in beginsel niet gerechtigd is om door eenzijdige maatregelen — zij het dan nog in het belang van de dienst — een ambtenaar van zijn inkomen te beroven en hem tegelijk te beletten zijn recht om op wettige wijze arbeid te verrichten, elders te gaan uitoefenen, met andere woorden hem te beletten rechtmatig door arbeid een inkomen te verwerven; dat zo te handelen vanwege de overheid een aantasting betekent van het recht op bestaanszekerheid welke aan wie van zijn arbeidsinkomen leeft, door de huidige rechtsorde wordt toegekend en gewaarborgd, een aantasting ten aanzien van degene die het inkomen verdient maar ook ten aanzien van degenen die met hem voor hun bestaan van dat inkomen afhangen;

Overwegende dat de zoëven schematisch aangegeven, aan elkaar tegengestelde werking van de rechten en de verplichtingen van de overheid en van het geschorste personeelslid tot een verdraagbaar evenwicht moet worden gebracht en wel in dier voege dat de overheid bevoegd geacht moet worden om het personeelslid, dat zich in een bedenkelijke situatie heeft ingewerkt, op te leggen gedurende de periode, die voor de normale afwikkeling van de zaak vereist is, de aan de schorsing verbonden onzekerheid en het eruit volgende inkomensverlies voorlopig te ondergaan, maar dat de overheid verplicht is het nodige te doen, zowel in het belang van het betrokken personeelslid als in het belang van het bestuur, om de tuchtstraprocedure niet te laten aanslepen en om ervoor te zorgen dat binnen een redelijke termijn een beslissing wordt genomen die een einde maakt aan de onzekere en financieel ongunstige toestand waarin het betrokken personeelslid zich bevindt; dat als redelijke termijn moet worden beschouwd de tijd die geacht kan worden normaal nodig te zijn om een tuchtzaak, de eigen gegevens ervan in aanmerking nemende, zijn beslag te geven; dat die tijdsbeperking tot gevolg heeft, niet dat de bevoegdheid tot straffen van de overheid vervalt, maar wel dat aan de gestrafte, die preventief en zonder wedde geschorst is, niet kan worden opgelegd de pecuniaire gevolgen van het talmen van de overheid te dragen, te

meer daar dat talmen, omdat het de beperkte redelijke beslissingstermijn overschrijdt, voorkomt als het foutief want onzorgvuldig gebruik maken van een wettige bevoegdheid; dat het mogelijk aanzienlijk bedrag dat alzo aan een preventief en zonder wedde geschorst personeelslid zal moeten worden uitgekeerd voor de periode van schorsing welke de normale tijd om te beslissen, heeft overtroffen, geen wettig toelaatbare grondslag voor het bepalen van de retroactiviteit van een afzetting of een definitieve schorsing kan opleveren, hoe legitiem de bezorgdheid van de overheid voor de openbare financiën in beginsel moge zijn, hoe begrijpbaar het ook is dat de overheid ertegenop ziet aan iemand, die ze een straf oplegt, een misschien aanzienlijk bedrag aan achterstallige wedde te moeten betalen; dat in te staan voor de pecuniaire gevolgen van een foutief want onzorgvuldig gebruik maken van een wettige bevoegdheid, deel uitmaakt van de verplichtingen die in een rechtsstaat op de overheid rusten;

Overwegende dat het arrest van 4 mei 1977 heeft vastgesteld dat:

1) de feitelijke gegevens van de zaak hebben aangetoond dat na de brief van 19 april 1973 — waarbij de procureur des Konings aan het Brussels stadsbestuur mededeelde dat verzoekers zaak geseponeerd was — geen enkel nieuw element in de zaak is gekomen, zodat op dat ogenblik de normale termijn om te beslissen voor het stadsbestuur is beginnen lopen, wat trouwens overeenstemt met de vooruitzichten van het stadsbestuur, toen het op 10 januari 1973 de preventieve schorsing aan L. oplegde «in afwachting van de uitslag van het aan de gang zijnde gerechtelijk onderzoek»;

2) aan verzoeker geen verdragende manoeuvres kunnen worden toegerekend, aangezien hij, persoonlijk of door bemiddeling van zijn advocaat, steeds aangedrongen heeft een beslissing — uiteraard een voor hem gunstige — te krijgen;

3) na de brief van 10 juni 1974 welke door de advocaat van verzoeker aan het college werd toegezonden, het stadsbestuur in staat is gebleken veertien dagen later, op 24 juni 1974, de gemeenteraad te doen besluiten verzoeker af te zetten;

4) het college enkel uit zijn onbeslistheid is getreden toen verzoekers advocaat met voormelde brief van 10 juni 1974 het stadsbestuur in gebreke stelde in verband met de op het bestuur rustende verplichting L. zijn dienst te laten hervatten en hem zijn achterstallige wedde uit te betalen;

5) bij ontstentenis van een zakelijke reden om de tuchtstrafprocedure na de brief van de procureur nog meer dan een jaar te laten aanslepen, de retroactieve afzetting van L. enkel het financieel belang van het stadsbestuur als grondslag heeft kunnen hebben, welke grondslag geen wettig toelaatbaar motief voor de terugwerking van de afzetting heeft kunnen opleveren;

Overwegende dat het gezag van het gewijsde dat het arrest van 4 mei 1977 toekomt tot gevolg had dat het Brussels stadsbestuur geen nieuwe tuchtstraf — afzetting of definitieve schorsing — ten aanzien van L. kon uitspreken waarvan de terugwerking een langere periode zou beslaan dan die welke overeenstemt met de duur van de schorsing lopende tot wanneer de brief van de procureur des Konings bij het stadsbestuur was toegekomen, verlengd met de normale beslissingstermijn die het college nodig zou hebben om de gemeenteraad tot een uitspraak over de tuchtzaak van L. te brengen; dat de eerbiediging van het gezag

van het gewijsde een verplichting van dwingend recht is; dat de toeziende overheid derhalve verplicht is goedkeuring te onthouden aan de beslissing van een onder toezicht staande overheid waarin het gezag van het gewijsde van een rechterlijke beslissing — zoals een arrest van de Raad van State — niet in acht genomen wordt;

Overwegende dat na het arrest van 4 mei 1977 het stadsbestuur eens te meer maanden lang besluiteloos is gebleven; dat slechts nadat L. op 9 november 1977 de stad Brussel had gedagvaard tot betaling van achterstallige wedde en schadeloosstelling, de tuchtprocedure opnieuw op gang werd gebracht, wat geleid heeft tot het gemeenteraadsbesluit van 16 januari 1978 waarbij L. opnieuw werd afgezet en weer met terugwerking tot de dag van zijn preventieve schorsing, wat de terugwerking van de afzetting en de pecuniaire gevolgen van het onwettig talmen van het stadsbestuur doet oplopen tot meer dan vijf jaar; dat, wijl in het arrest nr. 18.258 van 4 mei 1977 reeds was gesteld dat een terugwerkende kracht van zeventien maanden niet gewettigd was, het gemeenteraadsbesluit van 16 januari 1978 werd genomen met schending van het gezag van het gewijsde dat aan het arrest nr. 18.528 toekomt; dat de toeziende overheid dan ook verplicht was aan het gemeenteraadsbesluit van 16 januari 1978, op grond van de schending van het gezag van het gewijsde dat aan het arrest nr. 18.258 toekomt, de goedkeuring te onthouden; dat het ingestelde beroep niet tot vernietiging van het bestreden koninklijk besluit kan leiden,

(Volgt verwerping).

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE ANTWERPEN

11e KAMER — 9 OKTOBER 1980

Voorzitter: de h. Quanjard

Openbaar ministerie: de h. Huybrechts

Advocaten: mrs. Dreessen, Machiels en Lafili

Handelszaak — Roerend karakter — Inhoud: roerende en onroerende goederen — Verkoop uit de hand door de curator — Overdracht van de handelszaak — Voortzetting van de onderneming met behoud van de sociale voordelen — Dubbel gebruik met in bevoorrecht passief opgenomen vordering wegens opzegging — Benadeling van gewoon passief.

De handelszaak is meer en anders dan de elementen die er deel van uitmaken. Als geheel heeft zij een roerend karakter en kan derhalve door de curator uit de hand verkocht worden.

Reeds in de wetgeving op het in pand geven van de handelszaak en op de handelshuurovereenkomsten wordt aanvaard dat er een onverbreekbare band bestaat tussen de handelszaak en de onroerende goederen waarin deze wordt geëxploiteerd. Niets in de wetgeving duidt erop dat onroerende goederen van nature niet tot de handelszaak zouden behoren.

Bij faillissement zal de curator meestal het personeel onmiddellijk opzeggen. De werknemers worden opgenomen in het bevoorrecht passief voor de op de sociale wetgeving gebaseerde vorderingen. Wanneer de curator vervolgens de handelszaak verkoopt onder voorwaarde dat het vroegere personeel terug in dienst wordt genomen met

behoud van de bij gefailleerde verworven rechten, meer bepaald de anciënniteit, dan schept zulks voor de koper een zeer zware verplichting die de omvang van de geboden prijs onvermijdelijk beïnvloedt. Het opnemen in het bevoorrecht passief van de opzeggingsvergoeding met de daaruit voortvloeiende betaling enerzijds en het behoud van de verworven rechten, meer bepaald de anciënniteit, anderzijds, schept een dubbel gebruik in het voordeel van een volledig vergoede bevoorrechte schuldeiser ten nadele van het gewoon passief en is derhalve onaanvaardbaar.

Faillissement N.V. S.

Gezien het verzoekschrift neergelegd door meester Leo Dreessen, curator van het faillissement van de N.V.S. (...) van 30 september 1980;

Overwegende dat het verzoekschrift ertoe strekt de curator te machtigen het handelsfonds van de N.V. S. uit de hand te verkopen voor de prijs van minstens 341.000.000fr. (driehonderd eenenveertig miljoen frank) aan de firma C. B.V. vennootschap naar Nederlands recht met zetel in Amsterdam, handelend in eigen naam en/of in naam en voor rekening van een of meer door haar binnen de 10 dagen na de homologatie aan te wijzen derde of derden, waarvoor zij zich sterk maakt;

Dit handelsfonds bestaande uit:

1. de lichamelijke roerende goederen die zich ter plaatse op het adres van de gefailleerde bevinden en in magazijnen van derden, zoals in detail opgesomd in de inventaris, ter griffie neergelegd, zoals beperkt in het koopcontract van 30.9.1980;

2. de onroerende goederen, zijnde gebouwen en installaties gelegen te (...), waarin de gefailleerde haar activiteiten uitoefende, zijnde een verwerkingsbedrijf van oliehoudende zaden, granen en bijprodukten, op gronden, eigendom van de Stad Antwerpen, gekadastreerd sectie C, oorspronkelijk nr. 268/B, later nrs. 268/C en 268/D met een oorspronkelijke oppervlakte van 9 ha 40 a en thans op het kadaster gekend wijk A nr. 174/B voor een oppervlakte van 5 ha 51 a 14 ca, en wijk C nr. 268/H voor een oppervlakte van 3 ha 36a en 11 ca;

3. de cliënteel;

4. het recht op de concessie vanwege de Stad Antwerpen betreffende voornoemde gronden, voorwerp van een vergunningsovereenkomst met de Stad Antwerpen, van 13 december 1971;

5. de andere lopende huurovereenkomsten, verzekeringscontracten, abonnementen en onderhoudsovereenkomsten, alsmede de technische bestellingen in uitvoering, zoals beperkt in het koopcontract van 3.9.1980;

6. de archieven en de documenten.

De curator toe te laten voor het overige met deze firma een contract af te sluiten, zoals tussen partijen ondertekend, op 30.9.1980 en waarvan een kopie wordt voorgelegd.

De kosten van deze homologatieprocedure ten laste te leggen van de massa.

Overwegende dat de rechtbank haar beslissing steunt op volgende motieven:

1. De N.V.S. werd bij vonnis van 23 juni 1980 in faillissement verklaard door deze rechtbank.

Op 7 oktober 1980 werd de concordataire vergadering gehouden waarop door gefailleerde geen voorstellen werden geformuleerd zodat de curator gehouden is over te gaan

tot de liquidatie van het actief en het faillissement in zijn geheel.

De curator vraagt thans machtiging om over te gaan tot de verkoop uit de hand van het handelsfonds, bevattende de elementen hiervoor omschreven, maar hij beschikt in feite over een verkoopovereenkomst onder de opschortende voorwaarde van homologatie door de rechtbank met C. B.V., waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is in Nederland, Amsterdam, handelend in eigen naam en/of in naam en voor rekening van een of meer door haar binnen de 10 dagen na de homologatie aan te wijzen derde of derden.

Deze overeenkomst voorziet een prijs van 341.000.000fr., die ten laatste acht dagen nadat de koper door de curator van de homologatie zal in kennis gesteld zijn, volledig moet voldaan zijn.

De overeenkomst voorziet uitdrukkelijk het behoud van 57 werkplaatsen, expliciet aangeduid qua functies, waarbij de remuneratie en de anciënniteit, verworven door de individuele personeelsleden op datum van 23.6.1980, zal behouden blijven.

2. Uit de voorgelegde stukken blijkt dat de curator over de verkoop van het kwestieuze handelsfonds oorspronkelijk met 14 potentieel geïnteresseerden onderhandeld heeft en later met 5 werkelijk geïnteresseerden, om uiteindelijk het thans voorliggend hoogste bod te weerhouden.

Hij heeft diegenen, die vóór de door hem gestelde datum een bod gedaan hebben en dus als potentiële kopers konden beschouwd worden, op de hoogte gesteld én van het bod én van de door hem gevraagde machtiging tot verkoop en hen op de hoogte gesteld van de behandeling der zaak ter zitting van heden.

De voorzitter heeft ter zitting, reden waarom de zaak in aanvang in openbare zitting behandeld werd, aan alle aanwezigen gevraagd of een hoger bod gedaan werd.

Gezien niemand enig hoger bod gedaan heeft al of niet onder aangepaste modaliteiten, heeft de rechtbank te onderzoeken of, op grond van het bestaande contract dd. 30.9.1980 met C. B.V., machtiging tot verkoop uit de hand moet verleend worden.

3. Duidelijk moet gesteld worden dat de curator geen machtiging vraagt tot verkoop uit de hand van onroerende goederen maar wel tot gelijkaardige verkoop van het handelsfonds, bevattende onroerende goederen. Het verschil is essentieel en fundamenteel.

Het begrip handelsfonds (de rechtbank gebruikt met opzet dit woord, wel wetende dat «handelszaak» taalkundig de juiste term is) is nergens in de Belgische wet bepaald. De wet op de inpandgeving van het handelsfonds van 25 oktober 1919 geeft geen bepaling maar duidt in art. 2 louter exemplatief aan welke elementen onder meer van het handelsfonds deel uitmaken.

Het handelsfonds maakt een geheel uit dat meer en anders is dan de totaliteit van de elementen die er deel van uitmaken. Als dusdanig is het een universaliteit die een roerend karakter heeft.

Gezien dit feit zou de curator, bij liquidatie van faillissement na concordataire vergadering, geen machtiging moeten vragen gezien hij de roerende goederen uit de hand mag verkopen.

Zijn vraag vindt echter haar grond in het bestaan van de vraag of ook onroerende goederen van het handelsfonds deel uitmaken.

De rechtbank is van oordeel deze vraag positief te moeten beantwoorden om volgende redenen:

a) er bestaat in rechtspraak en rechtsleer praktisch geen betwisting meer nopens het feit dat de pandhouder van het handelsfonds voorrang heeft op de hypothecaire schuldeiser wanneer de debiteur eerst zijn handelsfonds, dus met bedrijfsuitrusting, in pand gegeven en overgeschreven heeft en daarna, eigenaar geworden van het onroerend goed van nature, waardoor ook de zich daarin bevindende bedrijfsuitrusting onroerend geworden is bij bestemming, een hypotheek verleende op dit onroerend goed waardoor theoretisch ook de bedrijfsuitrusting belast wordt.

In die situatie aanvaardt men dat de bedrijfsuitrusting, zijnde in fine onroerend, toch deel uitmaakt van het handelsfonds. Dit impliceert dat men aanvaardt dat niet ipso facto onroerende goederen geen deel kunnen uitmaken van het handelsfonds.

Het Burgerlijk Wetboek stelt wel dat er drie soorten onroerende goederen kunnen zijn maar onderwerpt ze alle drie, eens dat zij aan die kwaliteit beantwoorden, aan hetzelfde regime.

Omgekeerd kan dus gesteld worden dat indien men aanvaardt wat deze rechtbank conform aan rechtspraak en rechtsleer doet, dat onroerende goederen bij bestemming tot het handelsfonds behoren, elk onroerend goed aan hetzelfde regime dient onderworpen te worden.

Overigens is er geen enkel wettelijk voorschrift dat dergelijke stelling ontoelaatbaar maakt.

b) De hoger vermelde wet van 1919 op de inpandgeving van het handelsfonds vermeldt in art. 2 als bestanddeel de huurceel. De wet ontstond mede omdat in die periode de handelaars wegens de voorbije oorlog geen eigendommen meer hadden die zij konden hypothekeren.

Alle recente wetten betreffende de handelshuurovereenkomsten voorzien expliciet dat overdracht van huurceel niet kan belet worden wanneer zij gepaard gaat en deel uitmaakt van de overdracht van het handelsfonds.

Uit een en ander blijkt duidelijk dat de wetgever heeft willen bevestigen dat bij inpandgeving of overdracht van het handelsfonds de waarde daarvan evident mede bepaald wordt door de mogelijkheid te beschikken over het onroerend goed waarin het handelsfonds uitgebaat wordt.

Naar het voorwerp van de kwestieuze wetgevingen gaat het telkens over het recht van de huurder maar logisch gaat het om de eenheid tussen de totale bedrijfsuitrusting en het onroerend goed waarin het uitgebaat wordt.

Zeker is de overdracht van onroerende goederen, formeel aan supplementaire voorschriften onderworpen om tegenstelbaar te zijn aan derden. Dit belet echter niet dat zij deel uitmaken van het handelsfonds en in dat kader door de curator onder het regime van roerend goed kunnen verkocht worden.

4. De rechtbank wenst hieraan toe te voegen dat, zelfs indien zij van oordeel zou zijn dat de onroerende goederen van nature geen deel uit zouden maken van het handelsfonds als roerend goed, quod non, zij nog de machtiging voor verkoop uit de hand van zelfde onroerende goederen zou verlenen om volgende redenen:

a) uit de voorliggende stukken put de rechtbank de zekerheid dat bij openbare verkoop van de onroerende goederen geen prijs zou bereikt worden vergelijkbaar aan voorliggend bod. Dergelijke prijs is enkel zinvol bij overname van het totale handelsfonds en voortzetting van het bedrijf.

Zelfs indien een hoger bod zou gedaan worden zou de meerwaarde, zijnde een verhoging van het actief, zeker niet opwegen tegen de schadevergoedingen die het faillissement

in passief zou moeten opnemen wegens verbreking van lopende contracten, die thans in de overname begrepen zijn;

b) het geheel van de onroerende goederen bevindt zich op terreinen die in concessie gegeven zijn door de Stad Antwerpen in dato 13 december 1971.

Theoretisch kan de Stad Antwerpen dergelijke concessie intrekken op grond van het faillissement en aan een koper de voortzetting weigeren.

Bij mogelijke openbare verkoop zullen de bieders dus beperkt zijn in hun optreden door het ontbreken van enige zekerheid nopens het voortbestaan van de concessie. Thans bestaat die onzekerheid niet;

c) het belang van de schuldeisers en de wetenschap dat 57 werkplaatsen met gequalificeerde functies behouden blijven en naast het totale bevoorrecht passief ook meer dan 50% van het gewoon passief behoudens onvoorziene omstandigheden kunnen uitbetaald worden, zijn voldoende redenen om de machtiging op grond van al het voorgaande te verlenen.

Hierbij komt dat daardoor een oplossing op korte termijn, casu quo onmiddellijk mogelijk is, voor de belangrijke problemen van het faillissement wat het belang is én van de massa én van de maatschappij in het algemeen.

5. In art. 4 van de voorwaardelijke verkoopovereenkomst van 30 september 1980 is het behoud voorzien van 57 werkplaatsen die met specifieke functies in bijlage omschreven zijn. De modaliteiten kunnen als volgt samengevat worden:

— de renumeration en de anciënniteit wordt behouden;

— C. houdt die werknemers in dienst doch onder de verplichting dat deze afzien van hun vordering wegens opzegvergoeding, die reeds in het bevoorrecht passief is opgenomen. Bij inbreuk hierop zal C. het faillissement voor de tegenwaarde van die vordering vergoeden.

In schriftelijk advies stelt het openbaar ministerie dat de verplichting af te zien van die opzegvergoeding strijdig is met de openbare orde en de modaliteiten een onaanvaardbare discriminerende werking hebben bij aanwerving van personeel dat al dan niet in dienst was van S.

Met eerbied voor dit uitdrukkelijk standpunt acht de rechtbank het echter niet dienstig de juistheid daarvan te onderzoeken omdat zij van oordeel is dat gezegd art. 4 onaanvaardbaar is om volgende redenen:

— de vorderingen wegens opzegvergoeding voor de kwestieuze werknemers werden in het bevoorrecht passief opgenomen en zullen totaal kunnen uitbetaald worden zodat die werknemers, het einde van hun arbeidsovereenkomst aanvaardend, geen schade lijden;

— deze uitbetaling van sociaal passief geschiedt ten laste van het gewoon passief, bevattende onder meer de leveranciers, dat hic et nunc niet volledig gedekt is;

— door contractueel de koper C. te verplichten de renumeration en anciënniteit van de werknemers te behouden — voor het verlies waarvan zij door de uitbetaling van opzegvergoeding vergoed zijn — wordt ten hunnen voordele, zij behorend tot het bevoorrecht passief, een aanzienlijk voordeel geschapen dat de verplichting van de koper ernstig verzwakt.

Het gewicht van die verplichting drukt de geboden prijs waardoor het actief ten nadele van de gewone schuldeisers verkleint.

Waar in het faillissement, met respect voor de reeds zo uitgebreid beschermende voorschriften voor de bevoor-

rechte creanciers, vooral de rechten van de gewone creanciers dienen beschermd te worden, acht de rechtbank de voorziene modaliteiten onaanvaardbaar. Het opnemen van de opzegvergoeding en het behoud van anciënniteit is een dubbel gebruik waardoor een reeks bevoorrechte schuldeisers bevoordeligd worden ten nadele van het gewoon passief.

De rechtbank heeft deze voor haar principiële stelling in raadkamer aan de resterende belanghebbenden medege-deeld. Dezen hebben tijdens meerdere schorsingen van de behandeling een nieuwe redactie van art. 4 geformuleerd en in functie daarvan de bieding met 15.000.000fr. verhoogd tot 356.000.000fr.

De draagwijdte van het nieuwe art. 4 kan als volgt worden samengevat:

— 57 werkplaatsen aangeduid met specifieke functie, blijven behouden. Hierdoor wordt het maatschappelijk belang — behoud van werkplaatsen — in hoge mate gediend;

— de koper is niet meer verplicht bij tewerkstelling van S.-personeel de renumeration en de anciënniteit te behouden. Het verval van die verplichting heeft een verhoging van de prijs voor gevolg met 15.000.000fr. in het belang van het gewoon passief;

— de rechten van de werknemers, bevoorrechte creanciers, zijn gewaarborgd. Zij bekomen volledig de wettelijk voorgeschreven vergoedingen;

— indien, gezien de operatie feitelijk volgens de rechtbank een voortzetting van het bestaande bedrijf betekent deze werknemers hun renumeration willen behouden bij C. dan staat het werknemer en werkgever vrij hiervoor de modaliteiten onderling te bepalen onder meer door subrogatie van C. in de rechten van de werknemer tegenover het faillissement tegenover behoud van renumeration en anciënniteit. Hierdoor zullen dan de rechten van de gewone creanciers in het faillissement bekomen wat hen wettelijk toekomt.

De nieuwe tekst van de overeenkomst werd in raadkamer op 9 oktober 1980 ondertekend en kopij aan de rechtbank overgemaakt.

De rechtbank is van oordeel de gevraagde machtiging te moeten verlenen gezien de inhoud van het contract, de geboden prijs, de waarborgen tot bekomen van het uiterste bod op grond van de uitgebreide contacten en onderhandelingen van de curator en de door hem geschapen mogelijkheid voor alle geïnteresseerden om zelfs ter zitting van 9 oktober 1980 een hoger bod te doen.

De verkoop geschiedt onder ontbindende voorwaarde van ieder verhaal tegen huidige beschikking. Bij bestaan van zulk verhaal houdt de verkoop op te bestaan en wordt de ontvangen prijs binnen de acht dagen terugbetaald. Het is quasi evident dat zulk verhaal voor het faillissement catastrofale gevolgen zou hebben zodat het nuttig is elke potentiële verhaal aantekennende partij expliciet op haar aansprakelijkheid te wijzen.

Om die redenen,

De rechtbank,

Verklaart het verzoek ontvankelijk en gegrond;

Machtigt de curator het handelsfonds van het faillissement N.V. S. uit de hand te verkopen voor de prijs van 356.000.000fr. aan de firma C. B.V. vennootschap van

Nederlands recht met zetel in Amsterdam, handelend in eigen naam en/of in naam en voor rekening van een of meer door haar binnen de tien dagen na de homologatie aan te wijzen derde of derden, waarvoor zij zich sterk maakt. Dit handelsfonds bestaande uit:

1. de lichamelijke roerende goederen die zich ter plaatse op het adres van de gefailleerde bevinden en in magazijnen van derden, zoals in detail opgesomd in de inventaris, ter griffie neergelegd zoals beperkt in het contract van 9 oktober 1980.

2. De onroerende goederen, zijnde gebouwen en installaties gelegen te Antwerpen, (...) waarin de gefailleerde haar activiteiten uitoefende, zijnde een verwerkingsbedrijf van oliehoudende zaden, granen en bijprodukten, op gronden, eigendom van de Stad Antwerpen, gekadaastreerd sectie C, oorspronkelijk nr. 268/B, later nrs. 268/C en 268/D met een oorspronkelijke oppervlakte van 9 ha 40 a en thans op het kadaster gekend wijk A nr. 174/B voor een oppervlakte van 5 ha 14 ca, en wijk C nr. 268/H voor een oppervlakte van 3 ha 36 a en 11 ca.

3. De cliënteel.

4. Het recht op de concessie vanwege de Stad Antwerpen betreffende voornoemde gronden, voorwerp van een vergunningsovereenkomst met de Stad Antwerpen van 13 december 1971.

5. De andere lopende huurovereenkomsten, verzekeringscontracten, abonnementen en onderhoudsovereenkomsten, alsmede de technische bestellingen in uitvoering, zoals beperkt in het koopcontract van 9 oktober 1980.

6. De archieven en documenten.

Laat de curator toe voor het overige met deze firma een contract af te sluiten, zoals tussen partijen ondertekend op 9 oktober 1980 en waarvan een kopij wordt voorgelegd.

Legt de kosten van deze homologatieprocedure ten laste van de massa.

NOOT—De onderhandse verkoop van onroerende goederen door de curator

In deze noot zullen alleen maar de faillissementsrechtelijke aspecten van de boven afgedrukte beslissing worden besproken. Op de sociaalrechtelijke aspecten wordt niet ingegaan. Zie dienaangaande de C.A.O. nr. 32 van 28 februari 1978 tot aanpassing aan de Richtlijn van 14 februari 1977, alsmede R.C. Goffin en P.R. Nyssen, «Règlement des droits des travailleurs repris par un nouvel employeur reprenant l'actif de l'entreprise à la suite d'une faillite ou d'un concordat judiciaire», *J.T.T.*, 1980, 241-243.

1. Noch het begrip handelszaak, noch de verrichtingen waarvan een handelszaak het voorwerp kan uitmaken, worden in de Belgische wetgeving geregeld. De wet van 25 oktober 1919 op het in pand geven van de handelszaak maakt hierop de enige uitzondering.

Het ontbreken van enige algemene regeling houdt in dat de handelszaak tot nu toe niet wordt behandeld als een juridische universaliteit die als zodanig het voorwerp kan uitmaken van een rechtshandeling (W. Van Gerven, *Handels- en economisch recht*, I, 1975, 187). De kwalificatie van de handelszaak als een juridische entiteit werd op een impliciete wijze verworpen door het Hof van Cassatie (Cass., 6 november 1970, *Arr. Cass.*, 1971, 210, *R.C.J.B.*, 1972, 320, noot M. Fontaine).

Niettemin moet wel worden aangenomen dat een handelszaak meer is dan de enkele optelling van een aantal disparate bestanddelen. Ieder van de bestanddelen van de handelszaak heeft een gemeenschappelijke bestemming, nl. de uitoefening van een bepaalde handel. In die zin maakt ieder bestanddeel deel uit van een groter geheel. In rechtsleer en rechtspraak wordt de handelszaak in dat verband beschouwd als een entiteit, onderscheiden van haar bestanddelen: zij is een feitelijke universaliteit, die als zodanig meer waarde heeft dan ieder van haar afzonderlijke bestanddelen (J. Van Ginderachter, *De la nature juridique du fonds de commerce*, Brussel, 1938, 68-72, nr. 57 e.v. (universalité mixte); M. Vercruysse en E. Lauwers, *Le fonds de commerce*, Brussel, 1967, 19-20, nr. 11; Van Ryn en Heenen, I, 394, nr. 432; L. Fredericq, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, I, 1976, 400; zie voor een kritiek o.m. J. Limpens, noot Cass., 28 april 1949, *R.C.J.B.*, 1950, 101 e.v.).

De handelszaak kan als universaliteit het voorwerp uitmaken van een overdracht. Tussen partijen vindt deze overdracht plaats door de enkele toestemming. Ieder van de bestanddelen van de handelszaak moet niet in de overeenkomst worden aangeduid. Als partijen niet uitdrukkelijk bedingen welke bestanddelen worden overgedragen, neemt men aan dat de handelszaak het geheel van bestanddelen omvat die dienstig zijn bij de exploitatie van de onderneming (J. Van Ginderachter, *a.w.*, 139 e.v.; M. Vercruysse en E. Lauwers, *a.w.*, 37 e.v. en 87 e.v.; vgl. de door prof. Van Gerven voorgestelde omschrijving: W. Van Gerven, I, 186).

Algemeen wordt in België aangenomen dat onroerende goederen deel kunnen uitmaken van een handelszaak en als zodanig kunnen worden verkocht (M. Vercruysse en E. Lauwers, *a.w.*, 24-25, nr. 12 en 39, nr. 26; J. Van Ginderachter, *a.w.*, 155, nr. 154; W. Van Gerven, 187 e.v.; L. Fredericq, I, 401).

Wel moeten de partijen, als zij wilsovereenstemming hebben bereikt over de overdracht van de handelszaak, voor ieder van haar bestanddelen de speciale regelen inzake bekendmaking tegenover derden naleven: o.m. schuldvorderingen (art. 1690 B.W.), merken (deponering), onroerende goederen (authentieke akte en overschrijving: art. 1 Hyp. W.). Ieder van die bepalingen regelt de werking van de overdracht tegenover derden en raakt niet aan het beginsel van de tussen partijen voldoende zijnde wilsovereenstemming tot overdracht van de handelszaak als universaliteit.

2. Ten aanzien van de verkoop van onroerende goederen in geval van vereffening van het faillissement bevat de Faillissementswet een speciale regeling, nl. de openbare verkoop door de curator na machtiging van de rechter-commissaris, in aanwezigheid van de vrederechter en door het ambt van een notaris, daartoe aangewezen door de rechter-commissaris (art. 564 Faill. W., artt. 1186-1193 Ger. W.).

Deze door de Faillissementswet opgelegde regel bepaalt de modaliteiten inzake wilsovereenstemming bij de overdracht van onroerende goederen in het raam van een faillissementsvereffening: tussen de curator, bevoegd tot verkoop van roerende en onroerende goederen, en een potentiële koper van het onroerend goed kan alleen wilsovereenstemming tot stand komen in het raam van een overeenkomstig de artt. 1186-1193 Ger. W. geregelde openbare verkoop.

3. Men kan derhalve twee verschillende regelen onderscheiden: enerzijds kan de handelszaak als een geheel, met inbegrip van de onroerende goederen, worden overgedragen door partijen ten gevolge van de enkele wilsovereenstemming, met naleving van speciale regelen uitgevaardigd in het belang van derden (art. 1 Hyp. W.), anderzijds wordt de overdracht van onroerende goederen in het raam van een vereffening bij faillissement op een aparte, specifieke wijze geregeld in artikel 564 Faill. W., door de openbare verkoop overeenkomstig de artt. 1186-1193 Ger. W.

4. De regel van artikel 564 Faill. W. (artt. 1190 en 1193 Ger. W.) is van openbare orde (I. Verougstraete, *Manuel du curateur de faillite*, Brussel, 1979, 264, nr. 583; R. Matthijs, «Het faillissement», *T.P.R.*, 1979, 772; A. Cloquet, *Les concordats et la faillite*, *Les Nouvelles*, IV, 1975, 715, nr. 2561; L. De Wilde en L. Galaude, «Overzicht van rechtspraak (faillissement)», *T.P.R.*, 1974, 845; J.L. Jaspar, noot Kh. Gent, 28 september 1976, *B.R.H.*, 1977, 568). Deze bepalingen die de overdracht van onroerende goederen regelen naar aanleiding van de vereffening van de boedel, moeten voorrang krijgen op de eerstgenoemde regel.

Vele auteurs hebben kritiek uitgebracht op deze verouderde regeling en een wijziging van deze bepalingen voorgesteld waarbij, mits met naleving van bepaalde regelen, de onderhandse verkoop van onroerende goederen kan worden toegestaan (o.m. P. Coppens en F. 't Kint, «Examen de jurisprudence (1974-1979) (les faillites)», *R.C.J.B.*, 1979, 318-319, en 1974, 381; J.L. Jaspar, *a.w.*, *B.R.H.*, 1977, 563; L. De Wilde en L. Galaude, *a.w.*, *T.P.R.*, 1974, 845; F. De Villé-Schyns, noot Kh. Luik, 13 juli 1978, *Rev. Not. B.*, 1978, 559; R. G. Poncelet, «De la vente des immeubles sous régime de faillite», *B.R.H.*, 1969, 739 e.v.; aangaande de regeling voor minderjarigen: o.m. E. Vieujean, «Examen de jurisprudence 1970-75 (les personnes)», *R.C.J.B.*, 1977, 522 en de verwijzingen; R. Gotzen, *Minderjarigheid en faillissement: het probleem van de verkoop der onroerende goederen*, *R.W.*, 1977-78, 1465 e.v.; J.L. Rens, «Een rechtspraak die de notariële aansprakelijkheid in het gedrang brengt», *T. Not.*, 1978, 357 e.v.). Op het laatste congres van de Vlaamse Juristenvereniging (V.U.B., 26 april 1980) werd in de sectie faillissement aangestuurd op een wetswijziging ten einde de verkoop in der minne in bepaalde omstandigheden toe te laten (H. Braeckmans, verslag sectie faillissement, *R.W.*, 1979-80, 2900).

Met het oog op wetswijziging werd op 5 december 1979 een ontwerp ingediend «tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat betreft bepaalde verkopen van onroerende goederen» (*Parl. Doc.*, *Senaat*, 1979-80, nr. 320). Voordien werden reeds wetsvoorstellen in die zin ingediend (wetsvoorstel Verhaegen inzake minderjarigen, *Parl. Doc.*, *Kamer*, 1975-76, nr. 957, wetsvoorstel Baudson inzake faillissement, *Parl. Doc.*, *Kamer*, 1977-78, nr. 152; wetsvoorstel Storme, *Parl. Doc. Senaat*, B.J. 1979, nr. 66/1. Het ontwerp beoogt de aanvulling van deel IV, boek IV, hoofdstuk IV, door toevoeging van twee nieuwe bepalingen die de mogelijkheid bieden onroerende goederen uit de hand te verkopen in gevallen waarin het Gerechtelijk Wetboek thans de openbare verkoping voorschrijft: een nieuw artikel 1193bis zou de mogelijkheid tot onderhandse verkoop van onroerende goederen van de minderjarige regelen, en artikel 1193ter zou bepalen dat de

curator aan de rechtercommissaris de machtiging mag vragen uit de hand te verkopen. De machtiging wordt verleend indien het belang van de failliete boedel zulks vereist (aangaande het advies van de Raad van State omtrent de aard van deze beslissing: *Parl. Doc., Senaat*, 1979-80, nr. 320, 8).

Het ontwerp werd op 17 december 1980 door de Senaat aangenomen en naar de kamer overgezonden. Ondanks het vooruitzicht van een wetswijziging blijft vooralsnog de regel van Art. 564 F.W. (artt. 1190 en 1193 Ger. W.) gelden.

5. In het raam van de vereffening van de failliete boedel is het niet mogelijk een onderscheid te maken tussen onroerende goederen die tot de handelszaak behoren en goederen die tot het privé vermogen van de handelaar kunnen worden gerekend. De universaliteit en de eenheid van het faillissement is de algemene regel: voor ieder handelaar-natuurlijk persoon kan er maar één enkel faillissement bestaan dat zijn hele handelszaak en zijn privé vermogen omvat en waarvoor er maar één boedel is die in zijn geheel moet worden vereffend (artt. 7 en 8, Hyp. W.; vgl. W. Van Gerven, I, 179, nr. 22; Van Ryn en Heenen, IV, 204, nr. 2633). Men kan derhalve niet aannemen dat bepaalde onroerende goederen bij de vereffening van het faillissement niet openbaar en bepaalde onroerende goederen wel openbaar zouden worden verkocht. Een aparte regeling voor onroerende goederen, deel uitmakend van een handelszaak, kan niet worden geëigend.

6. De faillissementsvereffening wordt beheerst door twee fundamentele beginselen: de gelijke verdeling onder de schuldeisers (pondspondsgewijze) en de realisatie van een zo groot mogelijke opbrengst.

Men neemt aan dat de realisatie van een zo groot mogelijke opbrengst bij tegeldemaking van onroerende goederen wordt gewaarborgd door een openbare verkoop. Die waarborg volgt o.m. daaruit dat alle bidders in aanmerking komen: alle bidders zijn gelijk (cf. o.m. de voorwaarden van verkoop).

Die gelijkheid tussen de potentiële kopers bij openbare verkoop verschilt in haar voorwerp van de gelijkheid onder de schuldeisers die als fundamenteel beginsel van de Faillissementswet geldt en die door speciale regelen zoals o.m. door de artt. 445 en 466 Faill. W. wordt gewaarborgd. Toch kunnen zij in bepaalde gevallen in elkaars verlengde liggen, nl. in de mate dat zich onder de bidders schuldeisers bevinden.

Het beginsel van de realisatie van een zo hoog mogelijke opbrengst vindt men o.m. terug in artikel 477 Faill. W. dat de verkoop van roerende goederen die aan bederf onderhevig zijn, regelt (in uitzonderlijke gevallen werd dit artikel toegepast op onroerende goederen: R. Matthijs, *a.w.*, *T.P.R.*, 1979, 772 en de aldaar geciteerde rechtspraak).

De machtiging door de rechter-commissaris, de aanstelling van een notaris, het optreden van de vrederechter van het kanton waar de goederen gelegen zijn en de participatie door het publiek moeten ervoor zorgen dat de afwikkeling op een behoorlijke wijze, met inachtneming van de bovengenoemde beginselen, zal verlopen.

7. Het waarborgen van de gelijkheid en het oogmerk van een zo hoog mogelijke opbrengst zouden de twee regelen zijn, die als de «rule of reason» van de Faillissementswet en, meer specifiek, van artikel 564 Faill. W. (artt. 1190 en 1193 Ger. W.) kunnen worden aangeduid.

De «rule of reason» is een aan het Amerikaanse anti-

trustrecht ontleende interpretatieregel: zie o.m. M.A. Duggan, *Antitrust and the U.S. Supreme Court*, New York, 1972, 237; S.C. Oppenheim en G.E. Weston, *Federal antitrust law*, St. Paul, 1968, 18; aangaande de invoering van deze regel in de E.E.G.-rechtspraak van het Hof: P. Verloren van Themaat, «De artikelen 30-36 van het E.E.G.-Verdrag», *R.M. Themis*, 1980, 382 e.v.

Men zou als de «rule of reason» van artikel 564 Faill. W. (artt. 1190 en 1193 Ger. W.) kunnen aanduiden de rechtsregel(s) die men kan vormen uitgaande van het redelijk geachte doel van deze bepaling. Alleen wanneer het naar redelijkheid geachte doel van deze bepaling zou worden miskend, zou deze bepaling worden geschonden.

8. Bij de vereffening van het faillissement kunnen zich bijzondere situaties voordoen waarbij de failliete boedel, of een deel ervan, zou verloren gaan of minder zou opbrengen ten gevolge van een beslissing of een daad zoals bijvoorbeeld een splitsing van de boedel. In dat geval zou men ervoor kunnen opteren de failliete boedel, als een geheel, te behouden ten einde ieder onnodig verlies te vermijden. Een voorbeeld hiervan is de rechtspraak en rechtsleer inzake de lopende contracten. Aangenomen wordt dat het faillissement in principe geen einde maakt aan die contracten behalve indien zij werden aangegaan «intuitu personae» of wanneer het contract een uitdrukkelijk beding bevat inzake beëindiging in geval van faillissement. Belangrijk hierbij is dat aanvaard wordt dat de curator die contracten mag uitvoeren indien hij van oordeel is dat zij een voordeel zouden verschaffen aan de boedel (Van Ryn en Heenen, IV, 324, nr. 2782). Zo kan de curator bijvoorbeeld beslissen de arbeidsovereenkomsten verder uit te voeren en de lonen te betalen.

9. Wanneer de speciale casus voorligt waarbij de splitsing van de failliete boedel de opbrengst van de vereffening aanzienlijk zou verminderen, zou de curator ervoor kunnen opteren de openbare verkoop van de onroerende goederen terzijde te stellen. Voor alle duidelijkheid moet hierbij worden opgemerkt dat de controle door de rechter ter zake behouden moet blijven. Hierbij kan men de vraag stellen of dit impliceert dat de rechter die zijn machtiging verleent, een andere is dan degene die de faillietverklaring heeft uitgesproken.

De rechter aan wie de machtiging wordt gevraagd, draagt een grote verantwoordelijkheid. Hij zal in ieder geval nauwkeurig onderzoeken of er een uitzonderlijke reden is om de failliete boedel als een geheel met inbegrip van de onroerende goederen onderhands te verkopen en, zo ja, of alle potentiële kopers zijn aangezocht en of uit die rondvraag het beste bod naar voren is gekomen. Van groot belang is dat de rechter die zich buigt over de vraag tot machtiging vanwege de curator tot onderhandse verkoop, moet nagaan of een procedure is gevolgd die dezelfde waarborgen biedt als de openbare verkoop en overeenstemt met het door de organisatie van een openbare verkoop nagestreefde doel.

De onderhandse verkoop kan in bepaalde gevallen overigens meer waarborgen geven voor de optimale vereffening van de boedel: de rechter heeft een ruim inzicht in de voorgestelde verrichting, vooral aan de hand van het dossier van de curator. Hij beschikt daarbij over alle middelen tot onderzoek en kan bijvoorbeeld door een ondervraging van potentiële kopers, mogelijke combines ontdekken en verijdelen. In geval van openbare verkoop heeft de rechter dit controlerecht in mindere mate. Bij sommige openbare verkopen kan het gevaar bestaan dat geheime afspraken

worden gemaakt onder geïnteresseerden: zij wijzen onder elkaar de percelen aan waarop slechts één van hen een bod zal doen tegen een beperkte prijs en verdelen daarna onder elkaar de percelen die zij zo op gunstige voorwaarden hebben gekocht (zie de toelichting bij het bovengenoemde wetsvoorstel tot wijziging van artikel 564 Faill. W., *Parl. Doc., Kamer*, 1977-78, nr. 152, 2). Het verstoren of belemmeren van openbare opbiedingen wordt door artikel 314 Sw. trouwens alleen maar gestraft als dit gepaard gaat met geweld of bedreiging.

10. In het geannoteerde vonnis heeft de rechter op een minutieuze wijze zijn controlerecht uitgeoefend. Dit moet worden onderstreept.

Uit de voorgelegde stukken bleek dat de curator over de verkoop van de handelszaak in kwestie oorspronkelijk met veertien potentieel geïnteresseerden had onderhandeld, later met vijf onder hen en uiteindelijk daaruit het hoogste bod had genomen.

De voorzitter heeft in openbare zitting, aan alle aanwezigen gevraagd of een hoger bod werd gedaan.

Uit de stukken kon met zekerheid worden afgeleid dat bij openbare verkoop van het onroerend goed geen hogere prijs kon worden bereikt dan het uitgebrachte bod, aangezien het bod ertoe strekte de totale handelszaak over te nemen en voort te zetten en in die optiek slechts zin had. Daarbij werd trouwens overwogen dat, zelfs als een hoger bod bij openbare verkoop zou worden gedaan, de verhoging van het actief zeker niet zou opwegen tegen de schadevergoedingen die het faillissement zou moeten opnemen wegens verbreking van lopende contracten, die thans in de overname begrepen zijn. Ook de mogelijkheid dat de concessie vanwege de Stad Antwerpen een einde zou nemen kan de prijs bij openbare verkoop drukken.

De inhoud van de door de curator voorgelegde overeenkomst werd door de rechter op nauwkeurige wijze onderzocht, en, waar nodig, zelfs gewijzigd.

Uit het geheel van deze overwegingen blijkt het zeer uitzonderlijk karakter van de aan de rechter voorgelegde casus.

11. Tot besluit zonder rekening te houden met de opkomst zijnde wetswijziging moet worden beklemtoond dat *de lege lata* de verplichting tot openbare verkoop van onroerende goederen in het raam van de vereffening van het faillissement van openbare orde is en op die grond in acht moet worden genomen. Het zou met alle rede strijdig zijn het uitzonderlijk karakter van deze beslissing aan te halen ter verdediging van de vraag tot onderhandse verkoop van onverschillig welk onroerend goed.

Juridisch kunstmatige constructies zoals de stelling dat een onroerend goed deel uitmaakt van een handelszaak en op die grond aan de regel van de openbare verkoop zou ontsnappen, moeten worden verworpen. Ook de toepassing van artikel 477 Faill. W. op onroerende goederen moet om dezelfde reden worden verworpen. Zij zouden in geval van cassatieberoep gemakkelijk kunnen worden doorbroken.

Men kan wel de bedenking formuleren dat de toepassing van een wet die de beveiliging van bepaalde belangen op het oog heeft, er niet toe mag leiden dat juist door die toepassing aan die belangen op flagrante wijze te kort zou worden gedaan. Indien zulk te kort doen zou vaststaan en er kan, met dezelfde, of zelfs met meer waarborgen, nl. door een toezicht van de rechter, een andere weg gevolgd worden, dan is het nodig een buiten toepassing stellen van het wets-

voorschrift op deze wijze duidelijk te motiveren. De rechter deed dit. Daarin is de waarde van deze beslissing gelegen.

Herman Braeckmans

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 31 maart 1980

Ondernemingsraad — Veiligheidscomité — Instelling — Twee ondernemingen — Een zelfde technische bedrijfseenheid — Twee ondernemingsraden en veiligheidscomités — Fusie.

Hoewel de Arbeidsrechtbank te Namen in haar vonnis van 12 januari 1979 vaststelt dat twee vennootschappen één enkele technische bedrijfseenheid vormen, oordeelt zij dat bij de eerstvolgende sociale verkiezingen de in elke vennootschap bestaande ondernemingsraden en veiligheidscomités niet dienen te fusioneren, omdat sedert de instelling ervan «geen enkel nieuw gegeven aan het licht is gekomen dat de betrekkingen tussen beide vennootschappen zou kunnen wijzigen», zodat de voorgenomen fusie van de medezeggenschapsorganen ten deze «niet opportuun» werd geacht.

Op cassatieberoep van de betrokken vennootschappen wordt dat vonnis vernietigd:

«Overwegende dat volgens de artikelen 14, § 1, tweede lid, 1^o, van de wet van 20 september 1948 en 1, § 4, b, 1, tweede lid, van de wet van 10 juni 1952, gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, onder onderneming dient te worden verstaan de technische bedrijfseenheid, bepaald op grond van economische en sociale criteria, waarbij in geval van twijfel de sociale criteria primeren;

«Overwegende dat het vonnis vaststelt dat de verwerende vennootschappen dezelfde fabriek en dezelfde directie hebben, dat zij hun personeel vrij geregeld uitwisselen en industrieel van elkaar afhankelijk zijn en uit die gegevens afleidt dat beide vennootschappen in feite een enkele technische bedrijfseenheid vormen;

«Dat het bijgevolg, uitgaande van de opportuniteitsoverwegingen die het aangeeft, niet zonder schending van de in het middel bedoelde wetsbepalingen kon beslissen dat hun ondernemingsraden en hun comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen niet moeten fusioneren.»

(Voorzitter: de h. Gerniers—Raadsheer-rapporteur: de h. Mahillon—Advocaat-generaal: de h. Duchatelet—Advocaten: mrs. Dassel en Houtekier—In de zaak: N. V. S. e.a. t/ A. B. V. V.)

ERRATA

In de rede «Quo vadimus?», uitgesproken door de procureur-generaal F. Dumon op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1980, dienen de volgende verbeteringen te worden aangebracht:

— in kol. 893 op de 11e regel van onderen: *gewone* wet, i.p.v. bijzondere wet;

— in kol. 1052 op de laatste regel van de rede: *aanvat* i.p.v. hervat.