

DE SCHEIDING DER STAATSMACHTEN DE GRONDWETTELIJKE ONAFHANKELIJKHEID VAN DE RECHTERLIJKE MACHT – DE PARLEMENTAIRE ONDERZOEKSCOMMISSIES

1. In het eerste nummer van het *Rechtskundig Weekblad* van dit gerechtelijk jaar werd een nota, opgesteld door de hh. emeriti-procureurs-generaal in het Hof van Cassatie W.J. Ganshof van der Meersch, R. Delange, F. Dumon en R. Charles, gepubliceerd.

In die nota wordt de aandacht van de bevoegde autoriteiten gevestigd op de erge aantastingen van onze Grondwet i.h.b. betreffende de scheiding der Staatsmachten en de onafhankelijkheid van de Rechterlijke Macht, die vervat liggen in het wetsvoorstel «tot aanvulling van de wet van 3 mei 1880 op het parlementair onderzoek», ingediend door de volksvertegenwoordigers mevr. Onkelinx en de h. Di Rupo, en in het advies over dit wetsvoorstel, dat de Raad van State op 3 oktober 1989 heeft gegeven.

2. Op 30 april 1990 verscheen in de *Gedrukte Stukken* het lijvig verslag, uitgebracht namens de onderzoekscommissie die de Kamer van volksvertegenwoordigers had opgericht (Gew. zitt. 1989-1990 – 59/8, 9, 10 – 1988).

Dit parlementair onderzoek betreft «de wijze waarop de bestrijding van het banditisme en het terrorisme georganiseerd wordt».

Het verslag citeert het wetsvoorstel-Onkelinx en Di Rupo en geeft bijna volledig de tekst weer van het advies van de Raad van State, besproken door de vier procureurs-generaal.

De onderzoekscommissie heeft zeer waarschijnlijk geen gelegenheid gehad vóór het indienen van haar verslag inzake te nemen van de nota van de vier emeriti-procureurs-generaal in het Hof van Cassatie.

Het is mij passend voorgekomen dat verslag te commentariëren en i.v.m. sommige voorstellen van de onderzoekscommissie en van de Regering inzake de rechterlijke organisatie bepaalde bedenkingen naar voren te brengen.

3. Men mag zich niet ontveinzen dat de parlementaire onderzoekscommissie zeer grondig talrijke aspecten van de problemen heeft onderzocht die zij in beschouwing had genomen, uren, dagen en maanden eraan besteed, een belangrijke omvangrijke documentatie verzameld betreffende de experimenten in het buitenland met o.m. hulppolitiediensten, laboratoria, informaticadiensten...

Met dit betoog wensen wij geenszins die verdiensten in twijfel te trekken. Onze bedoeling is uitsluitend, enerzijds na te gaan of bepaalde handelingen, bedenkingen en overwegingen van de commissie het grondwettelijke principe van de scheiding der Staatsmachten en derhalve van de onafhankelijkheid van de Rechterlijke Macht niet miskend hebben, en anderzijds bepaalde voorstellen van de commissie, strekkende tot wijzigingen in de rechterlijke organisatie, te bespreken.

A. De onderwerpen van de werkzaamheden en het verslag van de parlementaire onderzoekscommissie

4. Die gezamenlijke onderwerpen betreffen de statuten, handelingen en verantwoordelijkheden zowel van de hoven en rechtbanken der Rechterlijke Macht als van de diverse bestaande politiediensten.

In ons grondwettelijk democratisch en parlementair stelsel zijn de verhoudingen tussen de drie Staatsmachten (i.h.b. tussen, enerzijds, de Wetgevende en de Uitvoerende Macht, en anderzijds die twee Machten en de Rechterlijke Macht), door het principe van de scheiding der Machten bepaald, niet dezelfde.

De Uitvoerende Macht is gewis een van onze drie Staatsmachten, en de andere twee, ingevolge het vereiste van de scheiding der Staatsmachten, mogen zich geen bevoegdheden aanmatigen die haar toebedeeld werden, doch het vigerende parlementaire stelsel voorziet uiteraard in een toezicht van de Wetgevende Kamers rechtstreeks op de ministers en onrechtstreeks, via de ministers, op de besturen, talrijke politiediensten hierin begrepen.

5. Wezenlijk verschillend zijn de grondwettelijke verhoudingen tussen de Rechterlijke Macht en de Wetgevende Kamers: hier zijn de hoven en rechtbanken volkomen onafhankelijk, met uitsluiting, derhalve, van enig toezicht, enige voogdij door de Wetgevende Kamers op de handelingen en verantwoordelijkheden van de Rechterlijke macht en de uitoefening van haar functies.

6. Dit betekent natuurlijk allerm minst, dat er geen enkel toezicht, geen rechtsmiddelen t.o.v. de handelingen en beslissingen van de rechtscolleges en hun magistraten bestaan; er zijn interne en externe beroepen, zoals het wezen zelf van een democratie het vereist (zie hierna, bij E).

7. Voorts, gezien de ruime wetgevende, normatieve bevoegdheden die de Grondwet aan de Wetgevende Macht toekent, moet die Macht, evenwel onder naleving van belangrijke bepalingen van de Grondwet, wetten betreffende de bevoegdheden van de hoven en rechtbanken en de rechterlijke organisatie aannemen; parlamentscommissies hebben bijgevolg het grondwettelijk recht onderzoekingen nopens de noodzakelijkheid en de gepastheid van nieuwe wetten te verrichten.

8. Uit die grondwettelijke principes vloeit noodzakelijk voort dat, zo al een parlementaire onderzoekscommissie de wetgevingen mag voorbereiden en toezicht op politiediensten mag uitoefenen, de Grondwet nochtans verbiedt dat die commissie tegelijkertijd of afzonderlijk ook de handelingen van de Rechterlijke Macht aan een toezicht en een voogdij onderwerpt.

9. De vraag is gerezen, of een parlementaire onderzoekscommissie het grondwettelijk recht bezit te eisen dat haar

inzage wordt verleend van expedities of afschriften van gerechtelijke onderzoeksverrichten en proceshandelingen.

Zoals hierna betoogd wordt, is dit, overeenkomstig de evenuiteengezette principes, volstrekt uitgesloten wat de beslissingen, handelingen van de magistraten der Rechterlijke Macht betreft.

10. Zou het grondwettelijk geoorloofd zijn dat die documenten aan een parlamentscommissie overgelegd worden om haar in staat te stellen, enerzijds de verrichtingen van de politiediensten te onderzoeken en te beoordelen, en anderzijds, met het oog op die beoordeling, de opdrachten door magistraten – procureurs des Konings en onderzoeksrechters – aan die diensten gegeven, te kennen?

Die overleggingen van gerechtsdossiers, waardoor onvermijdelijk de handelingen van de politiediensten en de beslissingen van de magistraten, te samen, aan het licht komen, zouden de parlamentscommissie ertoe leiden een ongeoorloofd toezicht op de Rechterlijke Macht te gaan uitoefenen, hetgeen bovendien het noodzakelijk wettelijk geheim karakter van de gerechtelijke informatie en instructies zou schenden.

11. Voorzeker moeten in ons grondwettelijk stelsel de attributies van de organen én van de Wetgevende én van de Rechterlijke Macht gevrijwaard worden, maar de uitoefening van de ene mag die van de andere niet hinderen, dwarsbomen of onmogelijk maken.

Moet de mededeling van gerechtsdossiers aan een parlementaire onderzoekscommissie als grondwettelijk ongeoorloofd beschouwd worden, toch kunnen andere samenwerkingsmethoden tussen het Parlement en de Rechterlijke Macht aangewend worden om de grondwettelijke opdrachten mogelijk te maken.

De procureurs-generaal bij de hoven van beroep hebben de mogelijkheid, het recht en ook de plicht aan een parlamentscommissie, via de minister van Justitie, alle inlichtingen te bezorgen die deze verlangt om haar *grondwettelijke* en wettelijke *opdracht* te kunnen vervullen.

Die commissie heeft tevens de gelegenheid gesprekken met die hoge magistraten te voeren die niet als getuigen voor de commissie verschijnen maar er optreden als welingelichte woordvoerders van de parketten en zelfs van de Rechterlijke Macht.

Die twee methoden, die de grondwettelijke beginselen respecteren, zijn het die wijselijk en gunstig n.a.v. de opdrachten van «het parlementair onderzoek betreffende de problemen in verband met de ordehandhaving en de private militie» toegepast werden (zie *Gedr. St., Senaat*, 1980-81, 295 – nr. 6, i.h.b. pp. 58, 59 – nrs. 11.3 en 12.1, 72 e.v.). De onderzoekscommissie inzake bestrijding van het banditisme en het terrorisme heeft integendeel gemeend het recht te hebben vierendertig magistraten van alle rangen zelfs in openbare vergaderingen op te roepen en te ondervragen.

B. Mededeling van gerechtsdossiers aan de parlementaire onderzoekscommissie

12. Dit probleem dient i.h.b. hier besproken te worden daar het wetsvoorstel – Onkelinx en Di Rupo bepaalt: «Geen enkele voor het onderzoek noodzakelijke inlichting mag worden achtergehouden. In criminele, correctionele, politie- en tuchtzaken *moet* de procureur-generaal bij het hof van beroep of de auditeur-generaal op uitdrukkelijk ver-

zoek van de voorzitter van de Kamer of van de voorzitter van de onderzoekscommissie een expeditie of een afschrift van de onderzoeksverrichtingen en proceshandelingen die de Kamer of de commissie voor het goede verloop van haar opdracht nuttig acht, afgeven.»

Op de beslissing van de Wetgevende Macht nopens dat wetsvoorstel vooruitlopende, heeft de parlementaire onderzoekscommissie inzage van zestien gerechtsdossiers gekregen (zie verslag van de commissie, p. 28). «La commission souhaite (ait) faire la lumière sur les raisons de l'échec de l'instruction judiciaire» (die zinsnede luidt anders in de Nederlandse tekst van het verslag, zie p. 24).

13. De vijf procureurs-generaal bij de hoven van beroep hebben hun instemming gegeven om die dossiers aan de commissie ter inzage te bezorgen. De deken van het college dier magistraten heeft ten overstaan van de leden der commissie verklaard: «Rekening houdend met het voorwerp van de parlementaire Commissie... is het college van oordeel dat de vraag tot mededeling van afschriften der akten van onderzoek en van rechtspleging uitgaande van de Commissie gerechtvaardigd kan zijn door een *rechtmatig belang* (*un intérêt légitime*), op zichzelf niet onverenigbaar is met het principe van scheiding der machten, en niet noodzakelijk moeten leiden naar een miskennis van deze grondwettelijke regel» (verslag, p. 26).

De verhoudingen van de onderzoekscommissie tot de magistratuur bepalende, zegt het verslag (p. 27): «Er wordt op gewezen dat de onderzoeksrechter een dubbele hoedanigheid heeft: voor sommige beslissingen treedt hij op als rechter, voor andere verrichtingen handelt hij als officier van de gerechtelijke politie. Over beslissingen genomen in deze laatste hoedanigheid kan hij door de Commissie worden ondervraagd.»

14. Bezwaarlijk te betwisten valt, dat het begrip *rechtmatig belang* (*intérêt légitime*) ter zake niet enkel onduidelijk maar ook ongepast en met de grondwettelijke beginselen strijdig is.

De verhoudingen tussen de Staatsmachten, de verantwoordelijkheden en beslissingen die onderscheidenlijk aan iedere Macht grondwettelijk toekomen, wat het beginsel van de scheiding der Staatsmachten hun toestaat of verbiedt te doen of te beslissen, worden bepaald door de grondwettelijk toegekende *machten, bevoegdheden en rechten*, met inachtneming van de wederzijdse onafhankelijkheid. Louter «belangen» kunnen de naleving van dat beginsel niet wijzigen en doen ontaarden.

Er is voorzeker van een «rechtmatig» («*légitime*») belang gewaagd. Maar dit begrip is zowel in het Nederlands als in het Frans onduidelijk; het betekent «volgens de *regels* of het recht, rechtvaardig, wettig... op eerlijke wijze verworven», «choses fondées sur un droit ou une raison qu'on ne pourrait violer sans injustice ou déraison... qui est conforme à l'équité, la justice ou la raison».

In het Belgisch positief recht onderscheidt men de juridisch beschermde en de niet juridisch beschermde belangen. Het is duidelijk dat, als onze grondwettelijke regels aan een parlamentscommissie geen recht toekennen juridisch te eisen dat haar gerechtsdossiers voorgelegd worden, men niet met een juridisch beschermd belang te doen heeft.

Bij deze bespreking van het begrip «belang» stippen wij nog volledigheidshalve aan: «hoewel de houder van sommige belangen die niet onwettelijk zijn, over geen recht be-

schikt om te eisen dat de rechtssubjecten die dergelijke voordelen toekennen, ze hem verder blijven verlenen, mag hij eisen dat derden ze hem niet foutief ontnemen» (Cass., 16 januari 1939, *Pas.*, 1939; I, 25; 2 mei 1955, *Arr. Cass.*, 1955, 725, en J. Ronse, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, p. 106...); b) de ontvankelijkheid van een rechtsmiddel voor de Raad van State en het Arbitragehof kan van de aanwezigheid van een «belang» afhangen.

Die begrippen zijn vreemd aan de grondwettelijke verhoudingen tussen de Wetgevende en de Rechterlijke Macht.

De Wetgevende Macht en haar organen, zoals parlementaire onderzoekscommissies, dienen wegens de grondwettelijke vereisten van de scheiding der Staatsmachten, de onafhankelijkheid van de hoven en rechtbanken der Rechterlijke Macht te eerbiedigen, en aanvoering van enigerlei belang – een vaag en veel omvattend begrip – kan zonder miskenning van onze Rechtsstaat geen uitzondering daarop toelaten.

Overlegging van gerechtsdossiers aan een parlementaire onderzoekscommissie leidt tot ongeoorloofd toezicht op en ongeoorloofde voogdij van de Wetgevende Macht over de Rechterlijke Macht (zie *infra*).

C. De medewerking, aan de werkzaamheden van de onderzoekscommissie, van drie emeriti-leden van de Rechterlijke Macht

15. «Drie ere-magistraten (emeriti-magistraten) werden in overeenstemming met de Minister van Justitie, aangewezen om de (aan de Commissie meegedeelde) dossiers te onderzoeken... Die *gerechtelijke* dossiers worden onderzocht door de aangestelde magistraten, die als experts de Commissie bijstaan en haar verslag geven. De commissieleden kunnen de werkzaamheden van de magistraten volgen en hen raadplegen omtrent de dossiers en de stand van het onderzoek. De regeling der werkzaamheden van de magistraten en de bepaling van de te onderzoeken punten wordt beslist door de Commissie...» (verslag namens de onderzoekscommissie uitgebracht, pp. 28 en 29).

16. Hoewel die magistraten in overeenstemming met de minister van Justitie door de onderzoekscommissie aangewezen werden, hoewel ook de bevoegde korpschefs zich daartegen niet verzet zouden hebben, waren zij geenszins leden van de Rechterlijke Macht die grondwettelijk en wetmatig het recht hadden in de schoot van die Macht een toezicht op de werkzaamheden en beslissingen van de hoven en rechtbanken, hun onderzoeksrechters en parketmagistraten uit te oefenen. Daartoe hadden zij uitsluitend een mandaat van een parlementaire onderzoekscommissie, dat deze hun met schending van de scheiding der Machten toegekend heeft.

17. De drie magistraten hebben aldus een gedetailleerd onderzoek van die gerechtsdossiers verricht, hebben handelingen van de Rechterlijke Macht beoordeeld, gekritiseerd en gemeend verzuimen te mogen ontdekken en betreuren.

Zij vermelden o.m. welke personen door een onderzoeksrechter verhoord werden, wat die personen verklaard hebben, op welk moment een procureur des Konings het instellen van een onderzoek gevorderd heeft en ten laste van wie. Zij oordelen dat er te laat tot een lijkschouwing overgegaan werd. Zij gaan zo ver dat zij denken te mogen schrijven: «Het zou passen dat een einde gemaakt worde aan die in-

stitutionele oogluikende medeplichtigheid («connivence institutionnelle») bestaande sedert eeuwen tussen de politie en de rechters. Die gemakkelijksoplossing heeft een betreurenswaardige laksheid in het leveren van het bewijs in strafzaken tot gevolg gehad. Al te vaak constateert men dat de schuld van de verdachten in eerste aanleg en in hoger beroep op een geheel verschillende wijze wordt beoordeeld. Het is niet goed dat er eerst in zoveel gevallen veroordeeld wordt en daarna vrijgesproken of omgekeerd. Dit is veelbetekend voor het morele gezag van het gewijsde in strafzaken. Bij terugslag is het gevolg van die laksheid dat er geen sprake meer is van enige nauwgezetheid bij de politionele opsporingen...» (verslag van de commissie, pp. 147-148).

Het springt in het oog dat de evenaangehaalde uitlatingen van de drie magistraten «experten» lichtvaardig en voor de magistraten beledigend zijn en bovendien de noodzaak van behandeling van rechtszaken voor twee graden van jurisdictie miskennen en de eerlijkheid van advocaten en magistraten zonder degelijk onderzoek en openlijk in twijfel trekken.

18. Door al die kritiekuitingen, aantijgingen en beoordelingen van handelingen van magistraten in haar verslag op te nemen, heeft de commissie ze noodzakelijk tot de hare gemaakt.

Zij heeft er talrijke andere aan toegevoegd: «Er waren van binnenuit sommige pogingen om de onderzoeken te doen ontsporen», «de Commissie is van oordeel dat er niet voldoende onderzocht en gecontroleerd werd of...», «ook bleken bepaalde dossiers zeer slordig behandeld», «sommige medewerkers binnen het gerechtelijk apparaat of binnen de politiediensten hebben lekken georganiseerd ten behoeve van misdadigers», «Vanwege de *leiding* van het onderzoek in Nijvel was er onvoldoende aandacht voor de informatie die door sommige onderzoekers werd aangebracht...», «de Commissie stelt vast dat zowel de kamer van inbeschuldigingstelling als de raadkamer geoordeeld hebben, zonder dat een (bepaald) verslag bij het dossier gevoegd was, noch door de onderzoeksrechter, noch door het openbaar ministerie, die nochtans de uitslag kenden», «een opeenvolging van onderzoeksrechters (in bepaalde zaken)», «een aantal zaken zijn op een niet te verantwoorden wijze verjaard», «de indruk mag niet worden gewekt dat een verjaring nagestreefd werd, om niet te moeten beslissen», «bepaalde wetersamenstellingen werden niet verricht of slechts maanden nadien, zodat een juiste appreciatie van de feiten ontbrak» (verslag, pp. 357 t.e.m. 362).

De commissie schrijft: «Op relatief korte termijn kan vrij eenvoudig worden verholpen aan de vastgestelde *gebreken*, met betrekking tot de wijze waarop het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek wordt gevoerd (verslag, p. 378). In het verslag (p. 378 van het vierde deel (vervolg) van het verslag) staat ook nog te lezen: «een lid beweert dat er onregelmatigheden zouden zijn gebeurd met de aanhoudingsmandaten».

Aantijgingen, kritiek, beoordelingen van het optreden van onderzoeksgerechten, magistraten van het openbaar ministerie, onderzoeksrechters, zonder dat bovendien blijkt dat de betrokken magistraten contradictoir de kans kregen erop te reageren.

D. De verwijten in en door de onderzoekscommissie uitgesproken van op magistraten uitgeoefende «druk»

19. Aantijgingen van uitoefening van druk of pressie, zonder verdere aanduiding van wat daardoor bedoeld wordt, kan uiterst nadelige indrukken nopens de rechtsbedeling in het leven roepen.

Daarom moet gepreciseerd worden welke de voorwerpen van die verwijten waren. Op p. 320 van het verslag van de commissie leest men : «Significant is, in dat verband, de getuigenis van een onderzoeksrechter die bevestigde dat hij ononderbroken werd getergd (harcelé) en op de hielen gezeten door het Parket (pressé par le parquet), dat op elk ogenblik wilde weten wat er gebeurde en dat het dossier onder eender welk voorwendsel kwam opvragen».

Die verwijten werden geheel ten onrechte tot een procureur des Konings gericht; immers, hij is het, en niet de onderzoeksrechter, die wettelijk belast is, onder de leiding van zijn procureur-generaal, met het instellen van de strafvordering. Die magistraat is derhalve wettelijk verplicht de onderzoeksrechter geregeld op te vorderen tot ambtsverrichtingen over te gaan, aan de onderzoeksrechter inlichtingen en onderrichtingen te geven die voor het onderzoek nuttig en nodig zijn; de procureur des Konings, verantwoordelijk voor tientallen dossiers, waarvan het ene inlichtingen kan opleveren die voor de andere nuttig zijn, moet zich bestendig op de hoogte houden van de gang van zaken in alle dossiers.

26. In een ander gedeelte van het verslag (p. 359) leest men : «De Commissie heeft vastgesteld dat bepaalde leden van het parket-generaal te Brussel (d.w.z. het parket van de procureur-generaal bij het hof van beroep aldaar) een onaanvaardbare druk hebben uitgeoefend op de onderzoeksrechter en op de procureur des Konings. De onderzoeksrechter werd voortdurend opgejaagd om toch maar met een aantal schuldigen voor de dag te komen.»

Die passage van het verslag laat ook een verkeerd begrip van de wettelijke rechterlijke organisatie blijken. De door de onderzoeksrechters verrichte instructies staan mede onder het toezicht van de procureur-generaal bij het hof van beroep die, wettelijk, persoonlijk, door andere hoge magistraten bijgestaan, belast is, in geheel zijn rechtsgebied, met de verantwoordelijkheid voor de strafvordering.

Het behoort bijgevolg tot de wettelijke ambtsplichten van die magistraten aan de procureurs des Konings en de onderzoeksrechters onderrichtingen en vorderingen te doen toekomen. Het valt niet uit te maken of, met te gewagen van «een onaanvaardbare druk» (p. 353 v.h. verslag), de onderzoekscommissie ofwel die regels van de strafvordering en de rechterlijke organisatie uit het oog heeft verloren, ofwel op enig ander ongeoorloofd optreden heeft gedoeld dat nochtans niet nader wordt aangegeven, hetgeen jammer genoeg twijfels doet rijzen nopens de wettelijkheid of de eerlijkheid van het optreden van het parket-generaal.

E. Toezicht en rechtsmiddelen

21. Zij worden door de aard zelve van de democratie geboden. Maar deze, gebaseerd op de Rechtsstaat, vereist evenzeer dat die toezichten en rechtsmiddelen het constitutioneel beginsel van de scheiding der Machten niet mis-kennen.

Onze Grondwet en de wetten genomen op basis en ter uitvoering van de Grondwet voorzien in talrijke toetsingen, toezichten en rechtsmiddelen die in en door de Rechterlijke Macht worden uitgeoefend, en door organen van die Macht en tevens door de belanghebbende rechtzoekenden op gang worden gebracht en ingesteld.

22. Er zij herinnerd aan het hiërarchisch toezicht van de procureur des Konings op zijn substituten, van de procureur-generaal bij een hof van beroep op de magistraten van het parket-generaal, de procureur des Konings en diens substituten, aan het recht van een door een misdrijf geschade persoon de verdachten rechtstreeks voor een strafgerecht te dagvaarden, aan het recht van injunctie en impulsie van de minister van Justitie, die echter de verantwoordelijkheid voor de leiding van de vervolging en van de strafvordering die aan de procureurs-generaal toevertrouwd is, niet op zich mag nemen (Verklaring in de Senaat op 24 oktober 1979, *Handelingen*, pp. 72-73).

23. De beslissingen van de onderzoeks- en vonnisgerechten zijn vatbaar voor hoger beroep en cassatieberoep, ingesteld door de betrokken partijen en het openbaar ministerie.

24. Het Hof van Cassatie vernietigt vonnissen en arresten en ook handelingen van het openbaar ministerie, op door de procureur-generaal in het Hof van Cassatie ingestelde voorzieningen.

25. Kan men redelijkerwijze en met kennis van zaken oordelen, dat de rechtsbedeling in ons land sinds 1830 de belangen, de rechten en de veiligheid van de gemeenschap en van de enkelingen niet gediend en gevrijwaard heeft?

Zeker is het hoogst betreurenswaardig dat gerechtelijke opsporingen niet de ontdekking van bijzonder gevaarlijke daden van zware misdrijven mogelijk hebben gemaakt.

Maar dit mag in een democratische Rechtsstaat geen reden zijn om de rechtsbedeling onder een toezicht en een voorgedij van politieke autoriteiten te plaatsen, hetgeen, zoals de geschiedenis en de rechtsvergelijking en experimenten in vreemde landen duidelijk aantonen, tot rechtsonzekerheid, ontarding van de rechtsbedeling en verdwijning van de Rechtsstaat leidt.

F. Voorstellen van de commissie, inzake rechterlijke organisatie

a) *Het statuut en de opdrachten van de onderzoeksrechter* (verslag, pp. 378-379).

26. (i) Een noodzakelijk, wijs en nuttig voorstel, dat trouwens sinds jaren door korpschefs van de Rechterlijke Macht aan de opeenvolgende regeringen gedaan werd, bestaat hierin, dat «de verdediging en de burgerlijke partij het recht moeten hebben aan de onderzoeksrechter de uitvoering van bepaalde ambtsverrichtingen te vragen. De rechter zou daarop met een gemotiveerde beschikking moeten antwoorden». Tegen zijn beslissing zou een beroep bij de kamer van inbeschuldigingstelling mogelijk zijn (dit juridisch beschermd belang wordt in de rechtsliteratuur het «droit de requête» genoemd).

27. (ii) «De onderzoeksrechter wordt onttrokken aan het hiërarchisch gezag van de procureur-generaal. Hij verliest zijn hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie en wordt volledig rechter. In dit voorstel heeft de onderzoeksrechter dus niet meer de dagelijkse leiding van een beperkt

aantal belangrijke dossiers maar oefent hij een controle uit op alle onderzoeken van zodra één der belanghebbenden om zijn tussenkomst verzoekt»; «In de optie van de Commissie controleert de onderzoeksrechter de wettelijkheid van het onderzoek en gaat hij in het bijzonder na of de rechten van het individu worden gerespecteerd en of de bewijzen voldoende zijn. Hij wordt de rechter van het onderzoek».

28.(iii) Aangenomen moet worden, dat de commissie voorstelt dat het gerechtelijk onderzoek door het openbaar ministerie geleid en uitgevoerd wordt: «de onderzoeksrechter controleert de wettelijkheid van het onderzoek ... hij oefent een controle uit op alle onderzoeken van zodra één der belanghebbenden om zijn tussenkomst verzoekt».

29. Een soortgelijk voorstel werd reeds in 1914 in België door het *Conseil de législation* gedaan en in Frankrijk kort na de bevrijding van 1944-1945 door professor Donnedieu de Vabres. Kortelings werd nog een nieuw voorstel in dezelfde zin aan de Franse Regering gedaan door een commissie, voorgezeten door mevr. Delmas-Marty, professor aan de Universiteit Parijs XI.

30. De grondwettelijke en wettelijke regels betreffende de rechten van de individuen en de opdrachten alsmede het grondwettelijk statuut van de hoven en rechtbanken zijn niet dezelfde in Frankrijk en in België.

31. In België mag alleen een rechter de preventieve hechtenis bevelen, getuigen onder eed ondervragen, huiszoekingen gelasten en, behoudens in bepaalde gevallen, op goederen beslag leggen.

Dit zijn maatregelen die in talrijke gerechtelijke instructies absoluut noodzakelijk zijn om de waarheid te kunnen ontdekken en de verdachten voor de bevoegde rechtscollèges te kunnen doen verschijnen.

32. Thans is het de onderzoeksrechter die, van ambtswege of op vordering van het openbaar ministerie, al die ambtsverrichtingen uitvoert.

Mocht de Wetgevende Macht het voorstel van de parlementaire onderzoekscommissie aanvaarden, dan zou dit tot gevolg hebben dat een rechter, die niet meer een onderzoeksrechter maar een «rechter van het onderzoek» zou zijn, het dossier van het door het parket geleide onderzoek helemaal niet meer zou kennen, alle bovengenoemde ambtsdaden niet meer zelf zou verrichten maar ze zou kunnen bevelen op verzoek van de bevoegde magistraat van het openbaar ministerie, na diens uiteenzetting gehoord te hebben, desnoods het dossier ingekeken te hebben, misschien ook de verdachten en de burgerlijke partij gehoord te hebben.

33. De ervaren magistraten van de zetel en van het openbaar ministerie zullen, dunkt mij, beter dan leden van een parlementscommissie, van ministerkabinetten en administraties en ook in ruste gestelde magistraten, kunnen oordelen en aan het Parlement duidelijk maken of het voorgestelde nieuwe stelsel niet onvermijdelijk tot nadelige vertragingen in de gerechtelijke onderzoeken zal leiden en de ontdekking van de waarheid sterk zal bemoeilijken.

b) Het statuut en de opdrachten van de magistraten van het openbaar ministerie

34. Het verslag van de commissie beklemtoont helemaal terecht — in overeenstemming met de ernstige en bevoegde doctrine: «Het openbaar ministerie oefent onafhankelijk, als *orgaan van de Rechterlijke Macht*, de publieke vordering

uit» (p. 378), en ook: «De Minister van Justitie in verband met het crimineel beleid (in het Frans: la politique criminelle) behoudt zijn positief injunctierecht. Een negatieve injunctie van de Minister van Justitie moet verboden blijven» (p. 377).

Het verslag overweegt ook zeer wijselijk: «Geregeld moet de wetgever nagaan of in talrijke bepalingen van het Strafwetboek en vooral van de bijzondere strafwetten er geen overbodige, weinig nuttige en zelden of nooit toegepaste strafbepalingen zijn die beter kunnen worden opgeheven» (p. 375).

35. De opdrachten onderzoekende die inzake opsporing en vervolging van de misdrijven aan het Parlement, de Regering en de magistraten van het openbaar ministerie toekomen, constateert en overweegt het verslag van de commissie: «Uit de grote hoeveelheid misdrijven wordt dus een selectie gemaakt, wordt bepaald welke bij voorrang zullen worden opgespoord en vervolgd. Het opsporings- en vervolgingsbeleid is dus het geheel aan beleidskeuzes die, bewust of onbewust, systematisch overdacht en gepland of niet, worden gemaakt. Beleidskeuzes maken is aan politiek doen» (p. 375).

«Daarnaast rijst de vraag welk soort vervolgingen wordt ingesteld: welke straffen worden gevorderd voor welke misdrijven? Wordt de nadruk gelegd op de gevangenisstraf, ook de korte? Of wordt veeleer gewerkt met geldboetes, al dan niet aangepast aan het inkomen? Worden alternatieve sancties mogelijk gemaakt en toegepast? Ook hier gaat het om beleidskeuzes, die bovendien mede worden bepaald door de mogelijkheden tot uitvoering van verschillende soorten sancties (aantal cellen; begeleidingsdiensten voor de alternatieve sancties)» (p. 37).

«Vermits het vervolgingsbeleid en het opsporingsbeleid een politiek beleid zijn, moet de verantwoordelijkheid daarvoor bij de uitvoerende macht liggen. Deze is in een democratische rechtsstaat op haar beurt verantwoording verschuldigd aan het Parlement. Wanneer de wetgevende macht bepaalt welke daden strafrechtelijk kunnen worden bestraft, komt het haar ook toe om te controleren welke misdrijven daadwerkelijk en bij voorrang worden vervolgd. Het kan immers niet dat de Wetgever wil dat bepaalde daden strafbaar worden gesteld en daartoe een wet stemt, maar dat de verantwoordelijken voor het vervolgingsbeleid van de wet haast een dode letter zouden maken (cf. wet op het racisme en xenofobie). Dat is vanuit democratisch oogpunt onaanvaardbaar.

«De Minister van Justitie moet algemene richtlijnen kunnen uitvaardigen met betrekking tot het vervolgingsbeleid en het opsporingsbeleid, ten aanzien van het Openbaar Ministerie en, via het Openbaar Ministerie, ten aanzien van de politiediensten. De Minister van Justitie controleert de uitvoering van zijn richtlijnen; de procureurs-generaal leggen daarover bij hem verantwoording af. De procureurs-generaal zullen op hun beurt aan de Minister adviezen geven en suggesties doen in verband met het crimineel beleid. De Minister behoudt zijn positief injunctierecht. Een negatieve injunctie van de Minister van Justitie moet verboden blijven» (pp. 376-377).

«Het Parlement vraagt verantwoording voor en oefent controle uit op het beleid dat bepaalt welke misdrijven bij voorrang worden vervolgd, aan welke misdrijven het meest aandacht wordt geschonken, en op de wijze waarop de onder-

zoeken worden uitgevoerd. Daartoe moet een voortdurende samenspraak worden georganiseerd tussen het Parlement en de Minister van Justitie. Op zeer geregelde tijdstippen moet via beleidsnota's door de Minister een duidelijk beeld worden gegeven over de prioriteiten bij het opsporings- en vervolgingsbeleid en over de bij de opsporing aangewende methodes. Vanzelfsprekend steunt de Minister daarvoor mede op de verslagen, de verantwoording en de adviezen die hem worden gegeven door de procureurs-generaal.

«Het Parlement en de vaste parlementaire Commissie, die zich kan laten bijstaan door deskundigen, zullen dus, als wetgevende en controlerende instantie, de grote lijnen bepalen van het strafrechtelijk beleid» (p. 376).

«Bij wet is de strafvordering toegekend aan het Openbaar Ministerie. Binnen het kader van de richtlijnen van de Minister van Justitie over het vervolgingsbeleid, oordeelt het parket onafhankelijk of er in een bepaalde zaak al dan niet vervolging moet worden ingesteld. Het al dan niet vervolgen in individuele zaken blijft een autonome bevoegdheid van het parket: dat kan niet voldoende worden benadrukt. Inmenging van de politieke overheid in de beslissing tot vervolgen van een bepaalde burger, kan niet worden geduld.

«De procureurs doen de wanbedrijven en misdaden opsporen. Zij hebben de leiding en de verantwoordelijkheid van het opsporingsonderzoek. Ook hier geldt dat zij onafhankelijk beslissingen nemen in het opsporingsonderzoek, overeenkomstig de wet en de richtlijnen van de Minister van Justitie.

«De parketmagistraten zijn voor hun beleid verantwoording verschuldigd aan de Minister van Justitie, die op zijn beurt verantwoording moet afleggen bij het Parlement. Dit is niet alleen een waarborg voor een democratische werking, maar ook een waarborg voor een meer efficiënte werking. Een verantwoordelijkheidsplicht sluit uit dat de leemtes van het systeem en het falen van de werking zouden kunnen verholud worden achter principes van onafhankelijkheid en niet-inmenging. Het principe van de onafhankelijkheid is te belangrijk dan dat de mogelijkheid tot oneigenlijk gebruik gecreëerd zou worden» (p. 377).

36. «Beleidskeuzes maken is aan politiek doen», schrijft de onderzoekscommissie dus, en zij voegt hieraan toe: «Vermits het vervolgingsbeleid en het opsporingsbeleid een *politiek beleid* zijn, moet de verantwoordelijkheid daarvoor bij de *Uitvoerende Macht* liggen.»

Ontelbaar zijn de substantieven, adjectieven, werkwoorden, begrippen, waardeoordelen waar het woord «politiek» bijgezet wordt.

Vaak schrijft men dat een «politiek» al dan niet partijpolitisch is («politique politicienne», o.m. in *Le Monde*, 9 juni 1973 en 31 januari 1975).

Een toneelstuk, een film worden als politiek bestempeld, wanneer zij handelen over het regime (dictatuur of democratie) van een Staat, of over conflicten tussen groepen in de maatschappij. De opvoering van een toneelwerk onder bepaalde omstandigheden is een politiek feit (bij bv. *Coriolanus* of *De Stomme van Portici*...). Zeer *ad rem* werd gepreciseerd, dat de politiek in wezen het beleid is van regeringen en ook van besturen die vrij van de dwang van rechtsregels of bij afwezigheid van zulke regels, beslissen, handelen o.a. op grondslag van wat «behoort», «opportuun» is of volgens hen dient te gebeuren.

Een besluit van de Vlaamse Executieve m.b.t. het personeelsbeleid zegt, in de Franse vertaling: *la politique du personnel* (B.S., 10 aug. 1990, p. 15662).

De ondernemingen en bedrijven voeren bepaalde commerciële, economische, financiële, budgettaire «politieken», d.w.z. na onderzoekingen, keuzen en opties, bepaalde handelingen en gedragingen.

37. Uit dit alles blijkt, dat men niet mag stellen dat, daar het vervolgings- en het opsporingsbeleid een politiek beleid zijn, de verantwoordelijkheid daarvoor bij de Uitvoerende Macht moet berusten.

38. Overigens, om uit te maken wie, welke autoriteit, in ons grondwettelijk stelsel aangewezen of het best aangewezen is om de verantwoordelijkheid voor de «criminele politiek» in handen te nemen, dient eerst uitgemaakt te worden wat die begrippen, die veelomvattend en dan ook niet nauwkeurig zijn, in de opvatting van de commissie betekenen.

Het verslag van de commissie vermeldt als tot die begrippen behorende o.m. «de vraag welke straffen worden gevorderd en voor welke misdrijven de nadruk wordt gelegd op de gevangenisstraf... of veeleer gewerkt wordt met geldboetes, al dan niet aangepast aan het inkomen? Worden alternatieve sancties mogelijk gemaakt en toegepast?...»

39. Het dunkt ons duidelijk, enerzijds, dat het uitsluitend aan de Wetgevende Macht toekomt te beslissen of geldboetes aan het inkomen van de verdachten of van de voor hen civielrechtelijk aansprakelijke personen aangepast mogen of moeten worden (en hoe die beslissingen genomen kunnen worden), ofwel of alternatieve sancties getroffen mogen worden of niet. Dit zijn politieke *keuzen* en aangelegenheden voor de Wetgevende en niet voor de Uitvoerende Macht.

40. Het is anderzijds ook evident, dat men niet goed inziet hoe, in een constitutioneel stelsel als het onze waarin een scheiding der Staatsmachten heerst, de Uitvoerende Macht, i.h.b. de minister van Justitie, al dan niet door ambtenaren bijgestaan, aan magistraten bevelen, richtlijnen zou mogen geven betreffende de straffen die gevorderd en daarna uitgesproken zullen worden.

Een dergelijk stelsel wordt weliswaar in andere landen toegepast; magistraten worden door de *Garde des Sceaux* verzocht bij hem instructies te vragen. Maar dit zijn geen methodes die het Belgisch rechtsbewustzijn aanvaardt. De magistraten van het openbaar ministerie beslissen in geweten en in volkomen vrijheid, rekening houdend met de bewezen ten laste gelegde feiten, de persoonlijkheid van de verdachte – die uiteraard van de ene tot de andere persoon verschilt – welke straffen zij zullen vorderen.

41. Is het een probleem van «beleid» (van «politiek») uit te maken «welke misdrijven» vervolgd zullen worden?

Natuurlijk niet; de feiten en verzuiemen die de wet «misdrijven» heet, moeten principieel (zie hierna, het opportuniteitsbeginsel) tot vervolging aanleiding geven; er bestaat daartoe geen keuze voor de magistraten en nog minder voor de Uitvoerende Macht, niettegenstaande de lichtvaardige meningen die daaromtrent tussen de jaren 1973 en 1990 naar voren gebracht werden inzake strafvervolgning wegens vruchtafdrijvingen.

Betreffende het hanteren van het opportuniteitsbeginsel: in-gevolge het opportuniteitsbeginsel heeft het openbaar ministerie het recht en de plicht niet te vervolgen, hoewel de

ten laste gelegde feiten vaststaan, in de hierna samengevatte omstandigheden. Dit stelsel vigeert o.m. in Nederland, Frankrijk en België. In Nederland wordt het met zoveel woorden door het Wetboek van Strafvordering bepaald, en om dit beginsel volledig doeltreffend te maken beschikt het openbaar ministerie ginds over het «monopolie» van de instelling van de strafvordering; bijgevolg is geen rechtstreekse dagvaarding door de door een misdrijf gelaedeerde persoon mogelijk.

In Frankrijk en België, ofschoon door geen enkele wettekst met zoveel woorden voorgeschreven, geldt dat beginsel eveneens, daar het noodzakelijk uit de wettelijke opdrachten van het openbaar ministerie, orgaan van de Rechterlijke Macht, en de aard en de sociale doeleinden van de strafvordering en het strafrecht voortvloeit.

42. De moderne, wetenschappelijke en humane denkmethodes hebben doorgaans de strakke legaliteit van de strafvordering — een misdrijf, dus noodzakelijk en verplicht ook een vervolging — afgewezen ten voordele van een stelsel gebaseerd op de opportuniteit van de strafvervolgung.

Opportuniteit, berustend op de noodzaak van de individualisering van de strafsancities, de noodzaak de delinquenten heraan te passen aan het leven in de maatschappij en te beletten dat een vervolging meer kwaad dan goed sticht, de noodzaak de maatschappij te beschermen en de noodzaak de betrokken belangen tegenover elkaar af te wegen.

43. De nota van de vier emeriti-procureurs-generaal in het Hof van Cassatie heeft duidelijk aangetoond, in de navolgende bewoordingen, dat het hanteren van het opportuniteitsbeginsel een *ware jurisdictionele opdracht* is daar de magistraten van het openbaar ministerie in ons land, als leden van de Rechterlijke Macht, de opdracht en de verantwoordelijkheid gekregen hebben de strafvorderingen bij de hoven en rechtbanken in te stellen nadat zij «in geweten en op grond van hun *beroepskennis* en ervaring *geoordeeld* hebben of, enerzijds, er genoegzame aanwijzingen van schuld bestaan of niet en, anderzijds, of, gelet én op de imperatieven van de wet, én op de belangen zowel van de maatschappij als van de personen die de strafwet mochten hebben miskend, een vervolging al dan niet moet worden ingespannen».

44. Zou redelijkerwijze en conform de constitutionele beginselen de minister van Justitie zich in dat opzicht in de plaats van de magistraten mogen stellen, en zou het Parlement daarop een toezicht mogen uitoefenen?

Zodoende zou de minister van Justitie de strafvordering persoonlijk in handen nemen, hetgeen hem niet toekomt (zie *Handelingen Senaat*, 24 oktober 1979, pp. 72-73) — en men ziet niet goed in hoe, anderzijds, het Parlement praktisch en degelijk een controle zou kunnen uitoefenen «op het beleid dat bepaalt welke misdrijven bij voorrang worden vervolgd, aan welke misdrijven het meest aandacht wordt geschonken» en «op de wijze waarop de onderzoeken worden uitgevoerd».

Kunnen onze constitutionele beginselen trouwens een politiek toezicht van die aard op de Rechterlijke Macht gedogen?

45. Gewis, daar de minister van Justitie het recht heeft aan de bevoegde magistraat van het openbaar ministerie het bevel te geven te vervolgen in zaken die geseponeerd werden, en daar de Wetgevende Kamers de opdracht hebben de minister ter verantwoording te roepen wanneer hij dit gedaan of nagelaten heeft in gevallen waarin de handhaving

van de orde en de bescherming van de maatschappij dat oplegden of niet, moet die minister vanzelfsprekend door de procureurs-generaal bij de hoven van beroep ingelicht worden over hun vervolgings-«beleid». Dit beleid kan besproken worden op de vergaderingen van het college van de procureurs-generaal bij de hoven van beroep, desgewenst voorgezeten door de minister van Justitie, zoals dat trouwens al sedert lange jaren geschiedt. Dat college geeft aanwijzingen, wenken, richtlijnen aan de magistraten van het parket wat het hanteren van het opportuniteitsbeginsel betreft.

Strakke en nauwkeurige, en zelfs algemene instructies op dat gebied zijn onmogelijk, maar aangewezen zijn wel wenken, aanduidingen en zelfs richtlijnen, d.w.z. dat aldus aan de magistraten voor wie zij bestemd zijn t.a.v. het te bereiken doel een ruime beoordelingsmarge gelaten wordt.

G. Het statuut van de procureurs-generaal bij de hoven van beroep

46. Na de indiening van het verslag van de parlementaire onderzoekscommissie heeft de h. eerste minister Martens op 5 juni 1990 voor de Kamer van Volksvertegenwoordigers verklaard: De functie van de procureur-generaal bij de hoven van beroep zal tot een niet hernieuwbare termijn van tien jaar beperkt worden («La fonction de procureur général près les cours d'appel sera limitée à un terme non renouvelable de dix années», *Kamer, Beknopt Verslag* van 5 juni 1990, p. 1044).

Bezwaren van grondwettelijke, wettelijke en technische aard rijzen t.o.v. een dergelijke ingrijpende wijziging van het statuut van die hoge magistraten.

47. De leden van de Rechterlijke Macht worden grondwettelijk voor het leven benoemd. Zulks is een waarborg voor de bij hen vereiste onafhankelijkheid.

Artikel 100 van de Grondwet bepaalt weliswaar: «De *rechters* worden voor het leven benoemd» en «Geen rechter kan uit zijn ambt worden ontzet of worden geschorst dan door een vonnis», terwijl artikel 101 bepaalt: «De Koning benoemt en ontslaat de ambtenaren van het openbaar ministerie bij de hoven en rechtbanken». (De originele Franse tekst van de Grondwet drukt het beter uit: «Le Roi nomme et révoque les *officiers* du ministère public...».)

Uit de interpretatie en toepassing, door de gerechten, het Parlement en de Uitvoerende Macht van beide artikelen blijkt dat de rechters en de magistraten van het openbaar ministerie alleen wegens deontologische of disciplinaire tekortkomingen (ambtsplichten verzuimen, door hun gedrag afbreuk doen aan de waardigheid van het ambt) ontzet of ontslagen mogen worden. Aldus is een constitutionele gewoonte (in het Engels *Convention of the Constitution*) ontstaan volgens welke ook de magistraten van het openbaar ministerie principieel voor het leven worden benoemd.

Zoals men weet, worden sinds de inwerkingtreding van de wet van 25 juli 1867 de magistraten van de zetel en van het openbaar ministerie wettelijk in ruste gesteld wanneer zij een bepaalde leeftijd bereikt hebben. Om die wet met de bepalingen van de Grondwet verenigbaar te maken, heeft de wetgever van 1867 beslist (in het Gerechtelijk Wetboek overgenomen bepalingen), dat de magistraat van wie de ambtsuitoefening een einde neemt wegens het bereiken van een bepaalde leeftijd *emeritus-magistraat* wordt, d.w.z. dat hij altijd lid van de Rechterlijke Macht blijft, dat hij bijgevolg

voor zijn gehele levensduur o.m. recht heeft op alle aan zijn hoedanigheid verbonden eerbetuigingen, dat de wettelijke bepalingen betreffende de onverenigbaarheden en andere beperkingen van activiteit nog steeds op hem toepasselijk zijn, dat de bijzondere procedure, bepaald door de artikelen 479 en volgende van het Wetboek van Strafvordering te zijnen opzichte ook toepasselijk blijven (men raadplege het arrest van het Hof van Cassatie van 5 januari 1959 en de daaraan voorafgegangene conclusie, in *R.W.*, 1958-59, 1197-1212).

Tot met recente wetten genoten de emeriti-magistraten een pensioenbedrag gelijk aan de wedde die zij ontvingen toen zij in functie waren.

Het in 1867 ingevoerde stelsel geldt nog steeds en nooit werd een onderscheid gemaakt tussen de magistraten van de zetel en die van het parket.

De constitutionele gewoonterechtelijke regel, volgens welke de magistraten van het openbaar ministerie, zoals de rechters, voor het leven worden benoemd, is vanaf 1867 tot op heden bevestigd of toegepast, daar sedert dat jaar de koninklijke besluiten waarbij het ontslag wordt vastgesteld, wegens het bereiken van de leeftijdsgrens, van honderden magistraten van het openbaar ministerie bepalen dat zij «recht hebben op het emeritaat», wat natuurlijk inhoudt dat zij voor het leven benoemd waren.

Een wet waarbij het regeringsvoorstel voor een tijdelijk mandaat van de procureurs-generaal bij de hoven van beroep wordt aangenomen, zou die grondwettelijke regels mis-kennen.

48. Nog een bezwaar is de kwestie van de ambtelijke toestand van een procureur-generaal bij een hof van beroep na het einde van zijn tien jaar ambtsuitoefening.

In parlementaire en regeringskringen wordt daarop geantwoord, dat hij in het Hof van Cassatie benoemd zou worden. Maar is dit grondwettelijk, wettelijk en feitelijk doenbaar?

Om tot raadsheer in het Hof van Cassatie benoemd te kunnen worden, moet men worden voorgedragen door het Hof van Cassatie zelf of door de Senaat (Grondwet, artikel 99). De Regering kan grondwettelijk bepaalde voordrachten niet opleggen.

Sedert meer dan honderd jaar worden de advocaten-generaal in het Hof van Cassatie op voordracht van de procureur-generaal in dat Hof benoemd. Dank zij die grondwettelijke en wettelijke gewoonte heeft onze rechtsbedeling steeds beschikt over een voortreffelijke ploeg – dit zal al-lerminst betwist kunnen worden – van eminente juristen, door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest van 17 januari 1970 *the legal advisers of the Court* ge-heten (*Publications de la Cour*, Série A, Affaire Delcourt), die het Hof met hun omstandige conclusies *in alle zaken* bij-staan.

De procureur-generaal in het Hof van Cassatie is steeds een magistraat die gedurende lange jaren (gemiddeld twin-tig) gerechtelijke ambten in eerste aanleg en in hoger beroep bekleed heeft alvorens het opperste Hof te bereiken. Wan-neer hij tot de hoogste rang aldaar is opgeklommen, heeft hij al een hele tijd het ambt van advocaat-generaal in het Hof van Cassatie vervuld.

Hij heeft nauwgezet en aandachtig de uitoefening van hun functies i.h.b. door de magistraten van de hoven van beroep gevolgd en kunnen beoordelen.

Hij weet dan ook beter dan wie ook welke de professio-nale en morele vereisten zijn om het ambt van advocaat-ge-neraal waar te nemen en ook welke de magistraten zijn die daartoe in aanmerking kunnen komen. Hij vult zijn persoon-lijke inzichten, vakkennis en ervaring aan met de consultatie o.m. van magistraten van de zetel van het Hof en van zijn advocaten-generaal.

Dit alles wordt neergeschreven in een omstandig verslag dat toegezonden wordt aan de minister van Justitie, die al-dus, volledig ingelicht, zijn voorstel van benoeming aan de Koning voorlegt.

Er moge aan herinnerd worden, dat de procureur-gene-raal en de advocaten-generaal in het Hof van Cassatie niet als een partij voor dat Hof optreden, dat zij i.h.b. niet, zoals de procureurs-generaal bij de hoven van beroep en de pro-cureurs des Konings, met de strafvordering belast zijn en geen bevoegdheid hebben om aan die magistraten daarom-trent onderrichtingen te geven.

Ten slotte dient erop gewezen te worden, dat de be-kwaamheden en bevoegdheden, de voorbereiding, de erva-ring, de persoonlijke aanleg voor de uitoefening van een ambt van advocaat-generaal in het Hof van Cassatie of van procureur-generaal bij een hof van beroep niet dezelfde zijn. Op te merken valt nog, dat al ten minste honderd jaar lang slechts drie procureurs-generaal bij een hof van beroep of een auditeur-generaal bij het militair gerechtshof tot het ambt van advocaat-generaal in het Hof van Cassatie bevor-derd werden (nl. de hh. L. Cornil, R. Hayoit de Termicourt en W.J. Ganshof van der Meersch).

De institutionele – en automatische – benoeming van een procureur-generaal bij een hof van beroep, na het ver-vullen van zijn tijdelijk mandaat, tot het ambt van advocaat-generaal in het Hof van Cassatie lijkt om al de zoëven uit-eengezette overwegingen noch gezond, noch wenselijk.

Zag men af, zoals het m.i. wenselijk is, van die oplossing, dan moet een andere benoeming in overweging genomen worden na de tienjarige ambtsuitoefening als procureur-ge-neraal bij een hof van beroep. Maar welke benoeming?

Niemand ontveinze zich dat het niet gezond is dat, gedu-rende zijn tienjarige ambtsuitoefening, een procureur-gene-raal, drager van belangrijke en kiese verantwoordelijkheid en werkzaam in een noodzakelijke totale onafhankelijkheid, genoopt zou zijn op de goedwilligheid van de Regering te rekenen.

49. Een laatste bezwaar is nog te vermelden.

Een tijdelijke opdracht is niet verenigbaar met de vele en delicate verantwoordelijkheden die aan het vervullen van het ambt van een procureur-generaal bij een hof van beroep verbonden zijn. Zij is evenmin verzoenbaar met de ervaring en het gezag dat men van hem moet kunnen verwachten.

Die hoge magistraat moet de gelegenheid hebben alle ma-gistraten, leden van de griffies, ministeriële officieren, offi-cieren van de gerechtelijke politie... de gehele bevolking van zijn uitgestrekt rechtsgebied te leren kennen.

F. DUMON

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 23 MAART 1990

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. Krings, procureur-generaal

Advocaten: mrs. Van Istendael en Claeys Bouuaert

Inkomstenbelastingen – Art. 125 W.I.B. – Vennootschap – Ontbinding zonder stopzetting van exploitatie – Vastgoedvennootschap – Fusie met stopzetting van exploitatie

Art. 125, eerste lid, W.I.B. beoogt het gewone geval van ontbinding van een vennootschap, waarbij evenwel geen einde is gekomen aan de exploitatie. Die bepaling heeft geen betrekking op fusies, «opslorpingen» of splitsingen en laat de in art. 124 W.I.B. vastgestelde neutrale regeling onverkort.

Art. 125, tweede lid, W.I.B. is toepasselijk op fusies, «opslorpingen» of fusies van vastgoedvennootschappen waarbij, anders dan de in de bij art. 124 beoogde gevallen van fusie, «opslorping» of splitsing, de exploitatie niet wordt voortgezet.

N.V. Im., N.V. I. en V. t/ Belgische Staat

Conclusie van de procureur-generaal E. Krings

De N.V. Im. was een vastgoedhandelaar. Ze werd opgeslorpt door N.V. I., die evenwel geen vastgoedhandelaar is.

Ter gelegenheid van de opslorping werden de goederen, die voor de N.V. Im. handelsgoederen waren, in de N.V. I. ingebracht.

De N.V. Im. werd in vereffening gesteld en de vereffenaar was de h. V. Die vereffening werd kort daarop afgesloten.

Het vraagstuk dat hier ter sprake komt houdt verband met een meerwaarde die – nadat N.V. Im. opgehouden had te bestaan – verwezenlijkt werd door I. op een goed dat door N.V. Im. werd ingebracht en, wat haar betreft, deel uitmaakte van haar handelsgoederen.

Om de draagwijdte van deze zaak goed te begrijpen moet even naar het systeem van de wet verwezen worden.

De winsten van een vennootschap worden in de regel onderworpen aan een vennootschapsbelasting waarvan de aanslagvoet thans 43% bedraagt.

Bij ontbinding of vereffening van een vennootschap wordt op de bonus van de vereffening een bijzondere aanslag toegepast die veel minder bedraagt dan de normale aanslagvoet, t.w. thans 21,5% (art. 118).

Die zelfde bijzondere aanslagvoet is ook van toepassing bij fusie, opslorping en splitsing van een vennootschap (art. 123).

Die bijzondere aanslagvoet is evenwel niet van toepassing (evenmin als de gewone aanslagvoet) wanneer de opslorpende, uit de fusie ontstane of gesplitste vennootschap haar maatschappelijke zetel in België heeft en de verrichting uit-

sluitend met aandelen beloond wordt (art. 124). (Er zijn dan nog enkele bijzondere regels die hier niet ter sprake komen.)

Een bijzondere regeling is nochtans van toepassing wanneer de ontbonden vennootschap haar bedrijvigheid, al is het maar tijdelijk, voortzet. In dat geval blijft de gewone aanslagvoet van toepassing (artt. 98 tot 100).

Een soortgelijke regeling is van toepassing voor de vennootschappen die vastgoedhandelaars zijn, al hebben ze hun werkzaamheden beëindigd, doch die regel is enkel van toepassing voor de meerwaarden die verwezenlijkt worden op de goederen die koopwaren zijn en na de ontbinding verkocht worden.

Te dezen heeft de N.V. I. een goed, dat door de N.V. Im. voor ca. 6.500.000 werd gekocht, voor 49.000.000 verkocht.

De stelling van de fiscus is dat de aldus verwezenlijkte meerwaarde met toepassing van art. 125, tweede lid, aan de gewone aanslagvoet van de vennootschapsbelasting onderworpen is.

De eisers zijn integendeel van oordeel dat de toepassing van art. 124 (opslorping door een vennootschap die haar maatschappelijke zetel in België heeft) de toepassing van art. 125, tweede lid, uitsluit, zodat noch de gewone noch de buitengewone aanslag ten laste van de N.V. Im. kan worden gevestigd.

In die stelling is de meerwaarde die I. verwezenlijkt heeft, onderworpen aan het stelsel van de meerwaarden op bedrijfsgoederen, t.w. de artt. 34, § 1, en 106 W.I.B.

De stelling van de eisers werd door de directeur van de belastingen en door het bestreden arrest verworpen.

Tegen die beslissing doen de eisers twee middelen gelden.

Het eerste middel houdt verband met de vennootschapsbelasting. Het tweede met de solidariteitsbijdrage.

Wat het eerste middel betreft. Het bestaat uit vijf onderdelen.

Alvorens die onderdelen te onderzoeken zou ik het principieel probleem dat zich hier voordoet, nader willen onderzoeken.

Het gaat dus over een vastgoedhandelsvennootschap die door een andere handelsvennootschap werd opgeslorpt. Deze laatste zou evenwel geen handel in onroerende goederen drijven.

Principieel moet de opslorping neutraal blijven ten opzichte van de toepassing van de bijzondere aanslag bepaald in art. 118, d.w.z. dat de meer- en minderwaarden die aan het licht komen ter gelegenheid van de opslorping, niet aan de belastingen worden onderworpen. De toepassing van die regel is onderworpen aan de bijzondere voorwaarden gesteld in art. 124, § 1, 1° en 2° (maatschappelijke zetel, vergoeding van de inbreng in deelbewijzen). Derhalve wanneer meerwaarden aan het licht komen naar aanleiding van de opslorping, worden ze niet belast, hoewel luidens art. 118 bij de ontbinding van een vennootschap een bijzondere aanslag gevestigd wordt op het verschil tussen de uitkeringen en het nog terugbetaalbaar werkelijk gestort en eventueel gerevaloriseerd maatschappelijk kapitaal (dus op de meerwaarden die op dat moment aan het licht komen). Dit is dus

niet het geval bij opslorping indien de voorwaarden in art. 124, § 1, gesteld, vervuld zijn.

Nu komt daarbij art. 125 aan de beurt.

Dat artikel bestaat uit twee delen.

Het eerste lid houdt verband met de ontbonden vennootschap, waarvan de exploitatie blijft voortduren.

Men is het erover eens dat die bepaling enkel van toepassing is op de gewone ontbinding van een vennootschap, dus niet bij fusie, opslorping of splitsing, omdat uiteraard in deze rechtsfiguur de voortzetting van de exploitatie de grondslag ervan uitmaakt. In het geval in dit eerste lid van art. 125 bedoeld, wordt dan de gewone belasting toegepast, d.w.z. dat er met de ontbinding voorlopig geen rekening wordt gehouden: er is dus geen bijzondere aanslag op de verwezenlijkte of uitgedrukte meerwaarden. Men lette erop dat het hier gaat over een gewone voortzetting van de exploitatie, dus niet om een voortzetting met het oog op de komende verdeling. Moest in het geval van de fusie opslorping of splitsing de gewone aanslag worden toegepast, dan schiet er van de bepaling van art. 124 niets over.

Art. 125, eerste lid, is derhalve onbestaanbaar met art. 124.

Het tweede lid werd ingevoegd met de wet van 25 juni 1973. Die wet heeft het vraagstuk van de vastgoedhandelaars geregeld. De grondslag ervan vindt men in art. 36bis.

Het vraagstuk was nl. dat, principieel, de meerwaarden verwezenlijkt op onroerende goederen die sedert meer dan vijf jaar, vóór de vervreemding ervan, voor het uitoefenen van de beroepswerkzaamheid worden gebruikt, niet belastbaar zijn voor zover de voorwaarden in art. 36 bedoeld vervuld zijn.

De wetgever van 1973 heeft echter geoordeeld dat vastgoedhandelaars aan een bijzonder statuut moesten worden onderworpen, omdat ze anders een aanzienlijk en onverantwoord fiscaal voordeel zouden genieten.

Daarom werd besloten dat die handelaars geen vrijstelling van belasting op meerwaarden verwezenlijkt op hun handels-onroerende goederen, zoals bepaald in art. 36, zouden genieten. Die meerwaarden maken immers hun normale winst uit, precies zoals voor een andere handelaar die winst boekt op de verkoop van zijn handelswaren. Een bijzondere regeling werd evenwel in aanmerking genomen wanneer de onroerende goederen sinds meer dan vijf jaar in het bezit waren van die vastgoedhandelaars. Dit was ook maar redelijk, aangezien onroerende goederen geen gewone koopwaren zijn die zo maar gekocht en onmiddellijk nadien verkocht worden.

Naast die algemene regel, werd ook een tweede lid bij art. 125 gevoegd.

Dat tweede lid luidt als volgt:

«Ondanks het feit dat de exploitatie *geëindigd* is, blijven de artt. 98 tot 100 van toepassing op ontbonden vennootschappen waarvan de beroepswerkzaamheid bestond in het kopen of bouwen en het verkopen of verhuren van onroerende goederen, met betrekking tot de meerwaarden betreffende de onroerende goederen vermeld in art. 36bis.»

Als we te doen hebben met een gewone ontbinding van vennootschap, dan betekent dit dat de bijzondere aanslagvoet geen toepassing vindt op de meerwaarden verwezenlijkt op de onroerende goederen die voor die vennootschap koopwaren uitmaken. Verliezen we immers niet uit het oog dat die bijzondere aanslagvoet aanzienlijk minder bedraagt

dan de gewone aanslagvoet (de helft). Men lette er echter op dat in dit geval de toestand van de vastgoedhandelsvennootschap minder gunstig is dan die van de gewone vennootschap. De gewone vennootschap wordt immers op het geheel van haar activa middelen belast (onder aftrek van het kapitaal), d.i. ook de koopwaren, doch tegen een verminderde aanslagvoet, terwijl de vastgoederenhandelsvennootschap wat haar onroerende goederen betreft die koopwaren uitmaken, aan de gewone aanslagvoet wordt onderworpen. Dit is dus een zwaardere aanslag dan de aanslag die op gewone handelsvennootschappen wordt toegepast.

Nu komt de vraag aan de beurt of die bepaling al dan niet van toepassing is bij splitsing, fusie of opslorping.

Merken we eerst op dat de tekst begint met de woorden «ondanks het feit dat de exploitatie geëindigd is...» «... blijven de bepalingen van de artt. 98 tot 100 van toepassing op ontbonden vennootschappen.»

Die tekst schijnt te wijzen op het algemeen geval van de ontbinding van een vastgoedvennootschap, waarvan de werkzaamheden geëindigd zijn. Vergeten we niet dat het eerste lid handelt over de ontbonden vennootschap waarbij de exploitatie *geen* einde heeft genomen.

Voor zover het om het algemeen geval van de ontbinding van een gewone vennootschap gaat, maakt art. 125 een samenhangend geheel uit.

Luidens het eerste lid past men de gewone aanslagvoet toe op de winsten die verwezenlijkt worden door een ontbonden vennootschap die haar exploitatie evenwel voortzet. Dat is redelijk en uiteraard ook toepasselijk op een vastgoedvennootschap.

En dan komt het geval van de vastgoedvennootschap die ontbonden wordt en die haar exploitatie stopzet: ook de winsten die evenwel op de handelssonroerende goederen zullen worden verwezenlijkt, na de stopzetting van de exploitatie, wordt de gewone aanslagvoet eveneens toegepast. Dit ligt dan in de lijn van art. 36bis.

Men beoogt hier een aanzienlijke fiscale ontduiking te voorkomen. Een vastgoedvennootschap heeft een aanzienlijk aantal onroerende goederen gekocht. Ze bezit die goederen sinds meer dan vijf jaar. Om aan de belastbaarheid van haar winsten overeenkomstig art. 36bis op die goederen te ontsnappen, wordt ze ontbonden en stopt ze zogezegd met haar exploitatie, doch haar onroerende goederen worden achteraf met winst verkocht. Bij toepassing van art. 118 zouden die winsten aan de verminderde aanslagvoet worden onderworpen.

Dat is hetgeen de wetgever van 1973 heeft willen voorkomen.

Tot daar is de redenering sluitend.

Maar wil dit nu zeggen dat die bepaling ook toepasselijk is in geval van fusie, enz.?

Het arrest antwoordt hierop dat «de algemene draagwijdte die het volledige art. 125 (sedertdien) heeft ten aanzien van een vastgoedvennootschap en dit ongeacht de omstandigheid dat de wetgever bij de voorbereiding van de wet van 25 juni 1973 geen aandacht zou hebben gehad voor fusies of opslorpingen van vastgoedvennootschappen, eraan in de weg staat dat de ter gelegenheid van de ontbinding met het oog op een fusie vastgestelde meerwaarde op onroerende goederen als bepaald in art. 36bis zou worden vrijgesteld van de gewone aanslag in de vennootschapsbelasting».

Die redenering moet nader worden onderzocht. We hebben zoëven gezien dat het *eerste* lid van art. 125 met art. 124 niet bestaanbaar is, d.w.z. dat het bij fusie, opslorping of splitsing niet kan worden toegepast omdat in die gevallen de exploitatie steeds wordt voortgezet, zodat de bepaling van art. 125, eerste lid, de toepassing van art. 124 noodzakelijk uitsluit. Dit laatste kan in ieder geval niet de bedoeling van de wetgever geweest zijn.

Aangezien het tweede lid van art. 125 het geval bedoelt waarin de exploitatie geëindigd is, hetgeen niet het geval is bij fusie, opslorping of splitsing, valt de opwerping die voor het eerste lid bestaat, hier weg: d.w.z. dat art. 125, tweede lid, met art. 124 wel bestaanbaar is, omdat precies wordt uitgegaan van de beëindiging van de exploitatie.

Er is dus een merkelijk verschil tussen de draagwijdte van het eerste en de draagwijdte van het tweede lid.

Kan men dan beslissen, zoals het arrest dat doet, dat de algemene draagwijdte die het volledige art. 125 sedert de wet van 1973 heeft ten aanzien van vastgoedvennootschappen eraan in de weg staat dat de ter gelegenheid van de ontbinding met het oog op een fusie enz. vastgestelde meerwaarde... zou worden vrijgesteld van de gewone aanslag?

Het gaat naar mijn oordeel niet op te beslissen dat de algemene draagwijdte die het volledige art. 125 heeft ten aanzien van vastgoedvennootschappen meteen het geval regelt van de fusie enz. Het moet dan worden bepaald waarom de fusie aan de toepassing van art. 124 zou ontsnappen, in ieder geval wat de vastgoedvennootschappen betreft, te meer daar de draagwijdte van elk van de twee leden van art. 125 zo uiteenlopend is.

Hier rijst immers een probleem dat de huidige zaak goed in het licht stelt, maar daarom de oplossing niet geeft.

In de regel, wanneer er van fusie of opslorping wordt gesproken, gaat het om vennootschappen die dezelfde doeleinden nastreven of in ieder geval moet de vennootschap die uit de fusie of opslorping ontstaat, de exploitatie van de oorspronkelijke vennootschap voortzetten, hetzij voor het geheel hetzij voor een deel van haar bedrijvigheid. In dit geval krijgt de bepaling van art. 124 haar volle uitwerking, d.w.z. dat er geen einde aan de exploitatie wordt gemaakt en dat er alleen een verschuiving van de opbrengsten van de ene naar de andere plaatsvindt.

Dit geldt dan ook voor de vastgoedvennootschap. De handelsonroerende goederen worden door de uit de fusie ontstane vennootschap verder verkocht en de meerwaarden die op die goederen worden verwezenlijkt, worden aan haar kant belast (toepassing van art. 36*bis*). Dit is dan de normale toepassing van art. 124.

Past men die bepaling niet toe, zoals in de stelling van het arrest, doch enkel art. 125, tweede lid, dan betekent het dat ten laste van de ontbonden vennootschap op de vereffening meerwaarde, in verband met de handelsonroerende goederen, de gewone aanslagvoet wordt toegepast en dat later, wanneer die goederen door de uit de fusie ontstane vennootschap worden verkocht opnieuw een gewone belasting kan worden toegepast. Hier rijst dan een vraag die evenwel door de wet niet wordt geregeld, t.w. op welke grondslag heeft de toepassing van elk van die aanslagen plaats? Is het op de boekwaarde op het ogenblik van de opslorping of op een andere grondslag zoals bv. de verkoopprijs wanneer het goed door de opslorpande vennootschap wordt verkocht?

Die vragen die van overwegend belang zijn, wijzen op het feit dat de wetgever het vraagstuk niet heeft geregeld. Mag de rechtspraak het dan regelen? Zou dit niet in strijd zijn met het principe dat de fiscale wet van stipte toepassing is. Men past immers art. 125, tweede lid, toe op een feitelijke toestand die het tegenovergestelde is van de toestand die in de tekst wordt beschreven.

Maar het kan nu ook zijn dat de exploitatie van de ingebrachte vennootschap door de uit de fusie ontstane vennootschap niet wordt voortgezet. In dat geval verliezen die goederen hun aard van handelsgoederen en worden ze gewone bedrijfsgoederen, waarop dan de regel van art. 36*bis* niet toepasselijk is.

In feite wijkt dit geval totaal af van dat van art. 124, dat stoelt op de voortzetting van de exploitatie. De vraag rijst dan of men art. 124 mag toepassen en of art. 125, tweede lid, niet eerder toepasselijk is, aangezien dan de exploitatie *geëindigd* is, zoals in die bepaling wordt bedoeld. Hier zij eraan herinnerd dat in art. 125, tweede lid, sprake is van een exploitatie die *geëindigd* is. Dat is klaarblijkelijk het geval wanneer de inbreng gebeurt in een vennootschap die de exploitatie niet voortzet. Hier ook kan precies de bedoeling bestaan door de inbreng in zulk een vennootschap aan de toepassing van de belastbaarheid van de meerwaarden te doen ontsnappen, wanneer de ingebrachte onroerende goederen te gelde gemaakt worden. Dit is nu precies hetgeen de wetgever heeft willen beletten wanneer het gaat om een vastgoedvennootschap waarvan de handelsonroerende goederen door de opslorpande vennootschap worden verkocht. Het is dus noodzakelijk de feitelijke toestand van elk geval afzonderlijk nauwkeurig te bepalen.

Gelet op deze korte samenvatting van de wettelijke voorschriften mogen we thans de bestreden beslissing verder onderzoeken.

Uit wat zoëven is uitgelegd, blijkt duidelijk dat één element van overwegend belang is: werd de exploitatie van de N.V. Im. al dan niet verder voortgezet door de opslorpande vennootschap I?

Wat blijkt in dit verband uit het arrest?

Op blz. 3 haalt het arrest aan dat in beroep de *appellanten aanvoeren* dat art. 125, tweede lid, ter zake niet toepasselijk is daar de exploitatieactiviteit *niet* werd gestaakt. De eisers hebben de klemtoon gelegd op de overweging dat het al dan niet staken van de exploitatie van groot belang is. Zij schijnen te oordelen dat, nu die exploitatie niet geëindigd werd, art. 125, tweede lid, geen toepassing vindt.

Van belang ook, hoewel hier geen feitelijke vaststelling betreffende het vraagstuk dat zoëven werd aangehaald, voorkomt, is de overweging op blz. 7: «dat I. (die ten tijde van de ontbinding eigenaar was van 1494 aandelen Im. op 1500) in een nota gevoegd bij de brief van 28 juli 1977 aan het hoofdbestuur van het Ministerie van Financiën uitdrukkelijk meedeelde dat zij geen vastgoedhandelaar was op het ogenblik van de verkoop en het ook nooit geweest is, en dat bij de fusie uit vrije wil een einde werd gemaakt aan de kwaliteit van beroepspersoon (st. 29, 3)».

Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de opslorpande vennootschap de activiteit van N.V. Im. *niet* heeft voortgezet en dat derhalve de activiteit van deze laatste vennootschap «*geëindigd*» was.

Doch dit is dan een gevolgtrekking in feite die uiteraard niet tot de bevoegdheid van het Hof behoort.

Alleen komt nog op blz. 8 en 9 het volgende voor: «dat het daarenboven tegenstrijdig is enerzijds te willen aantonen dat derde appellante (Im.) haar exploitatie niet beëindigde, en anderzijds te stellen dat de fusie-inbreng een likwidatieverrichting is, die niet aan de gewone aanslag onderworpen is».

Dit zou toestaan te oordelen dat het arrest beslist dat de opgeslorpte vennootschap haar exploitatie eindigde.

Het blijft evenwel een vraagteken omdat het arrest klaarblijkelijk het belang van het vraagstuk heeft onderschat.

Het arrest beslist immers uitdrukkelijk «dat de vraag of de ontbinding van deze vennootschap (Im.) een einde aan de exploitatie heeft gemaakt, ter zake geen belang heeft daar in beide gevallen het resultaat identiek is: de toepassing van de artt. 98 tot 100 op de vastgestelde meerwaarde.»

Het arrest heeft dus niet nader in feite onderzocht of de vennootschap al dan niet haar exploitatie had geëindigd.

We hebben zoëven gezien dat dit vraagstuk echter doorslaggevend is, om te bepalen of art. 125, tweede lid, al dan niet toepasselijk is.

Nog erger, het arrest gaat uit van het standpunt dat dit vraagstuk zonder belang is omdat in elk geval (dus zowel in geval van beëindiging als van voortzetting van de bedrijvigheid) de gewone belasting van toepassing is.

Die stelling is onwettig.

Zoals zoëven is uiteengezet, in geval van voortzetting van de bedrijvigheid, ingevolge een opslorping, heeft deze voortzetting van activiteit plaats door de opslorpende vennootschap en dus niet door de opgeslorpte vennootschap. In dit geval is art. 124 toepasselijk ter uitsluiting van art. 125, eerste lid. Deze laatste bepaling is enkel toepasselijk wanneer de ontbonden vennootschap haar exploitatie voortzet. Dat is uiteraard niet het geval bij opslorping en in dat geval is de bepaling van art. 124 van toepassing d.w.z. dat wanneer de onroerende goederen door de opslorpende vennootschap worden verkocht, de meerwaarde te haren laste overeenkomstig art. 36bis zal worden belast.

Integendeel, bij beëindiging van de exploitatie door de vastgoedvennootschap, gaat het klaarblijkelijk om het geval dat in art. 125, tweede lid, wordt bedoeld. Die bepaling is ook van toepassing bij fusie, opslorping en splitsing, nu de tekst geen enkele beperking in die zin inhoudt.

Het eerste onderdeel van het eerste middel werpt op dat, nu het arrest beslist dat noodzakelijkerwijze het eerste of het tweede lid van art. 125 toepasselijk zal zijn op een ontbonden vastgoedvennootschap, het niet mogelijk is te bepalen op grond van welke bepaling de aanslag wettig werd gevestigd en het Hof dus, gezien die dubbelzinnigheid, de wettigheid van de beslissing niet kan onderzoeken.

Het onderdeel is gegrond wegens dubbelzinnigheid nu in elk geval, zo het arrest beslist dat art. 125, eerste lid, ook toepasselijk is bij opslorping van een vastgoedvennootschap door een andere vastgoedvennootschap die de activiteit van de eerste voortzet, de beslissing voormelde wetsbepaling schendt.

Dit laatste maakt overigens ook het voorwerp uit van het tweede onderdeel dat derhalve eveneens gegrond is.

Er bestaat derhalve geen aanleiding de andere drie onderdelen verder te onderzoeken.

Wat het tweede middel betreft.

Dit tweede middel houdt verband met de solidariteitsbijdrage.

Deze solidariteitsbijdrage kan slechts verschuldigd zijn voor zover de hoofdbelasting verschuldigd is.

Gelet op de conclusie op het eerste middel, blijkt het onderzoek van dit tweede middel overbodig, nu de cassatie op het eerste middel noodzakelijk de cassatie van de beslissing betreffende de solidariteitsbijdrage meebrengt.

Besluit: cassatie.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 1 maart 1988 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen,

Over het eerste middel: schending van de artikelen 36bis, als ingevoerd door artikel 8 van de wet van 25 juni 1973 tot wijziging van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen met betrekking tot, inzonderheid, de belastingheffing over meerwaarden, de grondslag en de berekening van de vennootschapsbelasting en de belasting der niet-verblijfhouders, zomede tot de beteugeling van sommige vormen van belastingontduiking en -ontwijking (*B.S.*, 6 juli 1973), en vóór het gewijzigd werd door artikel 3 van het koninklijk besluit nr. 48 tot wijziging van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen inzake investeringsaftrek, meerwaarden en afschrijvingen van 22 juni 1982 (*B.S.*, 26 juni 1982), 37, ingevoerd door de wet van 20 november 1962 (*B.S.*, 1 december 1962) houdende hervorming van de inkomstenbelastingen en gecoördineerd door het koninklijk besluit van 26 februari 1964 tot coördinatie van de wetsbepalingen betreffende de inkomstenbelastingen (*B.S.*, 10 april 1964), en vóór het werd opgeheven door artikel 4 van het koninklijk besluit nr. 48 tot wijziging van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen inzake investeringsaftrek, meerwaarden en afschrijvingen van 22 juni 1982 (*B.S.*, 26 juni 1982), 98, ingevoerd door de wet van 20 november 1962 houdende hervorming van de inkomstenbelastingen (*B.S.*, 1 december 1962) en gecoördineerd door het koninklijk besluit van 26 februari 1964 tot coördinatie van de wetsbepalingen betreffende de inkomstenbelastingen (*B.S.*, 10 april 1964), en vóór het gewijzigd werd door artikel 10 van het koninklijk besluit van 12 augustus 1985 tot wijziging, wat de Nederlandse tekst betreft, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (*B.S.*, 3 september 1985), 99, ingevoerd door de wet van 20 november 1962 houdende hervorming van de inkomstenbelastingen (*B.S.*, 1 december 1962) en gecoördineerd door het koninklijk besluit van 26 februari 1964 tot coördinatie van de wetsbepalingen betreffende de inkomstenbelastingen (*B.S.*, 10 april 1964), 100, ingevoerd door de wet van 20 november 1962 houdende hervorming van de inkomstenbelastingen (*B.S.*, 1 december 1962) en gecoördineerd door het koninklijk besluit van 26 februari 1964 tot coördinatie van de wetsbepalingen betreffende de inkomstenbelastingen (*B.S.*, 10 april 1964), en vóór het gewijzigd werd door artikel 19 van de wet van 4 augustus 1986 houdende fiscale bepalingen (*B.S.*, 20 augustus 1986), 124, als gewijzigd door artikel 37 van de wet van 25 juni 1973 tot wijziging van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen met betrekking tot, inzonderheid, de belastingheffing over meerwaarden, de grondslag en de berekening van de vennootschapsbelasting en de belasting der niet-verblijfhouders, zomede de beteugeling van sommige vormen van be-

lastingontduiking en -ontwijking (*B.S.*, 6 juli 1973), en vóór het gewijzigd werd door artikel 37 van de wet van 12 juli 1979 tot instelling van de landbouwvennootschap (*B.S.*, 6 september 1979), 125 van het Wetboek van de Inkomstenbelasting, als gewijzigd door de wet van 25 juni 1973 tot wijziging van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen met betrekking tot, inzonderheid, de belastingheffing over meerwaarden, de grondslag en de berekening van de vennootschapsbelasting en de belasting der niet-verblijfhouders, zomede de betuiging van sommige vormen van belastingontduiking en -ontwijking (*B.S.*, 6 juli 1973), 9^{ter} van het koninklijk besluit tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, als ingevoerd door artikel 2 van het koninklijk besluit van 16 maart 1977 houdende wijziging met het oog op het bevorderen van privé-investeringen, van het koninklijk besluit van 4 maart 1965 tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (*B.S.*, 26 maart 1977), verlengd door artikel 1 van het koninklijk besluit van 27 december 1977 (*B.S.*, 30 december 1977) houdende wijziging met het oog op het bevorderen van privé-investeringen van het koninklijk besluit van 4 maart 1965 tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, en vóór het gewijzigd werd door artikel 1 van het koninklijk besluit van 25 september 1978 houdende wijziging, met het oog op het bevorderen van privé-investeringen, van het koninklijk besluit van 4 maart 1965 tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (*B.S.*, 19 oktober 1978), en uiteindelijk opgeheven door artikel 66, § 2, tweede lid, van de Programmawet van 2 juli 1981 (*B.S.*, 8 juli 1981), 97 en 110 van de Grondwet,

doordat het arrest, met bevestiging van de beslissing van 26 februari 1982, genomen door de directeur der directe belastingen te Antwerpen, eerste directie, beslist dat de gewone aanslag in de vennootschapsbelasting van toepassing is op meerwaarden uit in artikel 36*bis* van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen vermelde onroerende goederen verwezenlijkt door eerste eiseres ten gevolge van de inbreng, bij wijze van fusie, van haar volledig vermogen in de derde eiseres op datum van 14 mei 1976, en dat de daarbij aansluitende aanslag in de tijdelijke solidariteitsbijdrage door de eerste eiseres eveneens verschuldigd is op de meerwaarde die onderworpen is aan de gewone aanslag in de vennootschapsbelasting; het arrest aldus beslist op grond van de volgende overwegingen: «Vennootschapsbelasting: dat Im. (met het oog op een fusie) vervroegd ontbonden werd; dat het een vennootschap was waarvan de beroepswerkzaamheid bestond in het kopen of bouwen en het verkopen of verhuren van onroerende goederen en dat de ter gelegenheid van de fusie vastgestelde meerwaarde een onroerend goed betreft vermeld in artikel 36*bis* W.I.B.; dat bijgevolg de vraag of de ontbinding van deze vennootschap een einde aan de exploitatie heeft gemaakt ter zake geen belang heeft daar in beide gevallen het resultaat identiek is: de toepasselijkheid van de artikelen 98 tot 100 W.I.B. op de vastgestelde meerwaarde; dat immers ten aanzien van de meerwaarde op onroerende goederen vermeld in artikel 36*bis* W.I.B., noodzakelijkerwijze het eerste of het tweede lid van artikel 125 van hetzelfde wetboek toepasselijk zal zijn op een ontbonden vastgoedvennootschap; dat de omstandigheid dat de Raad van State zonder commentaar voorstelde de tekst van het oorspronkelijke regeringsontwerp te wijzigen erop duidt dat er – in strijd met de stelling van (de eisers) – tussen de oorspronkelijke tekst en die door de Raad van Sta-

te voorgesteld, gelezen in samenhang met het toen geldende artikel 125, geen inhoudelijk verschil bestaat en derhalve, met de woorden van (de eisers) (nr. 10), «de fusie en de opslorping van vastgoedvennootschappen automatisch en zonder discussie binnen de letter van de wet» vallen; dat het niet onredelijk en ondenkbaar is dat de wetgever gelijktijdig enerzijds onder strikte voorwaarden winsten en baten vastgesteld ter gelegenheid van de inbreng van de algemeenheid van de goederen tijdelijk vrijstelt van de gewone aanslag in de vennootschapsbelasting zonder de vastgoedvennootschappen daarvan expressis verbis uit te sluiten (art. 40, § 1, 2, b, W.I.B.), en anderzijds impliciet de vrijstelling van de gewone aanslag ten aanzien van vastgoedvennootschappen die wel ontbonden worden, afschaft; dat de wetgever door het invoegen van artikel 125, tweede lid, in het W.I.B. voor vastgoedvennootschappen een belastingstelsel heeft ingesteld dat strenger is dan het gewone; dat de algemene draagwijdte, die het volledige artikel 125 sedertdien heeft ten aanzien van vastgoedvennootschappen, dit ongeacht de omstandigheid dat de wetgever bij de voorbereiding van de wet van 25 juni 1973 geen aandacht zou hebben gehad voor fusies of opslorpingen van vastgoedvennootschappen, eraan in de weg staat dat de ter gelegenheid van de ontbinding met het oog op een fusie vastgestelde meerwaarde op onroerende goederen als bepaald in artikel 36*bis* W.I.B. zou worden vrijgesteld van de gewone aanslag in de vennootschapsbelasting; dat de omstandigheid dat het nodig leek administratieve onderrichtingen te verstrekken (Comm. I.B. 125/13) om onbillijke gevolgen die de wetswijziging zou kunnen veroorzaken doordat artikel 124, § 3, W.I.B. niet uitdrukkelijk met de nieuwe regeling in overeenstemming werd gebracht, er enkel op wijst dat de wetgever geen oog heeft gehad voor dit aspect van de ontbinding en fusie van een vastgoedvennootschap; dat de fusie van een vastgoedvennootschap, die na ontbinding opgeslorpt wordt door een niet-vastgoedvennootschap, geen fiscaal neutrale operatie is; dat immers in casu blijkt hoe een onroerend goed als vermeld in artikel 36*bis* W.I.B. deel gaat uitmaken van de activa als bedoeld in artikel 93, § 1, 2°, a, van hetzelfde wetboek, en de vrijstelling bedoeld in artikel 9^{ter} van het koninklijk besluit tot uitvoering van het W.I.B. verkregen werd voor de meerwaarde gerealiseerd op dit onroerend goed, terwijl deze vrijstelling geen toepassing had kunnen vinden op een meerwaarde verwezenlijkt door een vastgoedhandelaar; dat uit de bestreden beslissing nog de volgende feitelijke omstandigheden blijken, die door (de eisers) niet tegengesproken worden; dat Im. het litigieuze terrein in 1969 van de stad Antwerpen kocht tegen de prijs van ruim 6,5 miljoen frank, in 1974 een bouwtoelating kreeg, in 1975 verklaarde af te zien van het recht van natrekking en aan de N.V. A. toelating gaf er een kantoorgebouw op te richten volgens de voorschriften van deze bouwtoelating en het in 1976 (door de fusie) inbracht in I.; dat I. bij notariële akte van 24 februari 1978 het terrein verkocht aan de N.V. A. tegen de prijs van 47.988.905 frank; dat I. (die ten tijde van de ontbinding eigenaar was van 1494 aandelen Im. op 1500) in een nota gevoegd bij de brief van 28 juli 1977 aan het hoofdbestuur van het Ministerie van Financiën uitdrukkelijk meedeelde dat zij geen vastgoedhandelaar was op het ogenblik van de verkoop en het ook nooit geweest is, en dat bij de fusie uit vrije wil een einde werd gemaakt aan de kwaliteit van beroepspersoon (stuk 29, 3); dat Im. en I. een aanzienlijk belastingvoor-

deel verkregen door het terrein pas na de fusie aan A. te verkopen, en niet in 1974 of 1975, hoewel er toen reeds overeenstemming zal hebben bestaan over het feit dat laatstgenoemde in 1977 of 1978 tot aankoop zou overgaan; dat het tegengaan van een dergelijke belastingvermijding, ook indien belastingvermijding niet de uitsluitende opzet van deze constructie was, volkomen beantwoordt aan de bedoeling van de wetgever bij het invoegen van artikel 125, tweede lid, in het W.I.B.; dat het, gelet op het potentiële belastingvoordeel dat voortspuit uit de omstandigheid dat het onroerend goed door de fusie van koopwaar bedrijfsmiddel werd, verder zonder belang is te weten of (de eisers) enige voorkennis kunnen hebben gehad van maatregelen tot stimulering van de economie die in 1977 aan de ondernemingen zouden worden geboden; dat immers, hoewel het in de bestreden beslissing gebruikte begrip «kunstgreep» wellicht een te pejoratieve betekenis heeft, de becijfering door de directeur van de door derde (eiseres) door middel van de fusie ontweken belasting, die door (de eisers) niet aangevochten wordt, op zich het belang illustreert van de in 1973 doorgevoerde uitbreiding van het litigieuze artikel 125 tot alle erin omschreven meerwaarden van ontbonden vastgoedvennootschappen; dat deze uitbreiding tot gevolg heeft dat ten aanzien van de op een onroerend goed als vermeld in artikel 36bis W.I.B. vastgestelde fusiemeerwaarde het onderscheid tussen exploitatieverrichting en likwidatieverrichting fiscaal zonder betekenis is; dat het daarenboven tegenstrijdig is enerzijds te willen aantonen dat derde (eiseres) haar exploitatie niet beëindigde en anderzijds te stellen dat de fusie-inbreng een likwidatieverrichting is, die niet aan de gewone aanslag onderworpen is; dat ter zake van de fusiemeerwaarde geen dubbele aanslag werd gevestigd, en een eventuele, theoretische onverenigbaarheid van de bepalingen van de artikelen 118 en 125 W.I.B. met het beginsel «non bis in idem» niet toestaat te besluiten tot de niet-toepasselijkheid van genoemd artikel 125 op de ontbinding (met het oog op een fusie) van vastgoedvennootschappen; dat (de eisers) niet alleen de voordelen van hun juridische constructies mogen genieten, maar er ook de lasten van moeten ondergaan; dat de beweegredenen die hen tot de fusie brachten ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 125 W.I.B. irrelevant zijn; solidariteitsbijdrage: dat de solidariteitsbijdrage ingevolge de artikelen 125 en 98 W.I.B. en artikel 43 van de wet van 30 maart 1976 gevestigd wordt op de meerwaarde, die overeenkomstig deze artikelen 125 en 98 onderworpen is aan een aanslag in de vennootschapsbelasting; dat, daar de aanslag in de vennootschapsbelasting geldig is bevonden, de litigieuze meerwaarde ook aanleiding kan geven tot het verschuldigd zijn van de solidariteitsbijdrage; dat de solidariteitsbijdrage (evenals de gewone aanslag in de vennootschapsbelasting) ingevolge het eerder genoemde artikel 125 op naam van de ontbonden vennootschap ingekohierd wordt; dat hieraan geen afbreuk wordt gedaan door de afwijkende bepalingen die het K.B. van 1 juni 1976 bevat met betrekking tot vennootschappen wier fusie voldoet aan de voorwaarden van artikel 124 W.I.B. en wier fusiemeerwaarde noch aan de gewone noch aan de bijzondere aanslag in de vennootschapsbelasting onderworpen zijn».

terwijl, eerste onderdeel, met de overweging dat de vraag of de ontbinding van eiseres sub 1 een einde aan de exploitatie heeft gemaakt, ter zake geen belang heeft, nu, ten aanzien van de meerwaarden op onroerende goederen vermeld

in artikel 36bis van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, noodzakelijkerwijze ofwel het eerste ofwel het tweede lid van artikel 125 van hetzelfde wetboek toepasselijk is op een ontbonden vennootschap, het arrest in het ongewisse laat op grond van welk lid van voornoemd artikel 125 de gewone aanslag in de vennootschapsbelasting te dezen wordt toegepast op meerwaarden vermeld in artikel 36bis, zodat de redenen van het arrest het hof niet de mogelijkheid bieden zijn wettigheidscontrole uit te oefenen (schending van artikel 97 van de Grondwet), en het onmogelijk is de juiste wettekst te kennen op grond waarvan de gewone aanslag in de vennootschapsbelasting verschuldigd wordt geacht (schending van artikel 110 van de Grondwet);

tweede onderdeel, de meerwaarden vastgesteld of verwezenlijkt door de opgeslorpte vennootschap ter gelegenheid van een inbreng in de opslorpende vennootschap bij wijze van fusie, worden vrijgesteld van de gewone aanslag in de vennootschapsbelasting en artikel 125, eerste lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen niet op dergelijke fusiemeerwaarden van toepassing is; de enige aanslag die bij fusie of opslorping geheven wordt uitsluitend de bijzondere liquidatieaanslag is op de uitkering door de vereffenaars van de opgeslorpte vennootschap van de nieuwe aandelen uitgegeven door de opslorpende vennootschap, waarvan de vrijstelling geregeld wordt door artikel 124 van hetzelfde wetboek, dat op dat punt door de wet van 25 juni 1973 niet gewijzigd werd en waarvan de toepassing in het onderhavige geval niet werd betwist; artikel 125, eerste lid, door de wet van 25 juni 1973 niet gewijzigd is, noch door de invoering van artikel 36bis van het wetboek, noch door de invoering van artikel 125, tweede lid, zodat de vrijstelling van de gewone aanslag in de vennootschapsbelasting onder artikel 125, eerste lid, ook na de wet van 25 juni 1973 blijft bestaan voor de meerwaarden door de opgeslorpte vennootschap verwezenlijkt of vastgesteld door de inbreng bij wijze van fusie, met inbegrip van de meerwaarden op onroerende goederen vermeld in artikel 36bis van het wetboek; indien het arrest aldus moet worden geïnterpreteerd dat het beslist dat de meerwaarden op onroerende goederen vermeld in artikel 36bis, verwezenlijkt door eiseres sub 1 ter gelegenheid van de inbreng in eiseres sub 3 bij wijze van fusie, onderworpen zijn aan de gewone aanslag in de vennootschapsbelasting, op grond van artikel 125, eerste lid, het arrest derhalve de artikelen 36bis, 98, 99, 100 en, inzonderheid 125, eerste lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, schendt;

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 125, eerste lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen luidt: «Wanneer de ontbinding van een vennootschap geen einde aan de exploitatie heeft gemaakt, blijven de bepalingen van de artikelen 98 tot 100 van toepassing»;

Overwegende dat die bepaling het gewone geval van ontbinding van een vennootschap beoogt, waarbij evenwel geen einde is gekomen aan de exploitatie; dat ze geen betrekking heeft op «fusies, opslorpingen of splitsingen», omdat in die gevallen de exploitatie die de gefuseerde, overgenomen of gesplitste vennootschappen daarvoren verrichtten, normaliter geheel of gedeeltelijk wordt voortgezet; dat het bepaalde in artikel 125, eerste lid, derhalve de in artikel 124 van het

wetboek vastgestelde neutrale fiscale regeling onverkort laat ;

Overwegende dat artikel 125, tweede lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen luidt : «Ondanks het feit dat de exploitatie geëindigd is, blijven de artikelen 98 tot 100 ook van toepassing op ontbonden vennootschappen waarvan de beroepswerkzaamheid bestond in het kopen of bouwen en het verkopen of verhuren van onroerende goederen, met betrekking tot de meerwaarden betreffende de onroerende goederen vermeld in artikel 36bis»;

Dat die tekst, toegevoegd bij wet van 25 juni 1973, de belastbare grondslag bepaalt van de meerwaarden van de in artikel 36bis van het wetboek vermelde onroerende goederen van vastgoedvennootschappen, ingeval de exploitatie beëindigd wordt ; dat uit het doel en de strekking van de geciteerde wettekst, die belastingontwijking door vastgoedvennootschappen wil tegengaan, volgt dat hij ook toepasselijk is op «fusies, opslorpingen of splitsingen» van bedoelde vennootschappen, waarbij, anders dan in de in artikel 124 van het wetboek beoogde gevallen van «fusie, opslorping of splitsing», de exploitatie niet wordt voortgezet ;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat de kwestie of de ontbinding van eiseres sub 1, een vastgoedvennootschap, naar aanleiding van haar «opslorping» door eiseres sub 3, een einde heeft gemaakt aan de vastgoedexploitatie, zonder belang is, omdat bij «opslorping, fusie of splitsing» van een vastgoedvennootschap artikel 125 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen in elk geval toepassing vindt, namelijk het eerste lid van dat artikel, indien de vastgoedexploitatie na de «opslorping, fusie of splitsing» wordt voortgezet, en het tweede lid van het artikel, indien zulks niet het geval is ;

Overwegende dat uit het hierboven in onderhavig arrest overwogene evenwel volgt dat artikel 125, eerste lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen niet toepasselijk is op «opslorpingen, fusies of splitsingen» van vastgoedvennootschappen, waarbij de vastgoedexploitatie wordt voortgezet ;

Dat de voormelde motivering van het arrest derhalve het Hof niet de gelegenheid biedt de wettigheid van de beslissing te toetsen, omdat het hof van beroep nalaat te onderzoeken of de «opslorping» van eiseres sub 1 door eiseres sub 3 een einde heeft gemaakt aan de vastgoedexploitatie ;

Dat het onderdeel gegrond is ;

Overwegende dat de vernietiging van de beslissing ter zake van de aanslag ten name van eiseres sub 1 vastgesteld in het gewone stelsel van de vennootschapsbelasting, de vernietiging meebrengt van de beslissing inzake het verschuldigd zijn van de solidariteitsbijdrage, ingevoerd bij artikel 43 van de wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen ; dat laatstbedoelde beslissing immers berust op de te vernietigen beslissing over de aanslag in de vennootschapsbelasting ;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 27 MAART 1990

Voorzitter : de h. Boon

Rapporteur : de h. D'Haenens

Openbaar ministerie : de h. Declercq

Advocaat : mr. Moors

Strafvordering – Onderzoeksgerechten – Raadkamer – Regeling van procedure

Geen geschil inzake bevoegdheid van de raadkamer is de door de verdachte opgeworpen exceptie dat de raadkamer geen tweemaal uitspraak kan doen over het bestaan van bezwaren met betrekking tot dezelfde feiten.

De S.

Gelet op de bestreden arresten, op 12 januari 1990 gewezen, respectievelijk in de zaken K.I., nummers 839 en 840, door het Hof van Beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling ;

Overwegende dat beide arresten betrekking hebben op onderling samenhangende zaken, zodat er grond bestaat om beide voorzieningen te voegen ;

Overwegende dat de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent bij twee afzonderlijke beschikkingen van 8 november 1989, op de vorderingen van het openbaar ministerie eiser naar de correctionele rechtbank heeft verwezen, enerzijds, wegens de telastleggingen F en G (beschikking in de zaak not. 78.10.6553/86), anderzijds, wegens de telastleggingen A.1 en A.3 tot en met 11, (beschikking in de zaak not. 20.99.1812/87) ;

Dat tegen de beide beschikkingen door eiser hoger beroep werd ingesteld ;

Overwegende dat eiser, zowel voor de raadkamer als voor de kamer van inbeschuldigingstelling, aanvoerde dat de raadkamer onbevoegd was om uitspraak te doen over de vorderingen van het openbaar ministerie strekkende tot verwijzing naar de correctionele rechtbank ;

Dat hij de exceptie van onbevoegdheid liet steunen op de aanvoeringen, enerzijds, dat de raadkamer niet meer bevoegd was om over de vorderingen tot verwijzing naar het vonnisgerecht te beslissen wegens de omstandigheid dat hoger beroep was ingesteld tegen de beschikking van diezelfde raadkamer van 20 september 1989, waarbij het verzoek van een medeverdachte tot verwijzing van de zaak naar de raadkamer samengesteld uit drie rechters werd afgewezen, anderzijds, dat de raadkamer, nu de vorderingen tot verwijzing in beide zaken betrekking hadden – minstens ten dele – op dezelfde feiten anders gekwalificeerd, niet bevoegd was om tweemaal uitspraak te doen over het bestaan van bezwaren met betrekking tot dezelfde feiten ;

Overwegende dat de kamer van inbeschuldigingstelling in beide bestreden arresten beslist dat de eerste aanvoering betrekking heeft op een geschil inzake bevoegdheid en dat het hoger beroep ontvankelijk is doch ongegrond, dat echter de tweede aanvoering geen betrekking heeft op een geschil inzake bevoegdheid doch slechts de ontvankelijkheid van de strafvordering aangaat, zodat het hoger beroep dienaangaande niet ontvankelijk is ;

Overwegende dat eiser, zoals blijkt uit zijn conclusies, ondanks de daarin gebruikte termen in werkelijkheid niet betwist dat de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent bevoegd was om uitspraak te doen over de vorderingen van het openbaar ministerie strekkende tot verwijzing naar de correctionele rechtbank, doch dat zij wegens de hierboven vermelde omstandigheden daartoe geen rechtsmacht meer had ;

Overwegende dat de kamer van inbeschuldigingstelling, zoals blijkt uit de redengeving van de bestreden arresten, ondanks de daarin gebruikte termen, evenmin uitspraak doet over geschillen inzake bevoegdheid van de raadkamer maar enkel over betwistingen omtrent de rechtsmacht van dat onderzoeksgerecht ;

Overwegende dat de voorzieningen, nu zij zijn ingesteld voor de eindbeslissingen, niet ontvankelijk zijn ;

...

NOOT – Zie ook Cass., 12 april 1989, *R.W.*, 1989-90, 677, en de noot van M. De Swaef.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 5 APRIL 1990

Voorzitter : de h. Soetaert

Rapporteur : de h. Matthijs

Openbaar ministerie : de h. Declercq

Advocaten : mrs. Houtekier en De Gryse

Erfdienstbaarheid – Conventioneel recht van overgang – Tenietgaan door verjaring – Gedeeltelijk onbruik – Bewijslast

Hoewel de eigenaar van het heersende erf, die zich beroept op een titel die ouder is dan dertig jaren, in de regel met toepassing van de artt. 706 en 707 B.W. kan en moet bewijzen dat de conventionele erfdienstbaarheid van overgang sedert minder dan dertig jaren is uitgeoefend, kan en moet de eigenaar van het dienstbare erf, die zich met toepassing van art. 708 slechts op het gedeeltelijk tenietgaan van die erfdienstbaarheid door verjaring beroept, het bewijs van het gedeeltelijk onbruik leveren, nl. dat de erfdienstbaarheid gedurende dertig jaren niet meer is uitgeoefend zoals in de titel is bepaald.

De K. e.a. t/ B. e.a.

Gelet op het bestreden vonnis, op 14 september 1987 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen ;

...

Over het tweede middel : schending van de artikelen 703, 706, 707, 708, 1315, 2262 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het bestreden vonnis voor recht zegt dat de eisers gehouden zijn de conventioneel bedongen erfdienstbaarheid van overgang, welke op hun eigendom drukt, over een dreef, bepaald zoals op het plan van 3 november 1931, met een breedte van minimum 6 meter vrij te houden en dat zij op deze weg geen hindernis mogen achterlaten of aanbrengen, op grond : «dat vanzelfsprekend dient te worden uitgegaan van de akte van 1932 waarin de uitweg duidelijk beschreven wordt ; dat de breedte bepaald werd door het verkavelingsplan waarnaar de akte van 1932 verwijst ; dat de deskundige derhalve niet hoeft te bepalen welke breedte de weg heeft ; dat geenszins bewezen is dat er meer dan 30 jaar een ander gebruik geweest is ; dat, wat de breedte van de weg betreft, de eerste rechter dient te worden gevolgd daar deze steunt op het verkavelingsplan waarnaar de akte van

1932 verwijst ; dat de rechtbank derhalve de motivering van de eerste rechter dienaangaande overneemt, dat de bezwaren van (de eisers) ongegrond zijn daar enerzijds van verzwaring geen sprake kan zijn nu de oorspronkelijke breedte gehandhaafd blijft en anderzijds (de eisers) niet bewijzen dat door een dertigjarig gebruik deze breedte dient te worden verminderd»,

terwijl de erfdienstbaarheden tenietgaan door het niet uitoefenen daarvan gedurende dertig jaren : bij niet voortdurende erfdienstbaarheden de dertig jaren beginnen te lopen vanaf de dag dat men heeft opgehouden daarvan gebruik te maken ; wanneer de bevrijdende verjaring wordt opgeworpen, hij die zich beroept op een titel die ouder is dan dertig jaren om de uitoefening van een conventionele erfdienstbaarheid van overgang te vorderen, het bewijs moet leveren dat de erfdienstbaarheid is uitgeoefend sedert minder dan dertig jaren ; de wijze van gebruik van een erfdienstbaarheid verjaart op dezelfde manier als de erfdienstbaarheid zelf ; de verweerders zich beroepen op een titel van 1932 om het gebruik van de weg over een breedte van zes meter te vorderen ; de verweerders derhalve zelf moeten bewijzen dat de erfdienstbaarheid sedert minder dan dertig jaar over die breedte is gebruikt, nu zij steunen op een titel van meer dan dertig jaar oud en de eisers in hun appelconclusie uitdrukkelijk de dertigjarige verjaring inroepen omdat de overweg gedurende meer dan dertig jaar over een breedte van 4 in plaats van 6 meter gebruikt werd zodat het gebruik over zes meter verjaard was ; het bestreden vonnis de bewijslast omkeert door te beslissen dat de eisers niet bewijzen dat de breedte door een dertigjarig gebruik dient te worden verminderd (schending van de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek) en op grond daarvan ten onrechte besluit tot het bestaan van een conventionele erfdienstbaarheid met een breedte van minimum zes meter (schending van de artikelen 703, 706, 707, 708 en 2262 van het Burgerlijk Wetboek) :

Overwegende dat, hoewel, in de regel, de eigenaar van het heersende erf, die zich beroept op een titel die ouder is dan dertig jaren, met toepassing van de artikelen 706 en 707 van het Burgerlijk Wetboek kan en moet bewijzen dat de conventionele erfdienstbaarheid van overgang sedert minder dan dertig jaren werd uitgeoefend, de eigenaar van het dienstbaar erf, die zich met toepassing van artikel 708 van voormeld wetboek enkel op het gedeeltelijk tenietgaan van die erfdienstbaarheid door verjaring beroept, het bewijs van het gedeeltelijk onbruik kan en moet leveren, namelijk dat de erfdienstbaarheid gedurende dertig jaren niet meer werd uitgeoefend zoals in de titel is bepaald ;

Dat de appelrechter, door te oordelen dat het recht van overgang, zoals bepaald in de akte van vestiging van de erfdienstbaarheid over een breedte van zes meter mag worden uitgeoefend, omdat «(de eisers) niet bewijzen dat door een dertigjarig gebruik deze breedte dient verminderd», de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schendt ;

...

HOF VAN CASSATIE*1e KAMER – 6 APRIL 1990*

Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. De Gryse en Nelissen Grade

Vereniging zonder winstoogmerk – Openbare orde – Vertegenwoordiging*De regelmatigheid van de vertegenwoordiging van een vereniging zonder winstoogmerk raakt de openbare orde niet.*

V.Z.W. S. en voor zoveel nodig de raad van bestuur van de V.Z.W. S. t/ H.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 februari 1989 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel van niet-ontvankelijkheid van de voorziening, opgeworpen door verweerder, te weten dat eiseres geen partij was bij het bestreden arrest en dat eiser geen rechtspersoonlijkheid heeft;

Overwegende dat het arrest is gewezen tussen «De Raad van Bestuur van de V.Z.W. S.», vertegenwoordigd door Jan G. en Carlos C., «appellante», en verweerder, geïntimeerde; dat uit die vermeldingen, uit de redenen en uit de beschikkingen van het arrest moet worden besloten dat, voor het hof van beroep, de vereniging zonder winstoogmerk partij was, vertegenwoordigd door de raad van bestuur, op zijn beurt vertegenwoordigd als gezegd;

Overwegende dat uit de vermeldingen omtrent de eisende partij in cassatie die in het verzoekschrift en de betekening ervan zijn opgegeven, moet worden begrepen dat de vereniging zonder winstoogmerk in cassatie komt, vertegenwoordigd als voor de feitenrechter;

Dat, nu verweerder aangaande die vertegenwoordiging voor het hof van beroep geen exceptie van niet-ontvankelijkheid heeft opgeworpen, die exceptie, die de openbare orde niet raakt, krachtens artikel 1096 van het Gerechtelijk Wetboek niet voor het eerst in cassatie kan worden voorgedragen;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE*1e KAMER – 19 APRIL 1990*

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaat: mr. Kirkpatrick

Verzekering – Motorrijtuigen – Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds – 1. Dekking van schade van eigenaar van voertuig dat de schade heeft veroorzaakt – 2. Toevallig feit*1. Ofschoon het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds in de regel niet tot vergoeding gehouden is tegenover de eigenaar**van het motorrijtuig dat de schade heeft veroorzaakt, is het verplicht hem schadeloos te stellen wanneer geen enkele toegelaten verzekeringsonderneming tot die vergoeding verplicht is wegens een toevallig feit waardoor de bestuurder van het voertuig vrijuit gaat. Dat recht op vergoeding van die eigenaar hangt niet af van de voorwaarde dat zijn schade door een ander motorrijtuig is veroorzaakt.**2. Het toevallig feit in de zin van art. 50, § 1, 2°, van de wet van 9 juli 1975 is een omstandigheid of een gebeurtenis die voor de bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt, een geval van overmacht opleveren, zodat zij hem niet kunnen worden toegerekend. Die omstandigheid of die gebeurtenis hoeven niet noodzakelijk hun oorsprong te vinden buiten 's mensens wil.***A. t/ Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds**

Gelet op het bestreden vonnis, op 8 februari 1988 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel;

Over het middel: schending van de artikelen 49, 50, § 1, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, 14, 17, § 1, 1°, en § 2, 19, § 1, van het koninklijk besluit van 16 december 1891 houdende inwerkingtreding en uitvoering van de artikelen 49 en 50 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek en van het algemeen rechtbeginsel, te weten het beginsel inzake de autonomie der procespartijen, krachtens hetwelk de rechter geen geschil buiten verband met de openbare orde kan opwerpen dat door partijen in hun conclusie gelijkelijk is uitgesloten,*doordat* het bestreden vonnis eerst, door verwijzing naar de uiteenzetting van de feiten in het beroepen vonnis, vaststelt dat eiser «zegt dat hij per auto in de rue du Châtelet reed, toen hij op een grote stookolievlek op de rijbaan slipte en tegen het geparkeerde voertuig van een derde botste» en «dat naar de vaststellingen van de ter plaatse gekomen verbalisanten een tiental weggebruikers de controle over hun voertuig hebben verloren, dat een door de regen weinig zichtbare stookolievlek talrijke slippartijen had veroorzaakt en dat die vlek waarschijnlijk te wijten was aan een derde waarvan de identiteit niet is vastgesteld», en vervolgens afwijzend beschikt op eisers rechtsvordering om verweerder krachtens de artikelen 50, § 1, 2°, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, 14, 17 en 19, § 1, van voormeld koninklijk besluit van 16 december 1981 te doen veroordelen tot vergoeding van de door dat ongeval aan zijn voertuig veroorzaakte stoffelijke schade, op grond: «in verband met het 'toevallig feit', als bedoeld in artikel 50, § 1, 2°, van de wet van 9 juli 1975 wijst (verweerder) erop dat het 'toevallig feit' op tweeërlei wijze kan worden uitgelegd: 'toevallig feit' in de strikte zin, als een natuurlijke niet te voorziene en onoverkomelijke gebeurtenis, zonder menselijke aansprakelijkheid (bv. een aardbeving, een tornado, enz...) (en) 'toevallig feit' in de ruime zin, als een niet te voorziene en onoverkomelijke gebeurtenis waardoor het ongeval voor de bestuurder onvermijdelijk is geworden en hij van aansprakelijkheid wordt ontheven, ook al wordt een andere niet geïdentificeerde natuurlijke of rechtspersoon» aansprakelijk verklaard; volgens die opvatting «zou de schuld enkel ten laste worden gelegd van de

bestuurder wiens voertuig de schade 'veroorzaakt'; anderzijds bepaalt artikel 14 van het koninklijk besluit van 16 december 1981 uitdrukkelijk dat «elke benadeelde van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds de vergoeding kan bekomen van de schade veroorzaakt door een motorrijtuig in de gevallen van artikel 50, § 1, van de wet (van 9 juli 1975)»; «de rechtbank moet vaststellen dat de door (eiser) geleden schade niet is veroorzaakt door een ander motorrijtuig, maar door hemzelf bij het slippen op een olievlek; zoals de eerste rechter terecht heeft gezegd, vertoonde de rijbaan waarop (eiser) reed een gebrek en niet het eventuele niet geïdentificeerde voertuig, dat olie had kunnen verliezen; logischerwijze had de oorspronkelijke rechtsvordering tegen de beheerder-bewaker van die rijbaan (Staat of gemeente) moeten zijn gericht en niet tegen (verweerder), die slechts tot vergoeding gehouden is in de gevallen waarin de schade is veroorzaakt door een motorrijtuig waarvan de identiteit niet is vastgesteld of om reden van een 'toevallig feit', waardoor de bestuurder van het voertuig dat het ongeval veroorzaakte, vrijuit gaat»,

...

Overwegende dat uit artikel 17, inzonderheid § 1, 1° en § 2, van het koninklijk besluit van 16 december 1981 houdende inwerkingstelling en uitvoering van de artikelen 49 en 50 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen blijkt dat het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, waarvan sprake is in de artikelen 49 en 50, ofschoon het in de regel niet tot vergoeding is gehouden tegenover de eigenaar van het motorrijtuig dat de schade heeft veroorzaakt, evenwel verplicht is hem schade-loos te stellen «wanneer geen enkele toegelaten verzekeringsonderneming tot die vergoeding verplicht is om reden van een toevallig feit waardoor de bestuurder van het voertuig dat het ongeval veroorzaakte, vrijuit gaat»;

Overwegende dat uit die tekst valt af te leiden dat het recht op vergoeding van die eigenaar niet afhangt van de voorwaarde dat zijn schade door een ander motorrijtuig is veroorzaakt;

Overwegende dat het «toevallig feit», in de zin van artikel 50, § 1, 2°, van de wet van 9 juli 1975 een omstandigheid of een gebeurtenis is die voor de bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt, een geval van overmacht opleveren, zodat zij hem niet kunnen worden toegerekend; dat die omstandigheid of die gebeurtenis niet noodzakelijk hun oorsprong hoeven te vinden buiten 's mensens wil;

Overwegende dat het bestreden vonnis, door eisers rechtsvordering tegen verweerder af te wijzen op grond dat «de door (eiser) geleden schade niet is veroorzaakt door een ander motorrijtuig», dat «de rijbaan (...) een gebrek vertoonde» en dat «de oorspronkelijke rechtsvordering tegen de beheerder-bewaarder (Staat of gemeente) had moeten zijn gericht en niet tegen (verweerder), die slechts tot vergoeding gehouden is in de gevallen waarin de schade is veroorzaakt door een motorrijtuig waarvan de identiteit niet is vastgesteld of om reden van een 'toevallig feit' waardoor de bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt, vrijuit gaat», zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

NOOT—Zie Cass., 18 november 1987, *R.W.*, 1987-88, 1025.

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER — 8 DECEMBER 1988

Voorzitter: de h. De Smet

Raadsheren: de hh. Wauters en Forrier

Openbaar Ministerie: de h. De Wilde, advocaat-generaal

Advocaten: mrs. De Smedt, Baro en Schoenmaekers

Koop — Bij gewicht, getal of maat — Individualisering

Als bij de verkoop van boomstammen op het tijdstip van de totstandkoming van de overeenkomst deze stammen nog niet ter plaatse waren en nog niet konden worden geïndividualiseerd, heeft men niet te maken met een verkoop «bij de hoop» in de zin van art. 1586 B.W., maar wel met een verkoop «bij gewicht, getal of maat» in de zin van art. 1585 B.W., waarbij de stammen nog moeten worden geïndividualiseerd, op welk ogenblik dan de eigendomsoverdracht gebeurt.

De individualisering van goederen verkocht bij het gewicht, het getal of de maat, dient niet op tegenspraak te geschieden.

Faillissement B.V.B.A. De C. t/ N.V. B.

Advies van de advocaat-generaal L. De Wilde

Er is tijdig en regelmatig hoger beroep ingesteld op 2 juli 1986 tegen het vonnis van 29 april 1986 van de Rechtbank van Koophandel te St.-Niklaas, betekend op 27 juni 1986.

Het geschil betreft een revindicatie door de N.V. B., koper van een partij van 240 m³ azobé-boomstammen.

Het koopcontract dateert van 13 mei 1985 en betreft de aankoop bij de toekomstige gefailleerde van azobé-balken voor sluisdeuren volgens bijgevoegde technische specificaties. Er wordt in de bestelling nr. 90274 (koopaanbod) bedongen dat

— de prijs van het hout vast en onveranderlijk is, nl. 2.000.000;

— bij de betaling van het voorschot «het hout» eigendom zal worden van de koper en dat, een voorraad van «ongeveer 230 à 250 m³ azobé-stammen vanaf de betaling *ter beschikking* van de N.V. B. zal zijn».

Aan dit koopaanbod wordt een aannemingscontract gekoppeld voor het verzagen van de gekochte stammen met het oog op het bouwen van sluisdeuren.

De prijs voor deze onderneming is duidelijk gescheiden gehouden van de prijs voor de grondstof.

Dit koopaanbod van N.V. B. en het aannemingscontract van 3 mei 1985 worden op 13 mei 1985 door de B.V.B.A. L. De C. aanvaard, waarbij gevoegd is een voorschotfactuur van 2.380.000 (waarin 2.000.000 de prijs van het hout betekent), evenals een geschreven verklaring dat «een voorraad van 240 m³ azobé-stammen *ter beschikking* van de N.V. B. (zijn), ter uitvoering van het contract nr. 90.274», met de specificatie dat die voorraad *ter beschikking* gesteld wordt vanaf de betaling van het gefactureerd voorschot tot «bij het beëindigen van het contract» (hiermee kan niet anders dan het gedeelte aannemingscontract bedoeld zijn).

Op 9 januari 1986 werd de B.V.B.A. De C. falliet verklaard zonder dat het met N.V. B. aangegane contract was uitgevoerd.

De N.V. B. revindiceerde de 240 m³ azobé-stammen, maar de curators weigerden daaraan gevolg te geven en stellen dat het bij de overeenkomst ging om een soortverkoop die niet was gevolgd door vereenzelving van de koopwaar, zodat N.V. B. er nog geen eigenaar was van geworden.

De eerste rechter volgde de stelling van de N.V. B. en oordeelde dat, nu de (toekomstige) gefailleerde zich op 13 mei 1985 had verbonden om (voor de duur van de overeenkomst) aan eiseres een voorraad van 240 m³ azobé-stammen ter beschikking te stellen, de curators voornoemde verbintenis dienen uit te voeren. De rechtbank vermeldt verder dat de individualisering van de aangekochte boomstammen gebeurde in een op verzoek van N.V. B. door gerechtsdeurwaarder E. Snoeck gedane vaststelling op 9 januari 1986.

De kern van het probleem is, meen ik, te vernemen of er een verkoop «bij de hoop» gebeurde (art. 1586 B.W.) dan wel een verkoop «bij gewicht, getal of maat» (art. 1585 B.W.).

De gevolgen voor de eigendomsoverdracht zijn immers verschillend.

Bij verkoop «bij de hoop» is er onmiddellijk «voltooide» verkoop inclusief eigendomsoverdracht. De «hoop» is immers geïndividualiseerd: een latere opmeting beoogt in dit geval slechts de vaststelling van het door de koper te betalen bedrag wanneer deze verkoop bij de hoop bedongen is tegen een eenheidsprijs (Luik, 28 januari 1974, *J.L.*, 1946-47, 645 met de noot; Cass., 17 okt. 1958, *Pas.*, 1959, I, 167).

In het onderhavige geval zou, indien het een verkoop bij de hoop was, geen opmeting meer zijn vereist, aangezien de koop bedongen werd tegen «een vaste en onveranderlijke prijs van 2.000.000».

In deze hypothese is onbetwistbaar de N.V. B. eigenaar geworden van de hoop, nl. 240 m³ azobé-stammen, en zou haar revindicatie gegrond zijn.

Bij verkoop «bij het gewicht, het getal of de maat» (art. 1585 B.W.) betreft het een verkoop van een soort, die nog dient te worden geïndividualiseerd om de eigendomsoverdracht te realiseren.

Deze individualisering hoeft evenwel niet op tegenspraak te geschieden (Cass., 3 jan. 1952, *Pas.*, 1952, I, 225 en *R.C.J.B.*, 1952, pp. 255-267, met de noot G. Van Hecke).

In dit verband zij opgemerkt dat *in casu* het gerechtsdeurwaarders-P.V. op 9 januari 1986 wel degelijk handelt over een vaststelling in aanwezigheid van een verantwoordelijke bediende van de B.V.B.A. die *motu proprio* de documenten verschaft die betrekking hebben op de, ingevolge het contract, «ter beschikking gehouden voorraad».

Ik meen dat de partijen in deze zaak geen verkoop bij de hoop hebben bedongen, om de eenvoudige reden dat aangetoond wordt dat deze hoop op de datum van het contract nog niet voorhanden was op de werven van de verkoper, en de partij hout op die datum uiteindelijk nog moest worden afgezonderd van een uit Afrika onderweg zijnde vracht.

Wel hebben de partijen een koop *bij getal* bedongen «een partij hout van 240 m³ azobé-stammen» (Dekkers, *Précis*, II, nr. 867).

Op 13 mei 1985 is er derhalve geen eigendomsoverdracht kunnen gebeuren. De partij hout moest nog worden geïndividualiseerd. De verkoper heeft zich op die dag evenwel verbonden deze individualisering op zijn werven te verrich-

ten, waar hij heeft bedongen dat hij «een voorraad van 240 m³» *ter beschikking* stelde.

Zoals Cloquet in de *Novelles IV* (Faillissement) schrijft, kan de individualisering gebeuren «notamment pour la marchandise vendue que le vendeur, futur failli, a prélevé sur son stock, isolant et *individualisant dans son magasin*, la partie qu'il destine à l'acheteur».

Dat is het waartoe de B.V.B.A. De C. zich verbond in haar verklaring van 13 mei 1985 waarbij zij een voorraad van 240 m³ ter beschikking stelde van de N.V. B.

Dat dit ook werkelijk gebeurde blijkt uit het feit dat bij de gerechtsdeurwaardersvaststelling van 9 januari 1986 inwendige documenten werden overgelegd waarbij 122 m³ azobé-stammen op geïndividualiseerde wijze werden aangewezen als bestemd voor de uitvoering van het contract met de N.V. B. Het heeft geen belang dat dit gebeurde daags vóór de faillissementsdag: er wordt hierbij niets anders gedaan dan het materieel feit vastgesteld

- dat de partij hout op de gefailleerde werf geïndividualiseerd was. De eerste rechter gaat m.i. te ver door aan te nemen dat de individualisering pas op 9 januari 1986 gebeurde; zou dit zo zijn, dan ware zij te laat, gelet op het tussengekomen faillissement (Van Ryn-Meenen, IV, nr. 2772, *in fine*);

- de B.V.B.A. De C. laat weten, per telex, dat zij klaar is om het gedeelte aannemingscontract uit te voeren (het zagen op maat);

- dat er geen andere azobé-stammen bij De C. aanwezig zijn bij de faillissementsinventaris;

- de curators zich niet beroepen op de niet-uitvoering door De C. van zijn verbintenis om onmiddellijk na 13 mei 1985 en tot het einde van het contract een voorraad van 240 m³ azobé-stammen ter beschikking te houden van de N.V. B.

Advies. Terecht heeft de eerste rechter beslist dat de revindicatie door N.V. B. van haar eigendom gegrond was. Het vonnis kan worden bevestigd.

Arrest

Uit de overgelegde stukken blijkt dat er tussen geïntimeerde en de firma De C. op 13 mei 1985 een koop-verkoop-overeenkomst werd gesloten voor azobé-balken voor sluisdeuren, waarbij de prijs van het hout onveranderlijk werd bepaald op 2.000.000 fr. en waarbij tevens de bewerking van het hout is bedongen ten bedrage van 1.550.969 fr., verrekenbaar volgens loonkostenindex.

De overeenkomst bepaalt uitdrukkelijk onder de rubriek «eigendomsoverdracht»: «Bij de betaling van het voorschot wordt het hout eigendom van de N.V. B. Gelieve ons dit schrijven schriftelijk te bevestigen. Een voorraad van ongeveer 230 à 250 m³ azobé-stammen zal vanaf betaling ter beschikking van de N.V. B. zijn».

Op de dag van de bestelling wordt de voorschotfactuur van 2.000.000 fr. (prijs van het hout), vermeerderd met 380.000 fr. B.T.W. of samen 2.380.000 fr. betaalbaar op 31 mei 1985 aan geïntimeerde bezorgd, samen met een verklaring van de zaakvoerder van de firma De C., eveneens van 13 mei 1985, luidend als volgt: «Eigendomsoverdracht. Ik, De C. Louis, zaakvoerder van de hierboven vermelde firma, stel hiermede een voorraad van 240 m³ azobé-stammen ter

beschikking van de N.V. B., ter uitvoering van het contract 90.274/3011(4)».

Op 17 juni 1985 werd door geïntimeerde aan de firma De C. de 2.380.000 fr. betaald.

Op 13 mei 1985 waren de boomstammen nog niet bij de firma De C., daar zij, blijkens stuk 1 van appellanten, pas op 6 oktober 1985 verscheept werden naar Duinkerke, waar de firma De C. eveneens een werf had.

Op 15 november 1985 laat de firma De C. weten aan geïntimeerde dat het zaagwerk aangevangen zal worden.

Daarop reageert geïntimeerde op 21 november 1985 dat het zaagwerk pas aangevangen kan worden nadat de détailplanning aan de firma De C. zal zijn bezorgd en een bespreking daaromtrent wordt in het vooruitzicht gesteld.

Op 8 januari 1986, de dag vóór het faillissement, om 16 uur, wordt door gerechtsdeurwaarder Snoeck te St.-Niklaas overgegaan tot een vaststelling op de werf te St.-Niklaas.

Daarin vermeldt de gerechtsdeurwaarder dat hem een lijst wordt overhandigd door de bediende-boekhouder van de firma De C., waarin zijn opgenomen de nummers vermeld op de stammen, de lengte van de stammen, de omtrek van de stammen en de m³ van de boomstammen.

Deze lijst is aangehecht aan het proces-verbaal van vaststelling.

De gerechtsdeurwaarder heeft vastgesteld dat alle boomstammen, die vermeld waren op deze lijst, met uitzondering van de nummers 0272 en 0255, aanwezig waren.

Verder vermeldt de gerechtsdeurwaarder dat hem door de voormelde bediende-boekhouder wordt verklaard dat nummer 17.241/2 op de lijst nummer 17.292/2 moet zijn. Dit laatste nummer wordt ook door de gerechtsdeurwaarder aangetroffen.

De inventaris, die ingevolge het faillissement op 10 januari 1986 wordt opgesteld op de werf te St.-Niklaas, vermeldt geen andere azobé-stammen dan die welke voorkomen op de lijst die aan de voormelde gerechtsdeurwaarder werd overhandigd.

Daarentegen wordt in die inventaris wel gewag gemaakt van andere azobé-boomstammen te Duinkerke.

Uit het voorgaande blijkt dat:

a) partijen niet een verkoop «bij de hoop» (art. 1586 B.W.) hebben gesloten, daar de boomstammen op het ogenblik van de verkoop nog niet ter plaatse waren en nog niet konden worden geïndividualiseerd;

b) partijen een verkoop «bij gewicht, getal of maat» (art. 1585 B.W.) bedongen hebben, waarbij de stammen geïndividualiseerd zouden worden en dat van dan af de eigendoms-overdracht zou plaats hebben;

c) de azobé-boomstammen, bestemd voor geïntimeerde, na de aankomst te Duinkerke, overgebracht zijn naar de werf te St.-Niklaas en aldaar ook werkelijk werden geïndividualiseerd door de firma De C. zelf, voorafgaande aan de voormelde gerechtsdeurwaardersvaststelling en dat daarvan zelfs een lijst was opgemaakt;

De individualisering dient niet op tegenspraak te geschieden (Cass., 3 januari 1952, *Pas.*, 1952, I, 225 en *R.C.J.B.*, 1952, 255-267, met noot G. Van Hecke).

Uit dit alles blijkt de gegrondheid van de vordering van geïntimeerde.

Het feit dat op de aan de gerechtsdeurwaarder overhandigde lijst twee stammen voorkomen (nrs. 272 en 16.222/1), die door hem niet werden aangetroffen en evenmin voorko-

men in de inventaris van appellanten, ook niet te Duinkerke, kan aan voormeld besluit niets veranderen, nu de revindicatie deze ontbrekende boomstammen niet tot voorwerp heeft.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 23 FEBRUARI 1989

Voorzitter: de h. Raymaekers

Raadsheren: de hh. Vandeplas (rapporteur) en Puissant

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaat: mr. Vankesbeeck

1. Ambtenaar – Vernietigen en achterhouden van proces-verbaal – 2. Politie – Toezicht van procureur des Konings

1. Het kwaadwillig of bedrieglijk vernietigen of wegmaken, door een ambtenaar, van een proces-verbaal dat is opgesteld door een ondergeschikte en dat hem uit hoofde van zijn bediening is meegedeeld, valt onder toepassing van art. 241 Sw.

2. Politieofficiëren met beperkte bevoegdheid op politioneel gebied handelen onder het uitsluitend toezicht van de procureur des Konings. Hun hiërarchische chefs hebben noch controle, noch censuur, noch vermaningen uit te oefenen of uit te brengen betreffende de uitoefening van die bevoegdheid.

G.

Overwegende dat de beklaagde wordt vervolgd ter zake dat hij als districtoverste bij het Ministerie van Openbare Werken, Dienst der Zeeschelde, Kanaal Leuven-Dijle, als hiërarchische chef van een brugwachter met politionele bevoegdheid, een aantal processen-verbaal opgesteld door deze ondergeschikte die hem uit hoofde van zijn bediening waren meegedeeld, kwaadwillig of bedrieglijk heeft vernietigd of weggemaakt;

Overwegende dat de beklaagde toegeeft het proces-verbaal nr. 229 te hebben stukgescheurd en de processen-verbaal 274 en 275 geruime tijd te hebben achtergehouden, nl. tot op het ogenblik dat een onderzoek was ingesteld door de procureur des Konings te Mechelen;

Overwegende dat die feiten terecht zijn omschreven als een inbreuk op artikel 241 van het Strafwetboek daar, zelfs al werden de processen-verbaal nrs. 274 en 275 van het Strafwetboek alsnog doorgestuurd aan de procureur des Konings, toch moet worden aangenomen dat ze waren «weggemaakt» in de zin van artikel 241 van het Strafwetboek op het ogenblik dat de feiten aan het licht zijn gekomen;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat de betrokken brugwachter op lichtzinnige wijze zijn ambt van politieofficier met beperkte bevoegdheid uitoefende, dat er van hogerhand klachten zijn gekomen tegen dit onverantwoord optreden van de bepaalde agent, dat bijgevolg de processen-verbaal aan de controle van diens hiërarchische oversten werden onderworpen en dat de vaststellingen die niet beantwoordden aan de normen die het Bestuur der Waterwegen meende te moeten hanteren, werden vernietigd of althans niet werden doorgestuurd naar de procureur des Konings te Mechelen;

Overwegende dat het duidelijk is dat de beklaagde zich also het recht heeft aangematigd te oordelen over de opportuniteit van de strafvervolgung, een beslissingsrecht dat alleen aan de procureur des Konings toekomt; dat de politieofficiëren met beperkte bevoegdheid op politieel gebied onder het uitsluitende toezicht van de procureur des Konings handelen en ook hun hiërarchische chefs noch controle, noch censuur, noch vermaningen hebben uit te oefenen of uit te brengen betreffende de uitoefening van die bevoegdheid; dat, indien er bepaalde klachten bestonden betreffende de handelwijze of het optreden van de betrokken agent, deze hadden moeten worden overgelegd aan de procureur des Konings, maar zijn processen-verbaal in geen geval mochten worden vernietigd of achtergehouden;

Overwegende dat de feiten ten laste van de beklaagde bewezen zijn gebleven, maar dat de betrokkene zich thans rekschap geeft van de ernstige wetsovertreding waaraan hij zich schuldig heeft gemaakt, en er geen gevaar bestaat dat dergelijke feiten zich zullen herhalen; dat anderzijds de beklaagde van onberispelijk gedrag is en dat het veeleer om een verkeerde interpretatie gaat van richtlijnen die de beklaagde zelf van hogerhand heeft gekregen;

Overwegende dat de beklaagde aan de voorwaarden voldoet om de gunst van het uitstel van de veroordeling te genieten en deze maatregel kan verhinderen dat zijn goede naam in opspraak wordt gebracht;

(...)

NOOT – *Het vernietigen en het achterhouden van processen-verbaal*

1. Het geannoteerde arrest is in verschillende opzichten interessant. Beklaagde is een districtoverste bij het Ministerie van Openbare Werken aan wie een aantal processen-verbaal opgesteld door een brugwachter met politieele bevoegdheid worden meegedeeld. Als districtoverste moet hij die processen-verbaal aan de bevoegde procureur des Konings toezenden. Daar er echter klachten zijn gekomen tegen de lichtzinnige wijze waarop de brugwachter zijn ambt van politieofficier met beperkte bevoegdheid uitoefende, werden de processen-verbaal opgesteld door de brugwachter aan een controle onderworpen en de vaststellingen die niet beantwoordden aan de normen van het Bestuur der Waterwegen werden vernietigd of althans niet doorgestuurd aan het parket.

De districtoverste wordt schuldig bevonden aan overtreding van artikel 241 Sw., dat o.m. de openbare ambtenaren strafbaar stelt, die akten of titels waarvan zij in die hoedanigheid de bewaarders zijn, of welke hun uit hoofde van hun bediening zijn meegedeeld, kwaadwillig of bedrieglijk vernietigen of wegmaken.

Benevens het probleem van de wettelijke omschrijving van de handelingen van de districtoverste bevat de uitspraak ook enkele interessante overwegingen betreffende de relatie tussen de politieofficiëren met beperkte bevoegdheid op politieel gebied en de procureur des Konings. In het bestek van deze noot kan er echter alleen worden stilgestaan bij de vraag van kwalificatie van de feiten.

2. In de rechtspraak werd het achterhouden en het stukschuren van processen-verbaal door openbare ambtenaren soms gekwalificeerd als de verduistering bedoeld door arti-

kel 240 Sw., soms als de kwaadwillige of bedrieglijke vernietiging of wegmaking in de zin van artikel 241 Sw.

De vernietiging van een proces-verbaal door de politieagent die het zelf heeft opgesteld valt volgens het Hof van Cassatie onder toepassing van artikel 241 Sw. (Cass., 25 oktober 1964, *Pas.*, 1964, I, 1012).

Onder de gelding van de Code pénal, werd de bepaling van artikel 173 Sw. ook toegepast t.a.v. de gemeentesecretaris die zich een proces-verbaal, opgesteld door de schepen belast met de politie van de gemeente en bestemd voor de procureur des Konings, had laten afgeven door de postbode onder voorwendsel daarin enige wijzigingen aan te brengen, en die vervolgens het proces-verbaal had weggenomen (Brussel, 3 november 1853, *Pas.*, 1853, II, 358).

Daarentegen werd de burgemeester die een proces-verbaal van de veldwachter niet had doorgestuurd aan de procureur des Konings om een burentwist te doen ophouden gestraft op basis van artikel 240 Sw. (Luik, 12 mei 1960, *J.T.*, 1961, 209, *R.D.P.*, 1960-61, 402).

Zowel artikel 241 Sw. als artikel 240 Sw. werden toegepast t.a.v. de adjunct-politiecommissaris die een proces-verbaal van vaststelling van schade, opgemaakt door een kantonnier van Bruggen en Wegen, en een verzoek tot strafvervolgung, ingediend door de hoofdinspecteur-directeur van dezelfde administratie, aan de procureur des Konings had onttrokken (Gent, 8 december 1956, *R.W.*, 1957-58, 720).

3. Die uiteenlopende uitspraken en het geannoteerde arrest bieden de gelegenheid te zoeken naar het onderscheid tussen het vaak toegepaste artikel 240 Sw. en de minder bekende bepaling van artikel 241 Sw.

De rechtsleer is het roerend eens omtrent de verschillen de bestanddelen van artikel 241 Sw. De volgende elementen zijn vereist:

- a) een materiële daad van vernietiging of wegmaking;
- b) een bijzondere opzet: de dader moet kwaadwillig of bedrieglijk handelen;
- c) de dader moet behoren tot een der in de wetbepaling opgesomde categorieën personen;
- d) het voorwerp moet een akte of titel zijn;
- e) de dader moet de akte of de titel bezitten uit kracht of uit hoofde van zijn bediening.

De auteurs zijn het echter oneens over het onderscheid tussen het misdrijf van verduistering door openbare ambtenaren en het vernietigen of wegmaken door dezelfde categorie personen.

Rigaux en Trousse (*Les crimes et délits du Code pénal*, IV, p. 238) menen, in navolging van de opsteller van het trefwoord «Destruction de titres» uit de *R.P.D.B.* (nr. 54), dat de bepaling van het door de dader nagestreefde opzet het mogelijk moet maken het onderscheid tussen de verduistering (art. 240 Sw.) en de vernietiging of de wegmaking (artikel 241 Sw.) te maken. Artikel 240 Sw. zou het geval bedoelen waarin de dader van het verduisterd stuk tegenover derden gebruik heeft willen maken, terwijl artikel 241 Sw. het geval zou betreffen waar deze wil niet bestaat.

Voor Marchal bestaat het wezenlijk verschil tussen de twee wetbepalingen in de wijze waarop de dader over de zaak beschikt. Artikel 240 Sw. vereist dat de dader een zaak verduistert. De verduistering bestaat in de onttrekking van een zaak aan haar bestemming. Daarentegen moet volgens de tekst van artikel 241 Sw. de dader de zaak vernietigen of wegmaken. De vernietiging is het materieel tenietdoen,

terwijl de wegmaking kan worden gerealiseerd door een verdwijning, zelfs door een tijdelijke verdwijning, om de gevaren verbonden aan een vernietiging, te vermijden (A. Marchal en J.P. Jaspar, *Droit criminel*, I, 3e druk, nrs. 1117, 1167 en 1168). Marchal is van oordeel dat de vernietiging of de wegmaking verder reikt dan de verduistering. De dader beperkt er zich niet toe de zaak van de rechte weg af te wenden. Hij doet meer. Hij plaatst de akte of de titel voor al dan niet lange tijd op een doodlopende weg. Hij beoogt het niet-gebruik van de zaak («Les crimes et délits contre l'ordre public commis par des fonctionnaires», in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nrs. 3578, 3591 en 3594).

Dezeure is het met deze rechtsleer niet eens. Aan de termen «verduisteren» uit artikel 240 Sw. en «vernietigen en wegmaken» in artikel 241 Sw. moet de algemene betekenis van «afwenden van de rechte weg» worden gegeven. Het verschil tussen beide artikelen ligt hierin dat artikel 240 Sw. de titels en akten met geldwaarde veronderstelt, wat echter niet betekent dat de andere voorwerpen opgesomd in deze wetsbepaling een geldwaarde moeten hebben. Artikel 241 Sw. betreft daarentegen de titels en akten zonder geldwaarde (*Misbruik van vertrouwen en verduistering*, A.P.R., nrs. 682 en 732). Dezeure sluit hierbij aan bij het standpunt van de auteur van het trefwoord «Destruction de pièces» uit de *Pandectes belges*, die eveneens van oordeel was dat, zo de vernietigde of weggemaakte akte of de titel een bepaalde waarde had, artikel 240 Sw. diende te worden toegepast (*P.B.*, XXX, Tw. «Destruction de pièces», nr. 59).

4. Artikel 241 Sw. vindt zijn oorsprong in artikel 173 van de Code pénal. Die bepaling bestraft «tout juge, administrateur, fonctionnaire ou officier public qui aura détruit, supprimé, soustrait ou détourné les actes et titres dont il était dépositaire en cette qualité ou qui lui auront été remis ou communiqués à raison de ses fonctions».

In de Franse doctrine wordt beklemtoond dat die bepaling niet dezelfde maatschappelijke of morele waarden beoogt te beschermen als de verduistering. De verduistering houdt verband met de bestraffing van een schending van de plicht van rechtschapenheid die de ambtenaren in de uitoefening van hun ambt moeten naleven. Ze moeten hun bediening uitoefenen in het belang van de gemeenschap. Het is aanstootgevend dat ze een persoonlijk voordeel trachten te halen uit de macht die ze hebben. De schending van de plicht van rechtschapenheid moet worden gestraft omdat de eerlijkheid nodig is voor de goede werking van de openbare diensten, voor de eerbiediging van de patrimoniale belangen van de staat en voor het vertrouwen van het publiek in de administratie. Het doel van artikel 173 C.P. is daarentegen totaal verschillend. Die bepaling is een middel om aantastingen van de organisatie van de openbare machten te bestraffen, omdat de schuldige akten of titels vernietigt of weggemaakt, terwijl ze werkmiddelen zijn voor de uitvoering van de opdrachten van de openbare diensten (R. Merle en A. Vitu, *Droit pénal spécial*, I, nr. 261; «Destruction, suppression, soustraction au détournement d'actes ou de titres par un dépositaire public», in *J. Cl. Pénal*, nr. 4).

De Belgische auteurs zijn het echter niet eens omtrent de relevantie van de tekst uit de Code pénal voor de interpretatie van het artikel 241 Sw. (M. Rigaux en P.E. Trousse, IV, p. 236; in andere zin A. Marchal in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nr. 3553).

5. Het is dan ook niet onbelangrijk even de voorbereidende werkzaamheden van het Strafwetboek te onderzoeken.

In zijn verslag schrijft Haus: «Nous avons supprimé, comme inutiles, les mots tout juge, administrateur dont se sert l'article 173 du code de 1810. Nous avons supprimé ensuite les mots 'soustrait ou détourné'. En effet, le mot détournement d'actes ou de titres suppose des titres ou actes ayant valeur pécuniaire, et que l'on emploie frauduleusement à un autre usage que celui auquel ils sont destinés. Le fait, commis par un fonctionnaire ou officier public, est réprimé par les articles 255 et 256. Dans l'article 257, au contraire, ils s'agit d'actes ou de titres qui n'ont pas de valeur déterminée et précise. On ne détourne pas ces sortes de titres ou d'actes; on les détruit ou on les supprime; et si la suppression ou la destruction a pour cause un dessein méchant ou frauduleux, elle tombe sous l'application du présent article» (Nypels, *Législation criminelle*, II, p. 354, nr. 12).

Het verslag van Moncheur namens de kamercommissie gaat in dezelfde richting: «Il existe une différence radicale entre l'article 255 et l'article 257 de notre projet: le premier punit les détournements de deniers ou d'effets ayant valeur monétaire, le second ne concerne que la soustraction ou la suppression des titres ou des actes qui, sans avoir une valeur déterminée et précise, sont cependant souvent d'un grand prix pour les parties qui les ont confiés aux fonctionnaires ou officiers publics» (*ibidem*, II, p. 368, nr. 11).

De verdere parlementaire behandeling heeft weinig belang voor het onderzocht probleem. De Kamer wilde een onderscheid maken tussen de ambtenaren die in deze hoedanigheid bewaarders van akten of titels waren, en de ambtenaren die slechts bewaarders ervan zijn uit hoofde van hun bediening (*ibidem*, II, p. 428, nr. 27). De Senaat verwierp dat onderscheid (II, pp. 464, nr. 9 en 476, nr. 10). De Kamer legde zich neer bij de opheffing van het onderscheid tijdens de tweede lectuur van het ontwerp (II, p. 498, nr. 4).

6. Uit deze parlementaire behandeling blijkt dat het onderscheid tussen de artikelen 240 en 241 Sw. geen verband houdt met het moreel element. Het verschil ligt ook niet in de eerste plaats in de wijze waarop de dader over de akte of titels beschikt: verduistering enerzijds; vernietiging of wegmaking anderzijds. Weliswaar zijn de strafbaar gestelde handelingen in beide wetsbepalingen verschillend. Maar dit verschil wordt uitgelegd door de verslagen van Haus en Moncheur: het ene artikel betreft de titels en akten met, het andere de titels en akten zonder geldwaarde.

De toepassing van artikel 241 Sw. in het geval van het stukscheuren en het achterhouden van processen-verbaal door de districtoverste is dus volledig in overeenstemming te brengen met de voorbereidende bespreking van het Strafwetboek.

Alain De Nauw

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

4e KAMER — 10 JANUARI 1990

Voorzitter: de h. Pas

Openbaar ministerie: mevr. De Jaeger

Advocaten: mrs. Pauwels loco Vets en Stappers

Ziekte- en invaliditeitsverzekering – Geneeskundige verzorging – Betrekkingen tandheelkundigen/ziekenfondsen – Nationaal akkoord – Honoraria – Binding – Rechtshabenden – Inkomengrens – Bewijslast – Tariefoverschrijding – Vergoeding

Voor een geconventioneerde tandheelkundige is de toepasselijkheid van de in het nationaal akkoord vastgestelde honoraria de regel, binnen de overeengekomen omstandigheden van plaats en tijd. Eventueel hoort het de tandheelkundige te bewijzen dat de rechthebbende, op grond van de in het akkoord bepaalde inkomengrens, geen aanspraak heeft op toepassing van vastgestelde honoraria.

Bij overschrijding, door de tandheelkundige, van de vastgestelde honoraria, heeft de rechthebbende, krachtens het nationaal akkoord, aanspraak op een vaste vergoeding van driemaal het bedrag van de overschrijding en minimum op 500 frank.

B. t/ M.

Met een verzoekschrift, op 17 oktober 1977 aangetekend verzonden aan de griffie van de Arbeidsrechtbank, vorderde mevrouw B. de heer M. te veroordelen om haar te betalen het bedrag van 2.104 fr., te vermeerderen met de gerechtelijke interesten vanaf de datum van oproeping door de griffier.

Deze vordering steunde op de feitelijke elementen dat eiseres op 9 en 18 augustus 1976 behandeld werd door de heer M., geconventioneerde tandarts, die volgens het getuigschrift de verstrekkingen 0430, 0435 en 0431 leverde. Zij betaalde hiervoor een honorarium van 1.960 fr.

In rechte riep eiseres in dat de heer M. verbonden was in de zin van artikel 34 van de wet van 9 augustus 1963 op de ziekte- en invaliditeitsverzekering en derhalve gebonden was aan de termen van het nationaal akkoord tussen tandartsen en ziekenfondsen, gesloten op 14 januari 1970, en het verlengde nationaal akkoord tussen tandartsen en ziekenfondsen van 22 december 1975, beide gesloten in de Nationale Commissie Tandheelkundigen/Ziekenfondsen.

Volgens de nomenclatuurvoorwaarden bepaald in het akkoord van 22 december 1975, diende het maximumhonorarium dat de heer M. mocht vorderen, te bedragen: 410 fr. (codenr. 0430), 512 fr. (codenr. 0435) en 512 fr. (codenr. 0431), samen 1.434 fr. Derhalve vorderde eiseres terubetaling van het te veel gevraagde ereloon: 526 fr., de vaste vergoeding gelijk aan driemaal het bedrag van de overschrijding, zijnde $3 \times 526 \text{ fr.} = 1.578 \text{ fr.}$ (I, § 4, Akkoord van 22 december 1975, en artikel 34, § 8, wet van 9 augustus 1963). (...)

In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat geïntimeerde geconventioneerde tandarts was op het tijdstip van de betwiste consultaties.

Uit een brief van 24 januari 1977 van de L.C.M. blijkt dat geïntimeerde zich ertoe verbonden had in 1976 de officiële tarieven na te leven onder de volgende voorwaarden van tijd en plaats: 1) in zijn privé-kabinet: alle dagen van de week van 8.30 uur tot 12.00 uur en van 14.00 uur tot 18.00 uur; 2) in het Sint-Vincentiusziekenhuis te (...), in de voormiddag, facultatief van 9.00 tot 10.00 uur.

Voor de verzorging verleend buiten die uren, was de betrokkene niet verplicht de tarieven van de ziekteverzekering na te leven en mocht hij zijn honorarium vrij bepalen.

Het feit dat het privé-kabinet op het ogenblik dat geïntimeerde zich verbonden heeft, gevestigd was aan de (...) en nadien werd overgebracht naar B., verandert niets aan de verbintenis voor het «privé-kabinet».

Met betrekking tot de vraag of de prestaties werden geleverd tijdens de voormelde uren of daarbuiten, maakt geïntimeerde geen bemerkingen.

Overigens merkt appellante terecht op dat, krachtens artikel 4, lid 2, van het akkoord in de Nationale Conventie Tandheelkundigen, de tandartsen die geen weigering tot toetreding tot de akkoorden betekend hebben, van rechtswege geacht worden tot die akkoorden te zijn toegetreden voor hun volledige beroepsactiviteit.

Bovendien blijkt uit een circulaire V.I. nr. 76/87 van 22 maart 1976 van de Dienst voor Geneeskundige Verzorging van het R.I.Z.I.V., m.b.t. het Nationaal akkoord tandheelkundigen/ziekenfondsen van 22 december 1975, dat de heer M. verondersteld wordt voor zijn volledige beroepsactiviteit te zijn toegetreden tot de bedingen van het akkoord, aangezien in de bijgevoegde lijst geen beperkingen voorkomen naast zijn naam.

2. Appellante dient niet te bewijzen dat te haren opzichte de vastgestelde tarieven moesten worden toegepast.

Uit artikel 3 van het akkoord van 22 december 1975 blijkt dat de bij dat akkoord vastgestelde tarieven *de regel* zijn, toepasselijk voor alle rechthebbenden, waarop slechts uitzondering gemaakt kan worden voor de rechthebbende leden van een gezin waarvan de jaarlijkse bruto-inkomsten hoger liggen dan 480.000 fr. of 350.000 fr. naar gelang van het geval.

Blijkbaar is bij het tot stand komen van het akkoord de vraag niet gerezen, en in elk geval niet opgelost, op welke wijze de behandelende tandheelkundige moet of kan nagaan wat «de jaarlijkse bruto-inkomsten» zijn van het gezin waarvan zijn patiënt deel uitmaakt.

In elk geval brengt de regel echter mee dat de geconventioneerde tandheelkundige die hogere honoraria wil aanrekenen dan de vastgestelde tarieven, zich ervan moet vergewissen of de patiënt onder de in artikel 3 van het akkoord van 22 december 1975 bedoelde uitzonderingen valt.

Aangezien dit in het geval van appellante niet wordt aangetoond (integendeel), diende geïntimeerde de vastgestelde tarieven toe te passen.

3. Partijen zijn het niet eens over het bedrag van de vastgestelde tarieven voor de geleverde prestaties.

Appellante legt geen stukken over m.b.t. de tarieven behorende bij de nomenclatuurnummers 0430, 0431 en 0435 op 9 en 18 augustus 1976.

Geïntimeerde erkent wel dat hij de tarieven heeft overschreden, en wel met in het totaal 320 fr.

In die mate is de vordering dus bewezen.

4. In het verzoekschrift van hoger beroep beperkte appellante haar vordering tot driemaal het bedrag van de overschrijding (i.p.v. viermaal, zoals oorspronkelijk gevraagd).

Met toepassing van artikel 34, § 8, van de wet van 9 augustus 1963 en littera K, § 6, van het akkoord van 14 januari 1970, en artikel 6 van het akkoord van 22 december 1975, dient aan appellante dus te worden toegekend, een vaste

vergoeding gelijk aan driemaal het bedrag van de overschrijding of $3 \times 320 = 960$ fr.

Op die gronden,
Het Hof,

Veroordeelt geïntimeerde om aan appellante te betalen de som van 960 fr., te vermeerderen met de gerechtelijke interesten vanaf 17 oktober 1977; veroordeelt appellante en geïntimeerde elk tot de helft van de kosten van beide instanties, tot op heden begroot op 660 fr. rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg aan de zijde van appellante en door geïntimeerde begroot op 660 fr. rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg en op 1240 fr. rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

NOOT—*Het honorarium van de tandheelkundige*

1. Als inleiding tot het geannoteerde arrest is het aangegeven even de juridische omkadering te schetsen.

Art. 34 van de Ziekte- en Invaliditeitswet voorziet in de mogelijkheid tot het sluiten van akkoorden tussen de representatieve beroepsorganisaties van tandheelkundigen en de verzekeringsinstellingen (art. 34, § 1), waarbij o.m. de honoraria worden vastgesteld die t.o.v. de patiënten dienen te worden nageleefd door de tandheelkundigen die zich aan de bepalingen van de gesloten akkoorden onderwerpen (art. 34, § 7). De wet bepaalt voorts dat de akkoorden strafbedingen, in de zin van de artt. 1226 tot en met 1233 B.W., inhouden (art. 34, § 8).

Zoals het arrest vaststelt, werd op 22 december 1975 een nationaal akkoord tussen tandartsen en ziekenfondsen gesloten, waarbij, naast het vaststellen van de honoraria, tevens:

- bepaald werd dat de in het akkoord vastgelegde honoraria dienen te worden toegepast voor alle rechthebbenden, met uitzondering van degenen met een jaarlijks brutoinkomen dat hoger ligt dan 480.000 fr. per gezin, verhoogd met 25.000 fr. per persoon ten laste, wanneer er maar één gerechtigde is, ofwel 350.000 fr. per gerechtigde, verhoogd met 25.000 fr. per persoon ten laste, wanneer er verschillenden gerechtigden zijn (art. 3);

- voorzien is in een strafbeding, nl. het betalen door de tandheelkundige van een vaste vergoeding gelijk aan driemaal de tariefoverschrijding, maar met een minimum van 500 fr. (I, § 4).

Ook heden is een nationaal akkoord tussen tandheelkundigen en ziekenfondsen in werking. Dat akkoord, gesloten op 30 december 1988, is van toepassing tot en met 1992. Onder punt C, § 2, van dat akkoord is een zelfde strafbeding opgenomen als in het akkoord van 1975.

2. Welke de feiten waren die aan de grondslag lagen van de betwisting blijkt uit het arrest.

Bij vonnis van 7 oktober 1980 wees de eerste rechter de vordering van eiseres af, op grond dat de behandelende tandarts weliswaar aan het akkoord onderworpen was, maar dat eiseres het bewijs niet leverde dat de tandarts, op het ogenblik van het vaststellen van zijn honorarium wist dat het inkomen van zijn patiënte de inkomengrens bepaald in het akkoord, niet overschreed.

Negen jaar later werd de oorspronkelijke vordering gegrond verklaard.

3. Het geannoteerde arrest is vanuit een dubbel oogpunt belangwekkend.

In de eerste plaats betreft het een unieke toepassing van het strafbeding vervat in een nationaal akkoord tussen verzorgingverstrekkers en ziekenfondsen. Naar onze mening is nooit eerder een dergelijke betwisting aan het oordeel van een rechtbank onderworpen.

Anderzijds is het arrest belangrijk wegens de rechtsoverwegingen van het hof die de tariefzekerheid van de patiënten beschermen.

De redenering van de eerste rechter, gegrond op de verplichting voor de patiënt om te bewijzen dat de verzorgingverstrekker op de hoogte was van diens financiële toestand, was niet alleen voor kritiek vatbaar op het vlak van de billijkheid maar tevens juridisch onjuist.

De overwegingen van het arrest daarentegen maken o.i. een juiste toepassing van de reglementaire teksten en de bepalingen van het nationaal akkoord.

Door de gecombineerde lezing van art. 34, § 7, van de wet van 9 augustus 1963 en art. 3 van het nationaal akkoord, moet men immers tot het besluit komen dat het naleven van de tarieven van honoraria tot principe, tot algemene regel wordt verheven.

Het overschrijden van de vastgelegde tarieven vormt de uitzondering, de exceptie (vgl. R. Schutyser, «Het Nationaal Akkoord Geneesheren — Ziekenfondsen en de vaststelling van de honoraria der geneesheren», *B.T.S.Z.*, 1973, 806).

Zoals uit de feitelijke gegevens blijkt, leverde mevrouw B. het bewijs én van de onderwerping van de tandarts aan het nationaal akkoord én van een lager brutoloon dan de maximumgrens vastgelegd in voormeld akkoord.

Het bewijs van deze beide voorwaarden is noodzakelijk maar voldoende. Bijkomende vereisten worden in het nationaal akkoord aan een patiënt niet opgelegd. Zodra de patiënt bovengenoemde bewijzen heeft aangebracht, dienen de conventioneel vastgestelde honoraria toegepast te worden.

In eerste aanleg werd aan mevrouw B. nog een bijkomende bewijslast opgelegd, nl. bewijzen dat de tandarts op het ogenblik van het vaststellen van zijn honorarium op de hoogte was van het feit dat haar inkomen de in het akkoord bepaalde grens niet overschreed. Het opleggen van een dergelijk bewijs is een opdracht die mevrouw B. of een patiënt in het algemeen moeilijk tot een goed einde kan brengen. Het opleggen van een *probatio diabolica* lijkt hier niet ver weg.

Een meer logische, juridisch juiste en billijke redenering is de bewijslast naar de verzorgingverstrekker toe te schuiven en hem te verplichten zijn motieven te geven waarom hij geoordeeld heeft het algemeen principe van het akkoord te kunnen negeren.

In casu voldeed mevrouw B. aan de vereisten van bewijsoverlevering welke in het akkoord zijn ingebouwd, zodat aan het adagium *actor incumbit probatio* werd voldaan.

Zodra de voorwaarden van het akkoord waren vervuld, behoorde de verzorgingverstrekker zich te onderwerpen aan de vastgestelde tarieven, tenzij hij het bewijs kon aanvoeren dat hij zich in een uitzonderingspositie bevond welke het overschrijden van de honoraria rechtvaardigde. Wie meent bevrijd te zijn, dient immers hiervan de nodige bewijzen te leveren: *reus excipiendo fit actor*.

Een analoge redenering en bepaling vinden we trouwens terug in art. 1315 van het Burgerlijk Wetboek: «Hij die de uitvoering van een verbintenis vordert, moet het bestaan

daarvan bewijzen. Omgekeerd moet hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht» (cf. in dit verband ook Cass., 26 november 1982, *A.C.*, 1982-83, 436, *Pas.*, 1983, I, 396). In dezelfde zin bepaalt art. 870 Ger. W. dat iedere partij het bewijs moet leveren van de feiten die zij aanvoert (idem: *De Page*, III, nr. 726).

Volledigheidshalve kan hier nog gewag worden gemaakt van de juiste toepassing van art. 1229, § 2, van het Burgerlijke Wetboek. Mevrouw B kon inderdaad geen aanspraak maken op de terugbetaling van het te veel geïnde bedrag én op de betaling van de vaste vergoeding gesteld als strafbeding in het akkoord, zijnde driemaal de tariefoverschrijving (vgl. Cass., 4 november 1960, *Pas.*, 1961, I, 240; Luik, 19 april 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 18; J. Van Ryn, «Nature et fonction de la clause pénale selon le Code civil», *J.T.*, 1980, 557-559).

Als conclusie kan bijgevolg worden gesteld dat een tot nog toe uniek geding op een juridisch correcte wijze door het Arbeidshof te Antwerpen is afgehandeld.

Tegen het arrest is geen cassatieberoep ingesteld.

A. Claeys

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

KORT GEDING – 11 APRIL 1990

Voorzitter: de h. Vande Walle

Advocaten: mrs. Vandenbrande loco Blontrock en Lybeer loco Flagey

Bank – Garantie op eerste verzoek – Abstract karakter – Bedrog – Toetsing door de kort-gedingrechter

De volstreekte betaalplicht van de garanderende bank lijdt uitzondering in geval van bedrog. De kort-gedingrechter kan alleen maar een betalingsverbod uitspreken wanneer het bedrog «prima facie» bewezen voorkomt.

N.V. G. t/ N.V. B. en N.V. I.

Overwegende dat de eis ertoe strekt voor recht te horen zeggen dat de bank zich dient te onthouden van elke uitbetaling in het kader van het beroep door de N.V. I. op een bankwaarborg, zonder te beschikken over een in kracht van gewijsde gegaan vonnis dat de grond van de zaak beslecht, onder een verbeurte van 10.000 frank per dag zolang de uitbetaling verricht zou worden;

Dat de dagvaarding tot tussenkomst de bindendverklaring beoogt van de te wijzen beslissing aan de N.V. I.;

Dat de Bank tot ongegrondheid van de eis concludeert; dat de N.V. I. in dezelfde zin concludeert en tevens vraagt dat de Bank gehouden zou worden tot uitbetaling van de waarborg over te gaan, hetgeen niet als een nieuwe eis dient te worden beschouwd doch het corrolarium vormt van onze beslissing nopens de vordering van de N.V. G.;

Overwegende dat op 3 september 1987 een aannemingscontract gesloten werd tussen de N.V. I. en G. nopens het oprichten van een kantoorruimte en een animalarium, als-

mede het aanleggen van een grasveld en het plaatsen van grasdallen;

Dat de Bank op 1 oktober 1987 een bankwaarborg op eerste verzoek verleende aan I., ten bedrage van 2.034.000 frank met betrekking tot alle sommen die door G. verschuldigd zouden zijn naar aanleiding van de niet-uitvoering of gebrekkige uitvoering van bovenvermeld contract; dat deze waarborg, die in de tijd beperkt was tot 4 juli 1989, op verzoek van G. tot 30 september 1989 verlengd werd;

Dat de tuinaanleg door G. in onderaanneming aan ene maatschappij G. werd toevertrouwd;

Overwegende dat de voorlopige aanvaarding van het werk op 27 oktober 1988 plaatshad, behalve wat de grasperken betreft waar het probleem zou worden onderzocht in de lente 1989, en na uitvoering van diverse werkzaamheden door de ondernemer; dat uit het dossier van G. blijkt dat er onenigheid bestaat met haar onderaannemer, derwijze dat deze laatste voor de kantonnale rechter dagvaardde; dat I. op 14 september 1989 aanspraak maakte op de waarborg, voor een bedrag van 460.000 frank, verwijzende naar de wanuitvoering van G. met betrekking tot de grasperken;

Overwegende dat G. ons adieert op voet van artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek, en de urgentie motiveert door het zwaar financieel verlies dat hij zou lijden mocht de Bank de waarborg uitbetalen a rato van het door I. gevordeerde bedrag van 460.000 frank;

Dat hieruit inderdaad afgeleid mag worden dat aan het spoedvereiste voldaan is, hetgeen door de andere ter zake betrokken partijen tevens niet betwist wordt;

Overwegende dat de kort-gedingrechter bevoegd is om op te treden in contractuele relaties bij wijze van maatregelen die ertoe strekken of tot gevolg hebben aan een partij het voordeel der rechten toe te kennen waarop zij aanspraak maakt ten aanzien van een andere partij, zonder de beslissing van de bodemrechter af te wachten (zie Dieux, noot sub Kort Geding Luik, 2 februari 1984, «La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés», *R.C.J.B.*, 1987, 245); dat dit optreden dient te worden geapprecieerd binnen de perken van artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek, en tevens vereist dat het recht waarop een beroep wordt gedaan niet het voorwerp kan zijn van een ernstige twijfel, hetgeen veronderstelt dat wij de rechtspositie der procespartijen aan een toetsing onderwerpen die de rechter ten gronde niet kan binden;

Overwegende dat de bankwaarborg op eerste verzoek in het Belgische recht aanvaard wordt; dat hij een abstract en zelfstandig karakter heeft, en verschuldigd is op verzoek van de begunstigde zodra de voorwaarden vermeld in de waarborgakte vervuld zijn (zie in casu de inhoud van de brief van de Bank aan I. waarbij de waarborg verleend wordt + algemeen reglement der kredieten van de Bank), onder voorbehoud van eventueel bedrog (Hof Brussel, 25 februari 1982, *B.R.H.*, 1982, 350; zie eveneens Hof Brussel, 18 december 1981, *J.T.*, 1982, 359, waar gewag gemaakt wordt van ongetwijfeld bedrog of kennelijk misbruik);

Dat onze taak er ter zake in bestaat te beoordelen of er een voldoende schijn van kwaadwilligheid voorhanden is om door de bodemrechter te worden aangenomen, hetgeen het toekennen van de voorlopige, voor ons gevorderde verbodsmaatregel, zou motiveren;

Overwegende dat door G. gesteld wordt dat de eis van I. «abusief is wegens fraude» en dat de Bank wel degelijk op

de hoogte was van dit bedrieglijk karakter; dat hiervoor verwezen wordt naar de bevindingen van de eenzijdig door I. geraadpleegde deskundige, die als tendentius bestempeld worden alsmede naar nalatigheden van I. dat laatstgenoemde fraude zou hebben gepleegd door zwaardere en bijkomende werken te laten uitvoeren, die de perken van de litigieuze grasgroei te buiten zouden gaan; dat eveneens ge- wezen wordt op het feit dat de Bank als feitelijk eigenaar (leasinggever en garant) geen onafhankelijke partij zou zijn;

Overwegende dat, gelet op de door verweersters aange- voerde argumenten en gezien het geheel der stukken die worden overgelegd, het ons niet prima facie voorkomt dat de voor het bedrog vereiste kwaadwilligheid ter zake vol- doende bewezen is om het gevorderde verbod op te leggen; dat het feit dat de leasinggever een dochteronderneming van de Bank is, terwijl de leasingnemer tevens de opdrachtgever was met betrekking tot de bankwaarborg, geen weerslag kan hebben op de verplichtingen die op de Bank wegen uit hoof- de van het abstract en onafhankelijk karakter van de bank- garantie;

Dat de andere grieven van eiseres zoals zij door de ver- weersters beantwoord worden, te beschouwen zijn in het ka- der der excepties of verweermiddelen geput uit contractuele relaties welke, bij gebrek aan voldoende aanwijzingen no- pens het voorhanden zijn van bedrog, niet aan de begunstig- de van de bankwaarborg kunnen worden tegengeworpen;

...

NOOT – Zie hierover o.m. Wymeersch, E., «Garanties op eerste verzoek», *T.P.R.*, 1986, (471), 494 e.v.; Van Gerven, W. e.a., *Handels- en economisch recht*, I, *Ondernemingsrecht*, B, 1989, 801, nr. 814; Braeckmans, H. en Ernst, Ph., *Per- soonlijke zekerheidsrechten*, in: *De overeenkomst vandaag en morgen*, M. Storme, Machiers Y. en Herbots J. (Ed.), Antwerpen, Kluwer, 1990, 383-393.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE TURNHOUT

KORT GEDING – 16 FEBRUARI 1990

Voorzitter: de h. Daems

Advocaten: mrs. Maeyaert en Schroé

Handelspraktijken – Aankondiging van prijsverlaging – Vermelding van begindatum – Verkoop per briefwis- seling – Artt. 4 en 54 W.H.P.

Een schending van het bepaalde in art. 4 kan tevens een schending van het bepaalde in art. 54 W.H.P. uitmaken. Art. 4 W.H.P. formuleert de basisvereisten inzake prijsverlaging. De vermelding van de begindatum van de prijsverlaging geldt ook in geval van tekoopaanbieding door postorderbedrijven.

V.Z.W. C. t/ P.V.B.A. P.

De vordering strekt ertoe verweerster de staking te horen bevelen van elke publiciteit waarin prijsaankondigingen in strijd met de artikelen 20 en 54 W.H.P. worden gedaan waar- bij de datum waarop prijsverlaging een aanvang neemt, niet wordt aangekondigd en waarbij de prijsverlaging langer duurt dan één maand, onder verbeurte van een dwangsom van 100.000 fr. per inbreuk.

...

Aanlegster, optredende als beroepsgroepering met rechtspersoonlijkheid, met onder meer als taak de beroeps- belangen van haar leden te behartigen, stelde vast dat ver- weerster in een brochure, genaamd «Business Shop», ver- spreid onder het grote publiek, op bladzijde 4 horloges te koop aanbood met vermelding van een doorgehaalde prijs. Bewuste brochure draagt geen datum van uitgifte.

Aanlegster stelt dat dergelijke publiciteit in strijd is met de artikelen 20 en 54 van de wet op de Handelspraktijken omdat de periode van prijsverlaging met vermelding van de doorgehaalde prijs niet langer mag duren dan één maand, te meer daar verweerster daarenboven moet kunnen aantonen dat zij de doorgehaalde prijs heeft toegepast gedurende een onafgebroken periode van één maand voorafgaand aan de publiciteit.

Uit de lezing van artikel 4 van de wet van 14 juli 1971 be- treffende de handelspraktijken blijkt duidelijk dat:

- de aankondiging van een prijsverlaging dient te verwij- zen naar de prijzen die door hem die een dergelijke prijs- verlaging aankondigt, voor gelijke produkten of diensten in dezelfde inrichting zijn toegepast;
- die prijzen moeten zijn toegepast gedurende een door- lopende periode van één maand onmiddellijk voorafgaand aan de datum waarop de verminderde prijs ingang vindt;
- de datum waarop de prijsverlaging een aanvang neemt moet worden aangekondigd;
- de periode van prijsverlaging niet langer mag duren dan één maand.

Verweerster legt drie folders over, alle drie zonder enige aanduiding van uitgifte, maar volgens verweerster daterende van respectievelijk januari 1989, mei-juni 1989 en september 1989.

In de uitgaven van januari en van mei-juni 1989 werden de horloges aangegeven met vermelding van de prijzen die in het septemernummer worden doorgehaald en aange- kondigd met een verlaagde prijs.

Terwijl zou kunnen worden aanvaard dat de in het num- mer van september 1989 doorgehaalde prijzen vermoedelijk die zijn welke worden toegepast in augustus 1989, is met zekerheid bewezen dat verweerster noch de aanvangsdatum van die verlaagde prijs heeft aangekondigd, noch het bewijs levert dat die periode slechts één maand heeft geduurd.

De door verweerster gevoerde publiciteit maakt derhalve een inbreuk uit op vernoemd artikel 4.

Dit artikel 4 reglementeert de praktijk van de prijsverla- gingen zodat tekortkomingen aan dit artikel een inbreuk kunnen uitmaken op artikel 54 van de wet van 14 juli 1971 en dus het voorwerp kunnen uitmaken van een vordering tot staking, waardoor het niet-naleven van het in artikel 4 be- paalde verweerster een daad stelt die strijdig is met de eer- lijke handelsgebruiken en de beroepsbelangen van de leden van aanlegster kan schaden.

De door verweerster gevoerde reclame is inderdaad als misleidend en verwarringsstichtend aan te merken zodat aanlegster terecht artikel 20, 1°, van de wet van 14 juli 1971 W.H.P. inroept.

Verweerster beweert dat zij haar publiciteit en haar ver- koop voert in overeenstemming met de artikelen 32 en 33 van de wet van 14 juli 1971, dit evenwel ten onrechte.

De in artikel 4 geformuleerde criteria gelden ook wanneer het gaat om toepassing van de artikelen 32 en 33. Ook hier moet het gaan om prijzen die de betrokken handelaar voor

gelijke – weze identieke – produkten in dezelfde inrichting gewoonlijk vraagt en dit gedurende een doorlopende periode van minstens één maand onmiddellijk voorafgaand aan de datum van wanneer de vermelde prijs wordt toegepast, met vermelding van de aanvangsdatum van die prijsverlaging.

Verweerster stelt dat zij een postorderbedrijf is en dat het aan een dergelijk bedrijf eigen is dat de folders en de publiciteit die rondgestuurd worden na twee à drie weken in de prullemand verdwijnen.

Zij stelt ook dat zij nooit met zekerheid kan zeggen wanneer haar folders de mogelijke cliënteel bereikt.

In haar derde conclusie stelt verweerster nog dat de door haar gevoerde publiciteit geenszins misleidend is, en dat tot op het ogenblik dat de potentiële cliënteel de nieuwe brochure ontvangt, de oude prijzen nog van toepassing zijn.

Het is volkomen mogelijk voor verweerster om met toepassing van het in artikel 4 bepaalde in haar folders aan te duiden én de aanvangsperiode van de verkoop van doorgehaalde prijzen én de einddatum van deze periode. Het is haar eveneens volkomen mogelijk de verspreiding van haar folders zo te organiseren dat deze – met het oog op voornoemde verkopen – tijdig haar potentiële cliënteel bereiken.

De werkwijze van verweerster heeft onvermijdelijk tot gevolg dat de verkoop met doorgehaalde prijzen langer duurt dan de toegemeten één maand nu, naar zij zelf zegt, die aangekondigde doorgehaalde prijzen van toepassing zijn tot op het tijdstip dat de nieuwe folder wordt ontvangen.

Dat daarenboven de door verweerster gevoerde publiciteit misleidend en verwarringstichtend is, blijkt uit het door nemen van de door verweerster zelf voorgebrachte brochuren. Voor een ander artikel, niet het voorwerp uitmakende van de onderhavige betwisting, wel een vijf-minutentrainer betreffende, bestelnummer E 64, zien wij dat deze in de nummers van januari en mei-juni 1989 gewoonweg aangeboden wordt tegen de prijs van 1.495 fr., exclusief B.T.W., terwijl hetzelfde artikel in het nummer van september 1989 aangeboden wordt met vermelding van een doorgehaalde prijs van 1.795 fr. én een nieuwe prijs van 1.495 fr., telkens exclusief B.T.W.

Aanlegster vordert dan ook terecht de staking van dergelijke publiciteit. De gevorderde dwangsom dient eveneens te worden ingewilligd. Er is evenwel geen aanleiding tot publicatie van ons bevel in Business Shop.

NOOT – Aankondiging van prijsverlaging

Het hier besproken vonnis is op drie vlakken interessant.

1. Inbreuken op art. 4 W.H.P. kunnen ook beteugeld worden via de vordering tot staking wanneer ze tevens een inbreuk uitmaken op het bepaalde in art. 54 W.H.P., d.w.z. wanneer door de niet-naleving van art. 4 W.H.P. de beroepsbelangen van een of meer handelaars en/of ambachtslieden hierdoor geschaad kunnen worden. Zulks is in de hier besproken zaak het geval omdat door een op onregelmatige wijze aangekondigde prijsverlaging andermans klanten worden weggelokt.

Deze uitspraak staat niet alleen, zij bevestigt een jurisprudentiële trend¹ die duidelijk afstand neemt van het door het Hof van Cassatie in het arrest van 4 juni 1976 ingenomen standpunt².

2. Zoals bekend wordt niet alleen in art. 4 W.H.P. maar ook in de artt. 32 en 33 W.H.P. over prijsverlaging gehandeld, een prijsverlaging die reël dient te zijn ten opzichte van de prijzen die dezelfde verkoper voor de verkoop van gelijke produkten gewoonlijk vraagt. Het hier besproken vonnis beslist dat de in art. 4 W.H.P. geformuleerde criteria ook gelden in geval van toepassing van de artt. 32 en 33 W.H.P. In dezelfde zin hadden zich ook reeds uitgesproken, het Hof van Beroep te Gent³ en het Hof van Beroep te Brussel⁴. M.i. zou deze juiste redenering ook dienen te worden doorgetrokken bij toepassing van art. 26, § 4, (uitverkoop) en van art. 30, § 3, (opruiming)⁵. Behoudens vergissing mijnentwege bestaat wat deze stelling betreft geen rechtspraak.

3. Het is bekend dat overeenkomstig art. 4 W.H.P. de begindatum van de aangekondigde prijsverlaging dient te worden vermeld. De bedoeling is zeer duidelijk: de prijsverlaging mag maximaal één maand duren⁶ en de controle op de naleving hiervan is slechts mogelijk wanneer de begindatum wordt vermeld. Geldt deze verplichting ook voor prijsverlagingen aangekondigd op folders, catalogen, enz. verzonden door postorderbedrijven. Bij mijn weten werd deze vraag eenmaal ontkennend beantwoord⁷. De voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Turnhout zag het anders en volgens mij terecht. Er bestaat technisch geen enkele moeilijkheid om in voornoemde reclameboodschappen een begindatum te vermelden bij aankondiging van een prijsverlaging; bovendien is er geen principiële reden om voor de bedoelde verkooppraktijk een uitzondering te voorzien.

Prof. P. De Vroede
V.U.B.

¹ Zie o.m. DE VROEDE, P., «Overzicht van Rechtspraak Handelspraktijken», *T.P.R.*, 1989, 204-205; adde Brussel, 6 mei 1988, *Jaarboek Handelspraktijken*, 1988, 44.

² Arr. Cass., 1976, 1114, *Pas.*, 1976, I, 1081, *R.W.*, 1976-77, 176. Voor de kritiek op dit arrest zie DE VROEDE, P. en BALLON, G.L., *Handelspraktijken*, nrs. 1292-1293.

³ Gent, 26 november 1986, *H.P.*, 1986, IV, 166.

⁴ Brussel, 6 mei 1988, *Jaarboek Handelspraktijken*, 1988, 44: «Le commerçant qui annonce une réduction de prix est non seulement tenu de respecter les dispositions des articles 32 et 33 mais également l'article 4 énonçant les conditions fondamentales de toute réduction.»

⁵ DE VROEDE, P. en BALLON, G.L., *op. cit.*, nr. 825.

⁶ Senaat, 1981-82, nr. 277/2, 18.

⁷ Voorz. Kh. Brussel, 28 maart 1986, *H.P.*, 1986, I, 225.

POLITIËRECHTBANK TE ROESELARE

23 JUNI 1988

Rechter: de h. Nolf

Advocaten: mrs. Van Tyghem en Vanden Bulcke

Milieurecht – Uitstoting van stofdeeltjes, roet- en zwavelneerslag – Art. 557, 4°, Sw.

Onder de toepassing van artikel 557, 4° Sw. («... andere voorwerpen die kunnen bevuild of beschadigen...») valt de uitstoting van stofdeeltjes, roet- en zwavelneerslag, afkomstig uit de stookketels en schouwen van de serres van beklagde, als die

uitstoting gebeurt via een technische installatie, bediend door of op instructie van beklaagde.

De bewoordingen van art. 557, 4°, Sw. moeten worden geacht uitwasemingen te bedoelen die rechtstreeks definieerbare schade toebrengen of die het evenwicht in de als normaal geachte lasten van een moderne doch ecologisch steeds meer bewuste samenleving verstoren.

D. t/ D.

Overwegende dat de telastlegging sub A, t.a.v. beklaagde bewezen voorkomt: de stofdeeltjes, roet- en zwavelneerslag afkomstig uit de stookketels en schouwen der broeikassen van beklaagde beantwoordt aan de definitie van «... andere voorwerpen die kunnen bevuild of beschadigen» in art. 577, 4°, Sw. terwijl het voor het overige voldoende is dat de uitstoting geschiedde via een technische installatie bediend door of op instructie van betichte, hetgeen *in casu* het geval is;

Dat het voor de betreffende telastlegging irrelevant is of beklaagde zich hield (*quod non*) aan de normen opgelegd door het politiereglement der gemeente Hoogdele, waarvan de artikelen 74 en 75 respectievelijk het zwavelgehalte van vloeibare en vaste brandstoffen beperken tot 1 % van het gewicht en «hinder voor de openbare gezondheid», verbieden – voor welke bepalingen hij niet vervolgd wordt;

Dat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van beklaagde even irrespectief is ten aanzien van de door hem voorgedigde vergunningen en de naleving ervan;

Dat beklaagde evenmin overmacht kan bepleiten, daar de «economische noodzaak» voor zijn teelt (tomaten gedurende twaalf maanden per jaar) het gevolg is van zijn eigen keuze binnen de betreffende produktiemogelijkheden inzake groenten: door met het oog op maximale omzet en rendabiliteit te kiezen voor een duur en veeleisend produkt dat in dit klimaat praktisch constant verwarming noodzaakt, heeft hij bewust een abnormaal geconcentreerde luchtvervuiling veroorzaakt, waarvan de rechtstreekse sporen in zijn onmiddellijke omgeving terug te vinden zijn;

Dat, hoewel aan beklaagde niet het recht ontzegd kan worden zijn bedrijf, aan de hand van de verleende vergunningen, pijpsnel uit te bouwen (verdubbeling van beteelde oppervlakte op acht jaar tijd, met opdrijving der verwarmingscapaciteit van 800.000 k.cal. en één schoorsteen tot meer dan 3.300.000 k.cal over drie schoorstenen) tot eigen welvaart, het hem niet toegestaan kan worden, dit uit te voeren ten koste van de thans gebleken schade aan derden, welke de rookuitstoting, niettegenstaande de omvangrijke roetopvanginstallatie, veroorzaakt;

Dat de feiten niet gelijkgesteld kunnen worden met de verontreiniging die ieder gezin of bedrijf, dat noodzakelijkerwijs gebruik maakt van enige verwarmingsinstallatie, onvermijdelijk veroorzaakt: de termen van art. 557, 4°, Sw. kunnen niet geacht worden uitwasemingen te bedoelen die niet rechtstreeks definieerbare schade toebrengen of het evenwicht in de als normaal geachte lasten van een moderne doch ecologisch steeds meer bewuste samenleving niet verstoren;

Dat, indien zo ook de burgerlijke partij, zij het door de aansluiting van zijn huishouden op het van een zelfs verlegen centrale afhankelijk elektriciteitsnet, en het gebruik van zijn privé elektrische verwarmingsinstallatie, het zijne

bijdraagt tot deze algemene, en zelfs grensoverschrijdende belasting, deze echter op grond van andere specifieke motieven sociaal en economisch aanvaardbaar wordt geacht en aldus hetzij niet ressorteert onder het strafrechtelijk te sanctioneren «bevuild of beschadigen», hetzij naar schadelijk impact niet te omschrijven is, zoals wettelijk vereist;

Dat dit niet het geval is voor de duidelijk te bepalen en naar oorzaak terug te wijzen gevolgen der verontreiniging waaraan beklaagde zich schuldig heeft gemaakt.

Dat ook de telastlegging sub B bewezen voorkomt;

Dat het fysiek contact van de bezoedelende elementen, met de persoon van de burgerlijke partij evident voorkomt, aangezien deze op slechts een dertigtal meter van de plaats der uitwasemingen woonachtig is, en zijn woning erdoor aangetast werd;

Dat het opzet blijkt uit het feit dat beklaagde zich sinds langere tijd van de problematiek bewust was, doch nagelaten heeft werkelijk afdoende maatregelen te treffen, zowel inzake de keuze van zijn brandstof, als de frequentie en kwantiteit der aanwending ervan; beklaagde heeft overigens een nagenoeg onoplosbaar technisch en gezondheidsrisico geschapen door zich uitsluitend te richten op een uiterst veel-eisende teelt, terwijl de normale rendabiliteit van een dergelijk bedrijf niet in gevaar wordt gebracht door andere produkties, welke vooral buiten de zomermaanden ook met minder verwarming volstaan dan *in casu*;

Overwegende dat de feiten dienen te worden samengevoegd gezien de eendaadse samenloop;

...

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 30 oktober 1989

Openbaar ministerie – Ambtshalve optreden – Werkloosheid – Werkloze voor dertien weken uitgesloten wegens algemeen bekend wangedrag – Arrest dat de sanctie opheft op grond dat de R.V.A. op onregelmatige wijze kennis heeft gekregen van het wangedrag – Cassatieberoep dat die motivering aanvecht – Niet ontvankelijk

D., een werkloze, werd op een avond door de politie in staat van dronkenschap aangetroffen op de openbare weg. De politie liet hem naar een kliniek overbrengen en stuurde een inlichtingenverslag naar de R.V.A., waarin vermeld werd dat D. als een trouwe cafébezoeker bekend stond. Na afschrift te hebben gevraagd van het P.V., legde de R.V.A. de werkloze een sanctie op wegens algemeen bekend wangedrag (art. 198 Werkloosheidsbesluit). Het bestreden arrest (Arbh. Bergen, 25 januari 1989) vernietigt die beslissing op grond dat de R.V.A. met miskenning van de rechten van D. machtiging heeft gekregen om kennis te nemen van het P.V. en dat het recht van D. op eerbiediging van zijn privéleven werd aangetast. In het cassatieberoep dat de procureur-generaal bij het hof van beroep tegen het arrest heeft ingesteld, wordt een schending van art. 125 van het K.B. van 28 december 1950 (tarief in strafzaken) en van art. 8

E.V.R.M. aangevoerd. Tevens wordt gewezen op art. 173 Werkloosheidsbesluit.

«Overwegende dat het openbaar ministerie, ingevolge artikel 138, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, in burgerlijke zaken, buiten de gevallen die de wet bepaalt, enkel ambtshalve optreedt wanneer de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een toestand die verholpen moet worden;

«Overwegende dat het arrest, door de bekritiseerde overwegingen, een beslissing van de eerste verweerder vernietigt waarbij de tweede verweerder wegens algemeen bekend wangedrag van het recht op werkloosheidsuitkering voor een periode van dertien weken wordt uitgesloten, met toepassing van artikel 198, 1°, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid;

«Dat noch die overwegingen noch die beslissing een toestand doen ontstaan die de ambtshalve tussenkomst van het openbaar ministerie verantwoordt;

«Dat de voorziening niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Marchal – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – In de zaak: Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Bergen t/ R.V.A. en D.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 6 november 1989

Burgerlijke rechtspleging – Hoger beroep – Bij deurwaardersexploot tegen onbepaalde datum – Inschrijving op de rol – Vóór het verstrijken van de termijn van acht dagen – Op straffe van nietigheid

Eiser had bij gerechtsdeurwaardersexploot hoger beroep tegen een onbepaalde datum ingesteld. Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 30 maart 1988) oordeelt dat er geen grond is om de akte van beroep, die voor de verschijning van de geïntimeerde een langere termijn vermeldde dan de termijn van acht dagen, nietig te verklaren, maar dat het verzuim om het hoger beroep binnen de termijn van acht dagen op de rol te brengen gesanctioneerd wordt met het verval van het hoger beroep. Eisers middel daartegen wordt om de volgende redenen afgewezen:

«Overwegende dat uit de vergelijking van de Nederlandse en de Franse tekst van artikel 1060 van het Gerechtelijk Wetboek en uit de vergelijking van die bepaling met de artikelen 1042, 1057, 7°, 717 en 707 van hetzelfde wetboek volgt dat de appellante die bij deurwaardersexploot hoger beroep tegen een onbepaalde datum instelt, de zaak op straffe van nietigheid op de rol moet laten inschrijven vóór het verstrijken van de termijn van verschijning van acht dagen, die, ook op straffe van nietigheid, in de akte van hoger beroep moet worden vermeld.»

Dat het onderdeel faalt naar recht;

(Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert – Openbaar ministerie: de h. Lenaerts – Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler – In de zaak: S. t/ N.V. C.)

NOOT – Zie Cass., 8 oktober 1987, *R.W.*, 1987-88, 1505; R. Soetaert, «De termijn voor de verschijning voor het hof van beroep», *R.W.*, 1972-73, 1653, nr. 8.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 9 november 1989

Burgerlijke rechtspleging – Vordering tot nietigverklaring van uitvoerend beslag op roerend goed door de Staat wegens niet betaalde aanslag in de personenbelasting – Mededeling aan het openbaar ministerie en vermelding van het advies vereist

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 9 februari 1988) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat ingevolge artikel 764, eerste lid, 10°, van het Gerechtelijk Wetboek, de vorderingen inzake belastingen, uitgenomen voor de vrederechter, op straffe van nietigheid aan het openbaar ministerie worden meegedeeld; dat het vonnis, zoals artikel 780 van hetzelfde wetboek bepaalt, op straffe van nietigheid de naam bevat van de magistraat van het openbaar ministerie en de vermelding van het advies van het openbaar ministerie; dat die regels zowel in eerste aanleg als in hoger beroep van toepassing zijn;

«Overwegende dat verweerders vordering op artikel 301 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen was gegrond en strekte tot nietigverklaring van het uitvoerend beslag op roerend goed dat door de Belgische Staat is gelegd wegens een niet betaalde aanslag in de personenbelasting ten laste van verweerder;

«Overwegende dat een dergelijke vordering een vordering inzake belastingen is in de zin van voornoemd artikel 764, eerste lid, 10°;

«Overwegende dat het arrest geen vermelding van het advies van het openbaar ministerie bevat; dat uit geen enkel stuk waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat het openbaar ministerie zijn advies heeft gegeven; dat het arrest aldus de door de eisers aangewezen wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaat: mr. De Bruyn – In de zaak: Belgische Staat t/ C.)

NOOT – Zie Cass., 28 november 1980, *R.W.*, 1981-82, 1270.

EUROPEES RECHT

Rechtspraak van het Europees Hof van Justitie

Vrij verkeer van goederen: grenzen aan de toepasselijkheid van artikel 30 EEG

1. Artikel 30 van het EEG-Verdrag vaardigt een verbod uit op wat – enigszins raadselachtig – wordt genoemd «maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen». In het beroemde *Dassonville*-arrest (1974) verduidelijkte het Hof van Justitie dat dit verbod (behoudens rechtvaardiging) van toepassing was op «iedere han-

delsregeling die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren»¹. Dat daarmee een doos van Pandora was geopend, bleek uit de latere rechtspraak, waarin bevestigd werd dat deze formule van toepassing was op de meest uiteenlopende «handelsregelingen»².

2. In een aantal prejudiciële zaken die het Hof onlangs te behandelen had, werd gepeild naar de *grenzen* van het verbod van artikel 30. In de vroegere rechtspraak waren deze grenzen een aantal malen verlegd. Aanvankelijk werd het verbod van toepassing geacht op maatregelen die ingevoerde goederen discrimineerden, bv. door het opleggen van quota's of van beperkingen die niet gelden voor nationale goederen.

Een belangrijke ontwikkeling werd ingeluid door het zgn. *Cassis de Dijon*-arrest (1979)³, waarin werd aangenomen dat ook regelen die zonder onderscheid van toepassing zijn, binnen het toepassingsbereik van artikel 30 kunnen komen. Inderdaad, uiteenlopende nationale regelingen kunnen resulteren in geduchte belemmeringen van het intracommunautair handelsverkeer omdat zij bijkomende uitgaven of inspanningen noodzakelijk maken om de vervaardiging of de verhandeling van het produkt te laten voldoen aan van Lid-Staat tot Lid-Staat verschillende regelingen⁴. De regel van *Cassis de Dijon* luidt dat een nationale handelsregel die, als gevolg van dispariteiten van nationale regelen, het intracommunautaire handelsverkeer belemmert, enkel verenigbaar is met artikel 30 EEG «voor zover dringende behoeften, onder meer verband houdend met de doeltreffendheid der fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten [deze handelsregel] noodzakelijk maken» (r.o. 8 van het arrest). Het adjectief «noodzakelijk» verwijst naar de proportionaliteitstoets die het Hof hanteert: het belemmerend effect van de maatregel mag niet groter zijn dan noodzakelijk is om de (naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigde) doelstelling ervan te bereiken⁵. Samengevat is de kern van de *Cassis de Dijon*-rechtspraak dat zij, in afwachting van een communautaire harmonisatie, de marktintegratie bevordert door het uitschakelen van een aantal niet-gerechtvaardigde dispariteiten tussen nationale handelsregelen⁶.

Het Hof ging nog een stap verder in het *Cinéthèque*-arrest van 1985⁷, waarin het ging om de toepasselijkheid van artikel 30 EEG op een Franse reglementering die een (tijdelijk) verbod inhield op de verkoop en de verhuur van videocassetten van films die in bioscooproulatie waren. Hoewel dit verbod evengoed gold voor nationale als voor ingevoerde videocassetten en het arrest geen melding maakt van eventuele dispariteiten tussen de nationale regelen op dit gebied, achtte het Hof het verbod van artikel 30 in beginsel toch van toepassing, waarschijnlijk⁸ omdat dit soort regel de afscherming van de nationale markt in de hand werkt. Latere arresten leken te bevestigen dat de verenigbaarheid van dergelijke regelingen met het gemeenschapsrecht eveneens met toepassing van de *Cassis de Dijon*-analyse moet worden beoordeeld⁹.

3. In *Torfaen Borough Council/B&Q* (1989)¹⁰ ging het om de verenigbaarheid met artikel 30 EEG van de Britse *Shops Act* van 1950, die een principieel verbod bevatte op de verkoop van kleinhandelswaren op zondag. De verwijzende rechter had vastgesteld dat het verbod ertoe geleid had dat de totale verkoop van de onderneming met bijna 10% was gedaald, en dat die daling in gelijke mate gold voor de door de betrokken onderneming aangehouden goederen uit andere Lid-Staten. Volstond dit om het verbod van artikel 30 van toepassing te achten? Advocaat-generaal Van Gerven stelde vast dat de regeling ingevoerde goederen niet discrimineerde en zonder onderscheid van toepassing was en dat er evenmin aanwijzingen waren dat zij leidde tot een afscherming van de markt; volgens hem werd een dergelijke regeling dan ook niet gevisieerd door het verbod van artikel 30¹¹.

Het Hof (zesde kamer) kwam tot dezelfde conclusie, maar baseerde die op een andere, enigszins merkwaardige, redenering. Met verwijzing naar het *Cinéthèque*-arrest wordt gezegd dat in het geval van een regeling die zonder onderscheid van toepassing is en de verhandeling van ingevoerde produkten niet moeilijker maakt dan die van nationale produkten, *eerst* moet worden onderzocht of deze regeling «een naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigd doel nastreeft». Volgens het Hof is dat inderdaad het geval bij een regeling die de openingsuren van kleinhandelzaken vastlegt: «Dergelijke regelingen geven een bepaalde economische beleidskeuze weer, in zover zij erop gericht zijn te zorgen voor een spreiding van arbeidsuren en rusturen die is aangepast aan de nationale of regionale socio-culturele bijzonderheden, welke bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht door de Lid-Staten moeten worden beoordeeld». Daaraan werd nog toegevoegd dat dergelijke regelingen «er niet toe strekken de handelsstromen tussen de Lid-Staten te

¹ Arrest van 11 juli 1974, zaak 8/74, *Jurispr.*, 1974, 837, r.o. 5.

² Voor een recente kritische terugblik, zie E. WHITE, «In search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty», *C.M.L. Rev.*, 1989, 235; zie ook W. WILS, «Wat betekent 'gelijke werking (als een kwantitatieve invoerbeperking)' in art. 30 EEG-Verdrag?», *Jur. Falc.*, 1989-90, 321.

³ Arrest van 20 februari 1979, zaak 120/78, Rewe, *Jurispr.*, 1979, 649.

⁴ Zie J. MERTENS DE WILMARS, «De communautaire rechtspraak over het vrij verkeer van goederen», *R.W.*, 1984-85, 9-10.

⁵ Een bekend voorbeeld is het arrest van 10 november 1982, zaak 261/81, Rau/De Smedt, *Jurispr.*, 1982, 3961 (dat op grond van een proportionaliteitsargument een Belgisch commercialisatieverbod van niet in kubusvorm verpakte margarine in strijd achtte met artikel 30 EEG). Zie ook het arrest van 20 september 1988, zaak 302/86, Commissie/Denemarken, *Jurispr.*, 1988, 4607 (beperking op de commercialisatie van bier en frisdranken in «niet-goedgekeurde verpakkingen»).

⁶ Zie bv. J. MERTENS DE WILMARS, *o.c.*, 10.

⁷ Arrest van 11 juli 1985, gev. zaken 60 en 61/64, *Jurispr.*, 1985, 2605.

⁸ Zie de conclusie van advocaat-generaal W. VAN GERVEN in zaak 145/88, *Torfaen Borough Council/B&Q*, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, nrs. 16-18.

⁹ Zie de voorbeelden aangehaald in de conclusie van advocaat-generaal W. VAN GERVEN in zaak 145/88, *o.c.*, nrs. 19-20.

¹⁰ Arrest van 23 november 1989 in zaak 145/88, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

¹¹ Zie nrs. 16-25 van zijn conclusie, *o.c.*

beheersen»¹². Deze analyse kijkt in twee opzichten af van de vroegere rechtspraak. Ten eerste wordt, afwijkend van de klassieke *Dassonville*-analyse, niet langer nagegaan of er sprake is van een «belemmering van de intracommunautaire handel», maar wordt onmiddellijk gezocht naar een rechtvaardiging voor «eventuele» belemmeringen¹³. Dit verschil is eerder formeel dan inhoudelijk, omdat het Hof zich steeds weigerachtig had getoond om het begrip «handelsbelemmering» kwantitatief te begrenzen, bv. door een *minimis*-regel¹⁴. Het tweede – belangrijker – verschil betreft de ruime omschrijving van mogelijke rechtvaardigingsgronden als «naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigde doelstellingen», en vooral de suggestie dat het hier niet zozeer gaat om rechtvaardigingsgronden, maar wel om de uitoefening van een residuaire bevoegdheid van de Lid-Staten. Een dergelijke interpretatie van het arrest – m.a.w. het erkennen van een soort politiebevoegdheid van de Lid-Staten die de reikwijdte van artikel 30 begrenst – zou een breuk betekenen met de *Cassis de Dijon*-doctrine. Immers, onder deze doctrine blijven «gerechtvaardigde» nationale maatregelen nog steeds *handelsbelemmerende* maatregelen; enkel wordt de handelsbelemmering *voorlopig*, d.w.z. in de huidige stand van het gemeenschapsrecht, verschoonbaar geacht¹⁵.

Aangenomen dat de bewuste regeling een gerechtvaardigde doelstelling nastreeft, dient nog te worden nagegaan of het belemmerend effect van de nationale regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is voor het bereiken van deze doelstelling (de proportionaliteitstoets). Ook op dit punt slaat het arrest nieuwe wegen in: zoals gezegd deed het geen uitspraak over de «eventuele belemmerende effecten» van de bewuste regeling, en ook de proportionaliteitstoets wordt toegeschoven aan de nationale rechter, die zal moeten nagaan of de bewuste regeling «een beperkender invloed op het vrije goederenverkeer [heeft] dan die welke is beoogd in het kader van gelijksoortige handelsregelingen» (zie r.o. 15-16 van het arrest). Dit is verwonderlijk, want uit de vroegere rechtspraak blijkt dat het Hof de afweging tussen de ingeroepen rechtvaardigingsgrond en het belemmerend effect (de identificatie van minder beperkende alternatieven inbegrepen) steeds zelf voltrok¹⁶. Deze afweging aan de nationale rechter overlaten kan de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht in het gedrang brengen. In twee nog

bij het Hof aanhangige zaken die de verenigbaarheid met artikel 30 EEG betreffen van een verbod om werknemers op een zondag tewerk te stellen¹⁷, heeft de Commissie dit punt in haar schriftelijke opmerkingen opnieuw aan de orde gesteld.

4. In *Krantz/Ontvanger der directe belastingen* (1990)¹⁸ werd het Hof gevraagd of het toepassingsbereik van artikel 30 zich uitstrekt tot een nationale regeling krachtens welke de Ontvanger der directe belastingen beslag kan leggen op goederen die zich bevinden in de bedrijfsgebouwen van een belastingplichtige, terwijl deze goederen afkomstig zijn en eigendom zijn van een leverancier uit een andere Lid-Staat. Het Hof (tweede kamer) herhaalde de *Dassonville*-formule (r.o. 9 van het arrest), maar merkte op dat de regeling «niet tot doel [heeft], het handelsverkeer met de andere Lid-Staten te regelen» (r.o. 10). Het besluit luidde dat artikel 30 op een dergelijke regeling niet van toepassing was, want «de mogelijkheid dat onderdanen van andere Lid-Staten minder geneigd zullen zijn goederen [...] te verkopen aan kopers in de betrokken Lid-Staat, omdat de Ontvanger beslag op die goederen zou kunnen leggen indien de kopers hun belasting-schulden [...] niet betalen, is voorts zo onzeker en indirect, dat men van een nationale regeling die dat beslag mogelijk maakt, niet kan zeggen dat zij de handel tussen de Lid-Staten belemmert» (r.o. 11 van het arrest). Anders dan in *Torfaen Borough Council/B&Q* werd dus wél ingegaan op het belemmerend effect van de nationale regeling, zonder daarbij evenwel een leidraad te bieden voor een empirische analyse van deze effecten. De uitspraak lijkt veeleer aan te sluiten bij een aantal vroegere arresten, waarin artikel 30 niet van toepassing werd geacht op basis van het oordeel dat de bewuste maatregel het handelsverkeer eenvoudig niet *kan* belemmeren¹⁹.

5. De in *Torfaen Borough Council/B&Q* en *Krantz* aan het Hof voorgelegde vragen mogen dan wel vergezocht lijken²⁰, zij bleken toch interessant omdat zij het Hof van Justitie ertoe noopten te verduidelijken of de zeer brede formulering van het *Dassonville*-arrest onverkort moet worden toegepast. Ofschoon het Hof niet bereid is gebleken de *Dassonville*-regel principieel in te perken, tonen deze beide arresten aan dat hij toch niet blindelings kan worden toegepast. Tot hier toe heeft het Hof evenwel verkozen de grens geval per geval te trekken, zonder zich tot het formuleren van een algemene regel te laten verleiden.

Sanctionering van regels van communautair recht

6. Nu en dan wordt wel eens het standpunt verdedigd dat de Europese Gemeenschap (of, juister, de regelgevende organen van de Gemeenschap, nl. de Raad en de Commissie)

¹² Zie r.o. 11-14 van het arrest. De Nederlandse tekst is gebaseerd op de voorlopige vertaling in het *Weekoverzicht*.

¹³ De toevoeging dat dergelijke regelingen «er niet toe strekken de handelsstromen tussen de Lid-Staten te beheersen» wijst dan weer in een andere richting.

¹⁴ Zie bv. de arresten van 13 maart 1984, zaak 16/83, Prantl, *Jurispr.*, 1984, 1299, r.o. 20, en van 5 april 1984, gev. zaken 177 en 178/82, Van de Haar en Kaveka De Meern, *Jurispr.*, 1984, 1797, r.o. 10-13. De niet-toepasselijkheid van artikel 30 werd enkel aanvaard in gevallen waarin het Hof tot het besluit kwam dat de bewuste regeling niet *kon* leiden tot een beperking van de in- en uitvoer tussen Lid-Staten. Zie bv. het arrest van 14 juli 1981, zaak 155/80, Oebel, *Jurispr.*, 1981, 1993, r.o. 20, en het arrest van 31 maart 1982, zaak 75/81, Blesgen, *Jurispr.*, 1982, 1211, r.o. 9.

¹⁵ L.W. GORMLEY, «Some Reflexions on the Internal Market and Free Movement of Goods», *Legal Issues of European Integration*, 1990, 9, voetnoot 13.

¹⁶ Zie bv. de reeds aangehaalde arresten *Cinéthèque*, r.o. 22-23, en *Rau/De Smedt*, r.o. 16-19, en het arrest van 9 oktober 1980, zaak 823/79, Carciati, *Jurispr.*, 1980, 2773, r.o. 9-11.

¹⁷ Zie het rapport ter terechtzitting in de zaken C-312/89, CGT-/Conforama, en C-332/89, O.M./Marchandise.

¹⁸ Arrest van 7 maart 1990 in zaak C-69/88, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

¹⁹ Zie de rechtspraak geciteerd in noot 14.

²⁰ Een ander merkwaardig voorbeeld is de (nog bij het Hof van Justitie aanhangige) zaak C-339/89, Alsthom Atlantique/Sulzer, waarin het Hof zal dienen uit te maken of de toepassing door een rechtbank van de zgn. theorie van de fabrikant-handelaar kan worden beschouwd als een maatregel van gelijke werking als een uitvoerbeperking.

niet bevoegd zou zijn regels van strafrechtelijke aard uit te vaardigen: strafrecht en strafprocedure zouden twee gebieden zijn die aan de regelgevende bevoegdheden van de Lid-Staten zijn voorbehouden²¹. Deze argumentatie is moeilijk houdbaar, omdat zij ervan uitgaat dat de Lid-Staten aanspraak kunnen maken op een «beschermde rechtssfeer» die niet door regels van communautair recht zou kunnen worden bestreken, een stelling die steeds door het Hof van Justitie is verworpen²². Bovendien moet ermee rekening worden gehouden dat de draagwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap door het Hof van Justitie wordt beoordeeld aan de hand van de Verdragen, die niet zijn opgebouwd volgens de klassieke indelingen van privaatrecht vs. publiekrecht, burgerlijk recht vs. strafrecht, enz.²³.

Overigens bevatten heel wat bepalingen van gemeenschapsrecht regels van straf(proces)rechtelijke aard. Meestal betreffen zij de bewijsvoering of de vaststelling van de overtreding van regels van communautair recht. In zoverre deze regels toepassing vinden, moeten wegens de primautéit van het communautair recht de bepalingen van nationaal recht wijken. Dit principe werd toegepast in twee recente uitspraken van het Hof van Justitie.

7. *Hakvoort/Staatsanwaltschaft Bremen* (1990)²⁴ betrof de strafrechtelijke vervolging voor een Duitse rechtbank van een Nederlandse visser die ervan beschuldigd werd de communautaire reglementering inzake de maaswijdte van visnetten niet te hebben nageleefd. Niet betwist werd, dat de Duitse inspecterende ambtenaren de in verordening (EEG), nr. 2108/84²⁵ vervatte vaststellingsregels niet hadden nageleefd. Het Duitse openbare ministerie betoogde evenwel dat voornoemde verordening t.a.v. de inspecterende ambtenaren onverbindend was, omdat regels betreffende de vaststelling en vervolging van misdrijven tot de uitsluitende bevoegdheden van de Lid-Staten zouden behoren. Het Hof (eerste kamer) had geen moeite om dit argument terzijde te schuiven: het herinnerde eraan dat de Gemeenschap een exclusieve bevoegdheid toekomt wat betreft de bescherming en het behoud van de biologische rijkdommen van de zee. Die bevoegdheid impliceert meteen dat het enkel aan de Gemeenschap toekomt om regels inzake de maaswijdte van visnetten en de vaststelling en controle van die maaswijdte uit te vaardigen (r.o. 13 van het arrest).

In *Openbaar Ministerie en Minister van Financiën/Houben* (1990)²⁶ had het Hof van Beroep te Antwerpen het Hof van Justitie verzocht te verduidelijken hoe in het geval van intracommunautair goederenverkeer de bewijslast verdeeld is wat betreft het vervullen van invoerformaliteiten en het be-

talen van invoerrechten. In de conclusie van advocaat-generaal M. Darmon werd opgemerkt dat het in de (Belgische) algemene wet inzake douane en accijnzen gemaakte onderscheid tussen het aantreffen van goederen binnen of buiten de tolkring²⁷, naar gemeenschapsrecht niet relevant is²⁸. Het Hof (zesde kamer) sloot zich daarbij aan: het bewijs van het «communautaire karakter» van goederen wordt immers geregeld in de Raadsverordeningen (EEG) nrs. 678/85²⁹ en 679/85³⁰. Deze verordeningen leiden overigens tot een resultaat dat verschilt van de Belgische regeling: het arrest *Houben* interpreteerde (een voorloper van) deze verordeningen namelijk derwijze, dat bij vervoer van niet voor handelsdoeleinden bestemde goederen, de verklaring van de reiziger volstaat om deze goederen als communautaire goederen te beschouwen; enkel wanneer op objectieve gronden twijfel rijst over de juistheid van deze aangifte kan de reiziger verplicht worden een document voor intern communautair douanevervoer over te leggen³¹.

8. Anderzijds blijkt dat in de praktijk de regelgevende organen van de Gemeenschap meestal, op grond van beleidsmatige overwegingen (en contraintes), het instellen van procedureregels en de uitvaardiging en de uitvoering van sancties op de overtreding van communautairrechtelijke regels aan de Lid-Staten opdragen. In zulke gevallen is er voor de Lid-Staten evenwel geen sprake van een «zelfstandige» of «herwonnen» bevoegdheid, maar treden zij op *ter uitvoering* van het gemeenschapsrecht. De gevolgen van dit principe voor de beoordeling van de nationale regels die zulke sancties uitvaardigen, stonden aan de orde in *Openbaar Ministerie/Hansen & Søn* (1990)³². De zaak *Hansen* handelde over de interpretatie van een bepaling van de zgn. tachograafverordening³³, die de Lid-Staten ermee belastte overtredingen op de regels van de verordening (o.m. inzake rij- en rusttijden) te bestraffen. In Denemarken werd in dit verband geopteerd voor een stelsel van «objectieve penale verantwoordelijkheid» van de werkgever, waarbij deze in geval van overtreding van de verordening door een van zijn werknemers een (strafrechtelijke) boete kon worden opgelegd, zonder dat het bewijs hoefde geleverd te worden van enige opzet of nalatigheid aan zijn kant. Het Hof kreeg de vraag voorgelegd of een dergelijke techniek in overeenstemming was met het gemeenschapsrecht.

Het antwoord van het Hof viel uiteen in twee delen. Enerzijds oordeelde het dat de tachograafverordening zich niet verzette tegen een stelsel van objectieve penale verantwoor-

²¹ Zie bv. F. DIEBLICH, *Der strafrechtliche Schutz der Rechtsgüter der Europäischen Gemeinschaften*, proefschrift, 1985.

²² Voor meer bijzonderheden in dit verband, zie K. LENAERTS, *Constitutie en rechter*, 1984, blz. 360 e.v.

²³ Zie bv. de conclusie van advocaat-generaal Darmon van 22 februari 1989 in zaak 9/89, Spanje/Raad, nrs. 31-35, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

²⁴ Arrest van 2 mei 1990, zaak C-348/88, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

²⁵ Verordening van de Commissie van 23 juli 1984, houdende uitvoeringsbepalingen inzake de bepaling van de maaswijdte van visnetten, PB 1984, L 194, 22.

²⁶ Arrest van 22 maart 1990, zaak C-83/89, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

²⁷ De wet werd gecoördineerd bij koninklijk besluit van 18 juli 1977, B.S., 21 september 1977; zij bepaalt dat in het eerste geval de bewijslast ter zake van eventuele sluikeinvoer op de invoerder, in het tweede geval op de administratie rust (zie artikel 224).

²⁸ Zie zijn conclusie van 23 januari 1990, randnrs. 2 en 6-8.

²⁹ Verordening inzake de vereenvoudiging van de formaliteiten in het goederenverkeer binnen de Gemeenschap, PB 1985, L 79, 1.

³⁰ Verordening betreffende de invoering van het model van aangifteformulier dat in het goederenverkeer binnen de Gemeenschap dient te worden gebruikt, PB 1985, L 79, 7.

³¹ Zie r.o. 12-22 van het arrest.

³² Arrest van 10 juli 1990, zaak C-326/88, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

³³ Verordening (EEG), nr. 3820/85 van de Raad van 20 december 1985 tot harmonisatie van bepaalde voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer, PB 1985, L 370, 1.

delijkheid (r.o. 5-16 van het arrest). Anderzijds wees het Hof erop dat de Lid-Staten krachtens het in artikel 5 EEG neergelegde beginsel van loyale samenwerking gehouden zijn om de nakoming van het gemeenschapsrecht te verzekeren, in voorkomend geval ook d.m.v. strafrechtelijke sancties. Die sancties dienen doeltreffend, afschrikkend en proportioneel van aard te zijn, en moeten overtredingen van bepalingen van communautair recht op dezelfde wijze straffen als de overtredingen van nationale regels van een zelfde aard en belang³⁴. Dat een stelsel van objectieve penale verantwoordelijkheid doeltreffend en afschrikkend is, werd niet in twiifel getrokken. Het Hof oordeelde dat er, om een tweevoudige reden, evenmin sprake was van een inbreuk op het proportionaliteitsbeginsel. Ten eerste kan een dergelijke bestraffingstechniek een werkgever ertoe aanzetten om het werk van de werknemers-bestuurders zodanig te organiseren dat zij de regels inzake rij- en rusttijden kunnen naleven. Ten tweede is een dergelijk stelsel gerechtvaardigd wanneer het een doelstelling van algemeen belang nastreeft, zoals i.c. van de verkeersveiligheid (r.o. 19 van het arrest).

De verwijzende rechter had het Hof geen vraag gesteld over de eventuele verenigbaarheid van een stelsel van objectieve penale aansprakelijkheid met de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht (en meer bepaald de grondrechten van de justitiabelen), en het arrest bevat dan ook geen aanduidingen in dat verband. Niettemin kan uit de rechtspraak van het Hof worden afgeleid dat de Lid-Staten deze grondrechten dienen te eerbiedigen wanneer zij optreden ter uitvoering van het gemeenschapsrecht³⁵. Deze toetsing voltrekt het Hof op basis van «de constitutionele tradities die aan de Lid-Staten gemeen zijn» en «de internationale wilsverklaringen inzake de bescherming van de rechten van de mens»³⁶, met bijzondere aandacht voor het EVRM.

9. De situatie ligt niet fundamenteel verschillend wanneer de sanctionering van voorschriften van Gemeenschapsrecht is vastgelegd in regels van communautair recht en de sanctie ook wordt opgelegd door een orgaan van de Gemeenschap. Een klassiek voorbeeld zijn uiteraard de mededingingsregels: een krachtens artikel 87 EEG getroffen Raadsverordening³⁷ heeft de Commissie uitgebreide bevoegdheden toegekend inzake het onderzoek, de vaststelling en de bestraffing van mededingingsbeperkende gedragingen. Bij de uitoefening van die bevoegdheden mag de Commissie evenwel geen inbreuk maken op de grondbeginselen van het gemeenschapsrecht, daaronder begrepen de door het gemeenschapsrecht beschermde grondrechten³⁸.

³⁴ Zie het arrest van 21 september 1989, zaak 68/88, Commissie/Griekenland, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, r.o. 24, en de arresten van 10 april 1984 in zaak 14/83, Von Colson en Kamann, *Jurispr.*, 1984, 1891, r.o. 15, en in zaak 79/83, Harz, *Jurispr.*, 1984, 1921, i.h.b. r.o. 21-28.

³⁵ Zie de conclusie van advocaat-generaal W. VAN GERVEN in zaak C-326/88, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, nrs. 11-15.

³⁶ Zie bv. het arrest van 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, Hoechst, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

³⁷ Verordening nr. 17 van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag, PB 1962, 204.

³⁸ De meest recente arresten in dit verband zijn *Hoechst*, reeds aangehaald (toetsing van een verificatieprocedure) en *Orkem en Solvay* arresten van 18 oktober 1989 resp. in zaak 374/87 en 27/88,

Wanneer een sanctie door de Commissie is opgelegd (en een eventueel beroep daartegen door het Hof van Justitie geheel of gedeeltelijk is afgewezen), moet de sanctie (geldboete of dwangsom) nog tegen de onderneming ten uitvoer worden gelegd. Met deze taak zijn, krachtens artikel 5 EEG, de autoriteiten van de Lid-Staten belast. Mogen (of moeten) deze laatsten deze uitvoering weigeren op grond van het argument dat de Commissie de sancties zou hebben opgelegd met miskenning van een grondrecht? Een recente beslissing van de Europese Commissie voor de Rechten van de mens (ECRM) diende zich over deze vraag uit te spreken³⁹. De Commissie had een aantal ondernemingen een boete opgelegd wegens inbreuken op artikel 85 van het Verdrag. De ondernemingen hadden bij het Hof van Justitie beroep ingesteld tegen de commissiebeschikking, en hadden ter ondersteuning van hun beroep o.m. aangevoerd dat de Commissie hun fundamentele rechten met voeten had getreden (o.m. het principe dat men niet gelijk als rechter en partij mag optreden, het recht te worden gehoord en het beginsel *nulla poena sine culpa*). Het beroep werd gedeeltelijk gegrond verklaard en gedeeltelijk verworpen⁴⁰. Na de uitspraak van het Hof van Justitie trachtte een van de ondernemingen voor de Duitse rechtbanken de uitvoering van het arrest te beletten, hoofdzakelijk op basis van het argument dat het arrest van het Hof van Justitie een aantal van haar fundamentele rechten zou hebben geschonden. Haar verschillende beroepen werden echter verworpen en daarop maakte de onderneming de zaak aanhangig bij de ECRM. Dat creëerde een interessante casuspositie: zijn de door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) ingestelde organen bevoegd om een handeling van een orgaan van de Europese Gemeenschap aan dat verdrag te toetsen?

Bij wijze van uitgangspunt herinnerde de ECRM eraan dat zij *ratione personae* niet bevoegd is om de verenigbaarheid van het optreden van organen van de Europese Gemeenschap te toetsen aan het EVRM, daar de Europese Gemeenschap niet tot dit verdrag is toegetreden. Dat betekent evenwel niet, zo werd hieraan toegevoegd, dat de Duitse overheid bij het uitvoeren van een arrest van het Europees Hof van Justitie optreedt als een «quasi-orgaan» van de Gemeenschap en in die hoedanigheid buiten het bereik van het EVRM zou vallen. Immers, artikel 1 van het EVRM houdt een Lid-Staat aansprakelijk voor alle handelingen van zijn organen, ongeacht of die handelingen de uitvoering zijn van verbintenissen op het internationaal vlak. De overdracht van bevoegdheden aan een internationale organisatie (zoals de EEG) wordt door het EVRM niet verboden, *althans op voorwaarde* dat de fundamentele rechten in het kader van die organisatie op gelijkwaardige wijze worden beschermd. Dat laatste is volgens de ECRM het geval wat betreft de Europese Gemeenschap, waar zowel het beginsel van de

nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie* (toetsing van een verzoek om inlichtingen). Voor een recente terugblik op de rechtspraak van het Hof van Justitie, zie D. EDWARD, «Constitutional Rules of Community Law in EEC Competition Cases», *Fordham Corporate Law Institute*, 1989, hoofdstuk 18.

³⁹ Beslissing van 9 februari 1990 inzake M. & Co. (klacht nr. 13258/87), nog niet gepubliceerd.

⁴⁰ Zie het arrest van 7 juni 1983, gevoegde zaken 100-103/80, Musique Diffusion Française/Commissie, *Jurispr.*, 1983, 1825.

eerbiediging van de fundamentele rechten wordt erkend als is voorzien in instrumenten om deze eerbiediging af te dwingen. Daarom werd de klacht niet-ontvankelijk verklaard.

Hans Gilliams *

BOEKEN

ANDRÉ MAST, ANDRÉ ALEN en JEAN DUJARDIN, **Précis de droit administratif**, texte français mis au point par ALAIN CANNEEL, Story-Scientia, Brussel, 1989, XXXIII + 698 blz., 2.990 fr.

ANDRÉ MAST, ANDRÉ ALEN en JEAN DUJARDIN, **Overzicht van het Belgisch administratief recht**, 11e uitg., Story-Scientia, Brussel, 1989, XXX + 784 blz., 2.750 fr.

MAURICE-ANDRÉ FLAMME, **Droit administratif**, bijgewerkt door O. CHAMART, J.-M. FAVRESSE, P. GILLIAUX, F. MAUSSION, E. PEREMANS, PH. QUERTAINMONT, M. SOUMERYN en P. WOLFCARIUS, Collection de la Faculté de droit de l'ULB, Ets. Bruylant, Brussel, 1989, X + 1364 blz., 9.600 fr.

JÜRGEN SCHWARZE, **Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft**, twee delen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, 659 + 864 blz., 98 + 98 = 196 DM

C.W. van der POT, A.M. DONNER, L. PRAKKE, m.m.v. J.L. de REEDE en G.M.J. van WITSEN, **Handboek van het Nederlandse staatsrecht**, 12e uitg., W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, 780 blz., fl. 95

FRANCIS DELPÉRÉE, **Droit constitutionnel**, twee delen, vier «fascicules», Précis de la Faculté de droit de UCL, Larcier, Brussel, 1986-1989, 508 + 670 blz., 6.280 fr.

1. Tijdens het voorbije gerechtelijk en academisch jaar 1989-1990 zijn verscheidene handboeken over grondwettelijk of administratief recht gepubliceerd. In deze bijdrage worden ze gezamenlijk voorgesteld.

2. Op het vlak van het *Belgisch administratief recht* werden maar liefst drie nieuwe handboeken gepubliceerd; «nieuw» is wellicht niet de gepaste term, daar het telkens een opnieuw bewerkte, bijgewerkte en aangevulde editie van een vroeger reeds verschenen handboek betrof:

a) de nieuwe, Franse uitgave van A. Mast, A. Alen en J. Dujardin, *Précis de droit administratif belge*, waarvan de Franse tekst is «mis au point» door A. Canneel;

b) de elfde uitgave van A. Mast, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, door A. Alen en J. Dujardin;

c) de voor het eerst in boekvorm uitgegeven cursusnota's *Droit administratif* van Maurice-André Flamme, bijgewerkt door acht assistenten en gewezen assistenten.

Drie handboeken in één jaar voor het administratief recht, dat doorgaans de aspepoes is in de Belgische rechtsliteratuur, bijna te veel van het goede.

3. Hoewel het slechts normaal is dat standaardwerken uit de Nederlandstalige, Vlaamse rechtsliteratuur ook in Franse vertaling worden uitgegeven — zie recentelijk nog Koenraad Lenaerts, *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Brussel, 1988 —, gebeurt dit slechts zelden. Het is dan ook met een evident genoegen dat kan worden vastgesteld dat het klassieke boek van A. Mast over het administratief recht reeds voor de tweede maal — de eerste maal was in 1966 — ter beschikking is gesteld in een Franse versie, die niet slechts een loutere vertaling is, maar waarin eerder wordt verwezen naar de creten van de Franse Gemeenschap of het Waalse Gewest, i.p.v. naar de soortgelijke Vlaamse decreten.

Zoals voldoende bekend is, is het *Overzicht van het Belgisch administratief recht* ingedeeld in een inleidend gedeelte over de be-

grenzing en de bronnen van het administratief recht en zes «boeken»: I. De publiekrechtelijke rechtspersonen en de openbare dienst; II. Het openbaar ambt; III. Het regime van de goederen in het administratief recht; IV. De territoriale decentralisatie; V. De rechtsbescherming tegenover de overheid, inzonderheid: de Raad van State.

De wetenschappelijke waarde van het *Overzicht* van wijlen A. Mast is een gegeven dat unaniem door het Vlaamse lezerspubliek is erkend; wat in de Franse versie bijzonder opvalt, is het feit dat niet slechts terloops, maar uitvoerig en doorlopend wordt verwezen naar de Vlaamse rechtsliteratuur, een zeldzaamheid in de Franse literatuur. Het boek steunt op de volledige Belgische rechtsleer en rechtspraak, zowel de Vlaamse als de Franse. Dit geeft aan de Franse versie van het boek van Mast een unieke dimensie, die des te meer opvalt omdat in de toekomst, door het zelfstandig functioneren van de Gewesten en de Gemeenschappen, het Belgisch administratief recht steeds meer zal worden gefractioneerd.

In deze nieuwe Franse versie is de materie slechts bijgehouden tot mei 1989; ondanks deze handicap mag de hoop worden uitgesproken dat de Franse versie van het standaardwerk van Mast een «bestseller» zal zijn, vooral in onze zuiderse contreien.

4. De elfde uitgave van de Nederlandse versie van het *Overzicht van het Belgisch administratief recht* is, zoals de vorige, bijgewerkt — (tot oktober 1989) — door de professoren Alen en Dujardin.

Het «voortzetten» of «bijstellen» door andere auteurs van een in een zeer persoonlijke stijl geschreven boek stelt onmiskenbaar problemen en houdt zelfs het gevaar van een gemis van uniformiteit in.

A. Mast had een uitgesproken zin voor synthese; A. Alen en J. Dujardin zijn meer wetsgebonden en streven met meer nadruk naar volledigheid.

Klaarblijkelijk wordt bij elke nieuwe uitgave de tekst keurig bijgewerkt en aangevuld; de omvang ervan neemt steeds toe; niets wordt geschrapt.

Het zij hier duidelijk gesteld: het *Overzicht van het Belgisch administratief recht* is aan een ingrijpende herziening toe, die vooral gekenmerkt zou moeten zijn door het meedogenloos schrappen van vele passages — ondanks alle eerbied voor die teksten, in zoverre men ze terugplaatst in de periode waarin ze oorspronkelijk door A. Mast werden geschreven. Enkele voorbeelden ter verduidelijking:

- het hoofdstuk over de openbare dienst (pp. 68-78);
- de beschouwingen over het stakingsverbod (pp. 161-164), zeker na de invoering van het Europees Sociaal Handvest in de interne rechtsorde;
- de beschouwingen over de grenzen van de gemeenten (pp. 367-371);
- de beschouwingen over de agglomeraties en federaties van gemeenten (pp. 457-462);
- de uitvoerige uiteenzetting over de grondwettelijke regeling van de bescherming van de subjectieve rechten (pp. 554-574).

Overigens heeft het boek over de territoriale decentralisatie — dat uiteindelijk in wezen slechts puur informatief is — een onevenredig zware omvang in het geheel van het *Overzicht*; wellicht afhankelijk van de verkoopcijfers van het boek?

Wat er ook van zij, benevens weglatingen, zou het boek ook erbij winnen indien wat meer aandacht zou worden besteed aan nieuwe aspecten van het administratief recht: aldus bv. de preventieve rechtsbescherming van de burger; aldus bv. het administratief-economisch recht; zie hierover het uitstekende werk van P. Quertainmont, *Droit administratif de l'économie. L'interventionnisme économique public et les relations entre l'Etat et les entreprises*, Story-Scientia, Brussel, 1987.

Ten slotte ware het wenselijk ook in de aanvullingen van dezelfde kritische zin als wijlen prof. A. Mast te getuigen. Slechts twee voorbeelden:

- De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de rechter in kort geding (pp. 579-582, nr. 586); de rechter in kort geding sanctioneert thans *elke* onwettigheid en niet enkel de administratieve feitelijkeheid. Dit is onmiskenbaar juist, maar het is evenzeer juist dat sommige rechters in kort geding geen besef voor maat en evenmin voor de specificiteit van een administratieve rechtshandeling weten te houden. Zeer terecht stelt M.A. Flamme in zijn hierna besproken *Droit administratif* dat «ces ordonnances sur référés, d'après lequel les actes administratifs peuvent être mis à exécution jusqu'à ce que leur illégalité ait été établie» (p. 15).

* Referendaris bij het Hof van Justitie van de E.G. Deze tekst bevat uitsluitend het persoonlijke standpunt van de auteur.

— De auteurs vermelden, in het kader van de (nieuwe) schorsingsbevoegdheid van de Raad van State t.a.v. de grondwetsartikelen 6, 6bis en 17, zonder enige commentaar de bepaling van artikel 7 van het koninklijk besluit van 27 oktober 1989 (p. 687). Die bepaling maakt van de vordering tot schorsing een vorm van eigenrichting: de verzoeker vordert de schorsing van de tenuitvoerlegging van een administratieve rechtshandeling; naar luid van bedoeld artikel 7 gaat de schorsing automatisch in de dag volgend op de toesturing zonder verwijl door de hoofdgriffier van een kopie van het verzoekschrift. Die bepaling heeft kennelijk geen wettelijke grondslag; krachtens artikel 15 van de wet van 16 juni 1989 (thans artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad) spreekt de Kamer de schorsing van de tenuitvoerlegging uit, na de partijen te hebben gehoord; de wet laat geenszins toe dat partijen zichzelf een schorsing kunnen toekennen door het enkele indienen van een verzoekschrift.

5. Wat voorafgaat mag evenwel niet de indruk wekken dat het standaardwerk van wijlen A. Mast niet meer «het» handboek bij uitstek over het Belgisch administratief recht zou zijn: het is nog steeds veruit de beste gids om deze rechtstak te ontginnen. Maar het boek staat nu op een keerpunt: indien de volgende herziening niet integraal en ingrijpend is, i.p.v. slechts een bijwerking en aanvulling, zal het *Overzicht van het Belgisch administratief recht* in waarde achteruitgaan; het ware jammer voor de nagedachtenis van de grote rechtsgeleerde die wijlen André Mast in leven is geweest.

6. Vele jaren heeft Maurice-André Flamme op bezielende wijze de (schijnbaar) saaie materie van het administratief recht aan de U.L.B. gedoceerd. Tijdens geheel die periode werden de cursusnota's slechts in stencilvorm gepubliceerd. Naar aanleiding van het emeritaat van Flamme zijn zij nu in boekvorm verschenen, dank zij de bijwerking van de tekst door acht huidige en gewezen assistenten.

Flamme's *Droit administratif* verschilt duidelijk van de hierboven besproken handboeken, doordat in dit boek bewust de verteltrant die eigen is (of althans zou moeten zijn) aan cursusnota's bewaard is gebleven. In elk onderdeel worden casusposities — de feiten en de lering van belangrijke arresten — vrij uitvoerig uiteengezet. Aldus bv. wordt de politiebevoegdheid van het college van burgemeester en schepenen m.b.t. de vertoningen geïllustreerd met de beschrijving van de feiten en motieven van de arresten van de Raad van State van 9 mei 1949 (Universal Film) en 8 januari 1959 (Columbia Films) (pp. 217-219); de arresten Zoete van 12 mei 1981 en 8 juli 1982 (m.b.t. de dwangsom) worden uitvoerig uiteengezet (nrs. 258bis en 258ter, maar ook nog elders in het boek); enz.

Het gevolg van die werkmethode is enerzijds dat het boek 1364 blz. telt (wat wel erg veel is voor een cursus die studenten moeten instuderen), maar anderzijds dat het bijzonder prettig leest, door de gevallenbespreking die systematisch wordt ingelast. Een zekere verwantschap met de casebooks uit het Engelse of Amerikaanse recht kon niet worden ontkend.

Een nadeel van het behoud van het karakter van cursusnota's ligt hierin dat, voor een beschrijving van de Raad van State en het vernietigingscontentieux, verwezen wordt naar de cursus *Contentieux administratif* van J. Sarot; ondanks de omvang van het boek, ontbreekt dus toch nog een belangrijk onderdeel van het administratief recht.

7. Flamme's *Droit administratif* heeft een eigen structurele opbouw, die afwijkt van de klassieke indeling; na een inleidend gedeelte, volgen negen boeken:

- I. Een (al te summier) overzicht van de jurisdictionele bescherming van het individu tegenover het bestuur.
- II. De organisatietypes van het bestuur (centralisatie; decentralisatie; bestuurlijk toezicht).
- III. De provincies en gemeenten.
- IV. De dienstgewijze decentralisatie.
- V. De administratieve rechtshandeling (geldigheidsvereisten; inwerkingtreding en uitvoering; het precaire karakter).
- VI. Het openbaar ambt.
- VII. De materiële middelen van het bestuursoptreden (de contracten; het administratief stelsel van de privé-eigendom; het openbaar en privaat domein; de openbare wegen).
- VIII. De juridische technieken van de bestuurstussenkomenst (de administratieve politie; de openbare dienst; de bijstand aan private ondernemingen van algemeen belang).
- IX. De overheidsaansprakelijkheid.

Flamme bezit de uitzonderlijke gave om vaak moeilijke onderwerpen op een heldere en levendige manier toe te lichten en begrijpelijk te maken. Hier is een eminent jurist aan het woord, die aan een diepgaande kennis van de theorie een grote praktijkkennis koppelt; een levenskunstenaar, die erin slaagt te boeien en te overtuigen. Kortom, een waar hoogleraar, wiens lessen voor de studenten een festijn geweest moeten zijn.

Het is goed dat thans ook andere geïnteresseerden zich aan dit juridisch festijn te goed kunnen doen.

8. Toch kan een schaduwzijde van het boek *Droit administratif* niet onvermeld blijven.

Zoals reeds werd vermeld, is de oorspronkelijke tekst van Flamme bijgewerkt en herzien door acht medewerkers. Op zichzelf hoeft dit geen nadeel te zijn, maar wanneer blijkt dat dit noch met dezelfde diepgang, noch op hetzelfde tijdstip is gebeurd — zoals overigens prof. J.M. Favresse ruiterlijk toegeeft in het «avant-propos» — dan wordt het wel een nadeel.

Sommige onderdelen — bv. het administratief toezicht — waren reeds niet meer «à jour» op de datum van publicatie van het boek. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur blijven volkomen onvermeld in dit boek, waarin wel ampele aandacht wordt geschonken aan de meer traditionele «principes généraux du droit» van Franse oorsprong. Het (veeleer teleurstellend) arrest van het Benelux-Gerechtshof van 1 juli 1988 m.b.t. de dwangsom is nog niet bekend op p. 29 (nr. 11ter), wel op p. 647; hetzelfde geldt voor het arrest van het Arbitragehof van 11 februari 1988 m.b.t. de benoemingen in de S.D.R.W., dat vermeld is op p. 639, maar nog niet bekend is op p. 87. Het boek bevat ook overlappingsen: de instelling van de ombudsman, bv. wordt zowel op p. 88 als op p. 650 besproken. En dit zijn slechts de resultaten van enkele steekproeven, m.a.w. louter illustratief.

Een grotere strakheid in de coördinatie van de herziening van de tekst had dergelijke tekortkomingen gemakkelijk kunnen voorkomen.

9. Het moet mij van het hart: het doorlezen van drie uitstekende handboeken bevestigt en versterkt de indruk die mij na ruim dertig jaar ervaring en praktijk in het bestuursrecht beklemt: het Belgisch administratief recht is zwaar aangetast door sclerose.

Het is wellicht hier niet de plaats om een pleidooi te houden voor een integrale hernieuwing van het Belgisch administratief recht, dat nog steeds in ruime mate een overjarig importprodukt uit Frankrijk is gebleven.

Wat is alsnog het nut van het begrip «openbare dienst» en van de zg. wetten van de openbare dienst? (Zie hierover L.P. Suetens en S. Swartenbroux-Vanderhaegen, «Evolutie van het begrip 'openbare dienst'», in *De nieuwe vormen van overheidstussenkomenst in de onderneming*, I.C.V.S., Brussel, 1988, pp. 279-302).

Is het nog verantwoord dat de rechtspositie van ambtenaren steunt op statutaire regelen i.p.v. op een (aangepaste) arbeidsovereenkomst? — (zie hierover L.P. Suetens, «De rechtspositie van het overheidspersoneel anno 1984», in *De rechtspositie van de ambtenaar anno 1984... aangepast aan de behoeften van een moderne maatschappij*?, 1985, pp. 4-24.)

Meer algemeen, in hoeverre doet het bestuur steeds meer een beroep op contractuele procédés, zodat een verflechting ontstaat tussen het administratief recht en het privaatrecht?

Waarom wordt de stedenbouw en de ruimtelijke ordening nog steeds gezien als behorend tot het algemeen deel van het administratief recht, i.p.v. het bijzonder administratief recht? En als het dan toch onder de algemene bepalingen wordt behandeld, waarom dan ook niet, naast de ruimtelijke planning, de economische planning, of, kortom, het plan?

Wat is het (praktisch) nut van het onderscheid tussen openbaar en privaat domein?

In hoeverre is de theorie van de afsplitsbare akte verantwoord? Ware het niet beter het volledige contentieux m.b.t. de overheidsopdrachten bij de gewone rechter te laten?

Waarom wordt vrijwel geen aandacht gegeven aan de administratieve besluitvorming, d.i. het preventieve aspect van het bestuursrecht?

Hoe zinloos is, in het raam van de overheidsaansprakelijkheid, het onderscheid tussen organen en aangestelden?

Hoe weinig harmonieus verloopt het naast elkaar bestaan en functioneren van de gewone rechter en de Raad van State? (Zie

hierover L.P. Suetens, «Vigilantibus, non dormientibus, subveniunt jura», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, pp. 91-102.)

Waarom wordt aan de Raad van State het effectieve wapen van de dwangsom ontzegd?

Ten slotte: in hoeverre is de rechterlijke bescherming van het individu nog reëel: inflatie van procedures (kort geding voor de Raad van State op grond van de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet; kort geding voor de gewone rechter op andere gronden; annulatieberoep voor de Raad van State; eventueel nadien nog vordering tot schadeloosstelling voor de gewone rechter) en traagheid in de afhandeling van de zaak ($\pm$ tien jaar voor een beroep tegen de door een gewestplan toegekende bestemming van een perceel grond...)?

Het is juist, «j'en suis arrivé à l'âge où la vie, pour tout homme, est une défaite acceptée» (Marguerite Yourcenar, *Mémoires d'Hadrien*), maar toch blijft in mij de hoop leven naar een alomvattende vernieuwing van het administratief recht.

10. Vanuit die optiek werkt het boek van de Duitse hoogleraar Jürgen Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, sterk verfrissend.

Schwarze beoogt na te gaan, met toepassing van de rechtsvergelijkende methode, hoe in de rechtsorde van de Europese gemeenschappen een eigen bestuursrecht tot stand is gekomen en geëvolueerd.

Reeds in zaken 7/56 en 3-7/57, Algera e.a. t/ Gemeenschappelijke Vergadering, werd het Hof van Justitie, toen nog van de E.G.K.S., geconfronteerd met het probleem van de voorwaarden waaronder een administratieve rechtshandeling, die subjectieve rechten doet ontstaan, kan worden ingetrokken.

Dit probleem is genoegzaam bekend in de diverse nationale rechtssystemen, maar wordt niet geregeld in het E.G.K.S.-Verdrag. In het arrest van 12 juli 1957 acht het Hof zich – op straffe van rechtswijziging – gehouden dit vraagstuk op te lossen aan de hand van de regels, welke in de wetgeving, de wetenschap en de rechtspraak der deelnemende landen zijn aanvaard» (*Jur.*, III, t.a.v. p. 120).

In artikel 215 van het E.E.G.-Verdrag, dat op 25 maart 1957 te Rome werd ondertekend, wordt voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de instellingen van de Gemeenschap uitdrukkelijk verwezen naar «de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben».

Schwarze onderneemt nu de zoektocht naar dit *ius commune*, naar de algemene beginselen van administratief recht welke de rechtsstelsels van de (inmiddels twaalf) Lid-Staten gemeen hebben, en naar de mogelijkheden en de begrenzingen van een administratief recht eigen aan de Europese Gemeenschappen.

Het is een boeiende zoektocht naar het levende administratieve recht in Europa en de lezer geniet intens van elke bladzijde van het omvangrijk boek: rechtsvergelijking van de bovenste plank!

11. Het boek telt acht hoofdstukken.

In het eerste, inleidend hoofdstuk belicht Schwarze de Europese Gemeenschap als bestuursrechtelijke gemeenschap (Verwaltungsrechtsgemeinschaft), het begrip «administratie», het toepassingsgebied, de bronnen van het algemene bestuursrecht van de Europese Gemeenschap, en, ten slotte, het ontstaan van een Europees bestuursrecht op rechtsvergelijkende basis.

Het tweede hoofdstuk bevat een meesterlijke beschrijving van de administratieve rechtsstelsels van de twaalf Lid-Staten van de Europese Gemeenschap. Wat België betreft, is het opmerkelijk dat, in tegenstelling tot de meeste buitenlandse auteurs, Schwarze zowel de Vlaamse rechtsliteratuur kent en gebruikt als de Franstalige literatuur.

Het derde hoofdstuk behandelt achtereenvolgens:

1) het wettigheids- of legaliteitsbeginsel – de «Rule of Law» – in de twaalf Lid-Staten van de Europese Gemeenschap en in de Europese Gemeenschapsrechtsorde zelf;

2) het probleem van de vage rechtsbegrippen en de beoordelingsvrijheid – «le pouvoir discrétionnaire» – eveneens zowel in de nationale rechtsstelsels als in de Europese rechtsorde, met een uitvoerig overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie der Europese Gemeenschap m.b.t. het ambtenarenrecht, de gemeenschappelijke markt voor kolen en staal, het mededingingsrecht, dumping, de gemeenschappelijke landbouwmarkt, de douaneunie en het sociaal recht;

3) de extra-contractuele aansprakelijkheid van de instellingen der Gemeenschappen.

Uit dit derde hoofdstuk treedt de aparte positie van de Duitse administratieve rechter naar voren: «... die Hoffnung (scheint) eher zu optimistisch, daß das europäische Beispiel die starre gerichtliche Kontrollpraxis deutscher Verwaltungsgerichte flexibler gestalten können» (p. 528).

Het vierde hoofdstuk besteedt aandacht aan het gelijkheids- en het non-discriminatiebeginsel. Aangezien het boek van 1988 dateert, behelst het geen aanduidingen over de rechtspraak van het Belgisch Arbitragehof ter zake.

In het vijfde hoofdstuk wordt het evenredigheidsbeginsel – «le principe de proportionnalité»; «der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit» – onderzocht, zowel in de nationale rechtsstelsels als in het E.G.-recht. Opmerkelijk is hier dat dit beginsel in de DBR direct uit het in de Grondwet verankerde beginsel van de rechtsstaat wordt afgeleid en dus zowel geldt t.a.v. de wetgever als t.a.v. de uitvoerende macht.

Het zesde hoofdstuk handelt uitvoerig over het beginsel van de rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel; in welke mate kunnen administratieve rechtshandelingen retroactieve werking hebben?; in hoeverre kunnen zij worden ingetrokken?; kortom: de gebondenheid van de overheid aan eigen voorafgaand handelen.

In het zevende hoofdstuk worden de uit de rechtsstaat afgeleide grondbeginselen m.b.t. de administratieve besluitvorming toegelicht, o.m. het recht van verdediging, de hoorplicht en de motiveeringsplicht.

Uiteindelijk volgt in hoofdstuk acht de conclusie.

De auteur stelt een duidelijke wisselwerking vast tussen de gemeenschapsrechtsorde en de nationale administratiefrechtelijke stelsels; naast partiële en fragmentaire codificatie van het Europese bestuursrecht, is vooral belangrijk «het geleidelijke en behoudzaam-pragmatische voortschrijden van het rechterrecht in de gemeenschap» (p. 1409).

Het boek sluit af met een omvangrijke bibliografie (pp. 1411-1467), een zaakregister en een register van de aangehaalde rechtspraak.

De dorre opsomming van de inhoud van Schwarzes *Europäisches Verwaltungsrecht* laat alleszins geen recht wedervaren aan de rijkdom van dit werk: het is een meesterwerk, waarvan de lezing niet voldoende kan worden aanbevolen.

Wie enige interesse heeft voor het nieuwe, het levende en levendige, het opborrelende administratief recht in Europa, moet dit boek lezen: «a thing of (scientific) beauty, a joy for ever».

12. Het *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht* van Van der Pot en Donner is in Nederland wat het *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht* van A. Mast jarenlang is geweest: het standaardwerk bij uitstek, het «opus magnum».

In België is die plaats nu ingenomen door het boek van A. Alen: *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch publiek recht* (1988) (zie mijn bespreking in *R.W.*, 1988-89, 830).

In Nederland is thans een twaalfde editie van het handboek van Van der Pot en Donner verschenen, bewerkt door prof. L. Prakke, m.m.v. J.L. de Reede en G.J.M. van Witsen.

De structurele opbouw van het handboek is klassiek te noemen: na een inleidend deel over staatsleer en staatstheorie (met aandacht voor de geschriften van Machiavelli, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Burke, Hegel, Marx en Weber), over de ontwikkeling van de Staat elders (het Verenigd Koninkrijk, de V.S.A., Frankrijk en de U.S.S.R., waarbij de grondwetwijzigingen van 1988 worden aangegeven), over de ontwikkeling van de staat in Nederland en over de begrippen «staat» en «staatsrecht», volgt, als hoofdschotel, het deel over het geldende Nederlandse Staatsrecht. Hierin worden, logischerwijze, achtereenvolgens behandeld: de grondrechten en grondslagen, de organen van de staat, de functies van de staatsorganen, en de lagere rechtsgemeenschappen, d.i. de provincies, gemeenten en waterschappen.

Ten slotte is er nog een deel over het koninkrijk der Nederlanden en de overzeese delen, de Nederlandse Antillen en Aruba.

Is de structurele opbouw van het handboek klassiek, inhoudelijk wordt het (m.i.) gekenmerkt door twee bijzondere aspecten. Allereerst de opvallende grote invoering van niet-juridische, politologische beschouwingen. Vervolgens een specifieke schrijfstijl, die minder zakelijk en onderkoeld is dan in Vlaamse handboeken het geval is.

Prakke c.s. hebben, wegens onvoorziene omstandigheden, de herziening van het boek in een recordtempo moeten doorvoeren.

Dit verklaart allicht waarom die herziening niet in alle hoofdstukken even doortastend is geschied en vooral ligt in de beschrijving van het materieel staatsrecht, inzonderheid in de hoofdstukken 24 tot 27, die door Prakke zelf zijn bewerkt.

De twaalfde editie van Van der Pot en Donner is echter alleszins «up to date»: de terminologie is gemoderniseerd, nieuwe aspecten worden toegelicht, het voetnotenmateriaal is aangepast, de recente rechtspraak is verwerkt – aldus, bv. het arrest van de Hoge Raad van 14 april 1989, waarbij beslist werd dat toetsing van een wet aan fundamentele rechtsbeginselen niet mogelijk is (p. 715).

Het boek blijft aldus het standaardwerk m.b.t. het Nederlandse staatsrecht. Toch moge de wens worden uitgesproken dat collega Prakke in een volgende editie een meer ingrijpende herziening zou doorvoeren; hij is er de geschikte man voor, en het zal de blijvende waarde van het handboek ten goede komen.

13. In België verscheen in 1989 het laatste deel(tje) van een nieuw handboek over grondwettelijk recht, door Francis Delpérée.

Droit constitutionnel bestaat nu uit vier «fascicules»:

- Tome I: Les données constitutionnelles (2e uitg., 1987);
- Tome II: Le système constitutionnel:
 1. Les pouvoirs (1986); 2. Les fonctions (1988);
 3. Les procédures de crise (1989).

De aandachtige en vriendelijke lezer, die deze boekbespreking tot aan het einde is blijven lezen, heeft het onmiddellijk reeds begrepen: het handboek van Delpérée verschilt fundamenteel van andere handboeken door de structuur van de uiteenzetting. In het eerste deel beschrijft de auteur het begrip en de kenmerken van de Grondwet, de hoedanigheid en de rechten van de burger, en de politieke overheden. In het tweede deel volgt dan eerst een omschrijving van de gezagsorganen (aanduiding, organisatie en statuut), van de functies van die organen (definitie, verdeling en uitoefening) en, ten slotte, van de crisisprocedures.

Elke poging tot vernieuwing in de uiteenzetting van een rechtstak is uiteraard steeds welkom en soms zelfs noodzakelijk; het boek van Delpérée heeft de grote verdienste van creativiteit en originaliteit, wat op zichzelf toe te juichen is.

Het wil mij evenwel voorkomen dat het resultaat niet overtuigend is. In een klassiek handboek wordt de samenstelling, de organisatie, de bevoegdheid en de werking van bv. de ministerraad in één enkel hoofdstuk behandeld, wat direct tot een duidelijk inzicht leidt. In het boek van Delpérée moet dit inzicht – (blijkens de table alphabétique) – in 41 verschillende randnummers door het hele werk heen bijeengesprokkeld worden. Eenvoudig is anders.

Overigens besteedt Delpérée m.i. al te veel aandacht – als zelfstandig onderdeel – aan de «procédures de crise».

Het boek van Delpérée is uiterst lezenswaardig voor wie reeds voldoende vorming heeft in het grondwettelijk recht en zelf weet waar en wat te vorsen; als een (inleidend) handboek is het minder geschikt.

14. De voorbije jaren 1988 en 1989 blijken vruchtbare jaren te zijn geweest voor het grondwettelijk en administratief recht, zowel ten onzent als elders.

Ook 1990 belooft een groot jaar te worden, alleen reeds omdat dit jaar het handboek van J. Velu over het Europees Verdrag van de Mensenrechten wordt gepubliceerd.

Er moge dus vreugde heersen onder de publicisten...

Prof. dr. Louis-Paul Baron Suetens

J. JACQMAIN, *Travail et maternité*, Luik, Fondation André Renard, 64 pp. (+ bijwerkingen)

In 1984 gaf de stichting André Renard de eerste maal *Travail et maternité* uit. Het verschijnen van de bijwerking anno 1990 is een ideale gelegenheid om dit werkje onder de aandacht van de Nederlandstalige jurist te brengen.

De zwangerschap wordt in vele sociaalrechtelijke handboeken alleen behandeld als een vorm van schorsing van de arbeidsovereenkomst. De auteur, Jean Jacqmain, benadert dit onderwerp daarentegen vanuit het standpunt van de zwangere vrouw. Hierdoor krijgt de lezer een juridisch totaalbeeld van dit fenomeen. Naast de klassieke thema's als schorsing, ontslagbescherming, pre- en postnataal verlof en arbeidsverboden wordt ook aandacht geschonken aan minder bekende facetten, zoals het discriminatieverbod bij aanwerving,

de bescherming van de zogende moeder en de bepalingen vervat in internationale verdragen.

De recente wijzigingen in deze materie noopten de uitgevers om het werk te actualiseren. In de bijwerking, die werd afgesloten op 1 maart 1990, worden vooral de bepalingen m.b.t. de zwangerschap uit de Programmawet van 22 december 1989 (*B.S.*, 30 december 1989) besproken. Tevens komt de moederschapsuitkering voor zelfstandige vrouwen aan bod (*K.B.* van 24 januari 1990, *B.S.*, 20 februari 1990); een maatregel ter uitvoering van de E.E.G. Richtlijn 86/613.

Jean Jacqmain, docent U.L.B. en ambtenaar van het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, heeft uit zijn jarenlange ervaring bij de Commissie Vrouwenarbeid geput om dit werk te schrijven. Zijn voetnoten bevatten dan ook een schat aan informatie. Naast rechtspraak en rechtsleer, wordt veelvuldig verwezen naar parlementaire vragen, adviezen van de N.A.R. en van de Commissie Vrouwenarbeid. De bespreking bleef niet beperkt tot de particuliere sector; ook de publieke sector komt aan bod. Tevens wordt de link gelegd met de sociale zekerheid. Het is wel wenselijk dat bij een volgende updating de aanvullende gegevens in een (nieuw) basiswerk worden geïntegreerd i.p.v. – zoals nu het geval is – gebruik te maken van inlegvellen.

P. Humblet

W. HABSCHIED, *Rechtsstaatliche Aspekte des internationalen Schiedsverfahrens mit Rechtsmittelverzicht nach dem IPR-Gesetz*, Solothurn, Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte, 1988, 26 pp.

Deze studie van de Zwitserse processualist Habscheid is voor de Belgische jurist belangrijk aangezien zij op scherpe wijze en op principiële gronden de Zwitserse liberalisering van de internationale arbitrage aanvalt. Zoals men weet, stond deze liberalisering model bij de redactie van artikel 1717, 4°, Ger. W. dat bepaalt dat Belgische rechtbanken enkel bevoegd zijn om kennis te nemen van vorderingen tot nietigverklaring van scheidsrechterlijke uitspraken indien minstens één der partijen de Belgische nationaliteit heeft of in België verblijfplaats houdt dan wel in België opgericht is of er een succursale of enige bedrijfszetel heeft. De kritiek van Habscheid op de Zwitserse regeling lijkt dan ook voor België niet onbelangrijk.

De Zwitserse liberalisering werd doorgevoerd door artikel 192 van de I.P.R.-wet van 18 december 1987 die sinds 1 januari 1989 in werking is getreden. Krachtens deze bepaling kunnen partijen uitdrukkelijk overeenkomen dat de scheidsrechterlijke uitspraak niet kan worden aangevochten indien zij in Zwitserland geen woonplaats, verblijfplaats of vestiging hebben.

De gerecenseerde bijdrage is deel van Habscheids eenzame kruistocht tegen de Zwitserse liberalisering die hij reeds eerder had ingezet (Habscheid, W., «Das schweizerische Schiedskonkordat, der Entwurf zu einem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit», *Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für H. Nagel*, Münster, Aschendorff, 1987, 89-91; Habscheid, W., «Das neue schweizerische Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht», *RIW*, 1988, 771-772).

In het raam van dit betoog staat bij Habscheid de gedachte centraal dat de doorgevoerde hervorming onwenselijk is aangezien een aantal fundamenteel geachte waarden (materieelrechtelijke en processuele) aan elke gerechtelijke toetsing ontsnappen. Deze gedachte wordt door Habscheid verbonden met de rechtsstaatsidee. Deze laatste wordt echter niet nader omschreven noch geconcretiseerd. Daardoor verliest het betoog veel aan overtuigingskracht aangezien Habscheid de nieuwe Zwitserse regeling vooral vanuit een vaag omschreven en emotioneel geladen opvatting omtrent de rechtsstaat aanvalt.

Habscheids centrale uitgangspunt brengt hem ertoe het toepassingsveld en de draagwijdte van de hervorming aan te vechten. Allereerst betwijfelt Habscheid of kan worden verantwoord dat de regeling zich enkel tot niet-Zwitsers recht aangezien beginselen die tot de rechtsstaat moeten worden gerekend, ook aan deze partijen bescherming moeten bieden. Dit is een opportunistisch argument dat de Zwitserse wetgever heeft beantwoord. In het raam van inter-

ationale arbitrages tussen niet-Zwitsers die in Zwitserland plaatsvinden, wordt de finaliteit van de arbitrage duidelijk boven de kwaliteit van de arbitrale procesvoering en uitspraak gesteld voor zover zulks overeenstemt met de wens der partijen. Contractuele vrijheid heeft dan ook de bovenhand op een aantal processuele garanties en materieelrechtelijke waarden. Habscheid heeft echter problemen bij het aanvaarden van de hieraan verbonden consequenties en zijn betoog beoogt deze gevolgtrekkingen tot een minimum te beperken. Zo stelt hij dat men de nietigheid van de scheidsrechtelijke uitspraak — niettegenstaande deze door partijen werd uitgesloten — moet blijven aanvaarden 1) indien het geschil niet voor arbitrage vatbaar was, 2) indien de opdracht van het scheidsgerecht was verstrekt of 3) indien partijen geen beschikkingsbevoegdheid hadden ten aanzien van mogelijke nietigheidsgronden. Dit argument zet de Zwitserse regeling uiteraard op zijn kop en kan dan ook moeilijk worden aanvaard. Habscheid verliest hier uit het oog dat de sanctie hier enkel kan worden gevonden in de erkennings- en tenuitvoerleggingsfase waarnaar beslechting van deze verwermmiddelen werd uitgesteld (zo ook, onder de Belgische regeling, De Ly, F., «De liberalisering van de internationale arbitrage», *T.P.R.*, 1985, 1039). Zo ook aanvaardt Habscheid dat herroeping van gewijsde («Revision») onder de nieuwe Zwitserse wetgeving mogelijk blijft hoewel de wetgever ter zake in geen enkele bepaling heeft voorzien. Ook dit lijkt me betwistbaar; men kan in dit opzicht betreuren dat de liberalisering zo'n verregaande vormen aanneemt (zo ook De Ly, F., *l.c.*, 1040), doch het enige soelaas kan opnieuw enkel bij de erkenning of tenuitvoerlegging van de uitspraak worden gevonden. Ten slotte laat Habscheid de «openbare orde»-exceptie in het kader van erkennings- en tenuitvoerleggingsprocedures zo uitdeinen dat in belangrijke mate wordt teruggenomen wat door de liberalisering werd beoogd. Een enge uitlegging lijkt echter in het licht van de doeleinden van de wetgever meer op zijn plaats.

Al met al hebben de principiële bezwaren van Habscheid mij niet kunnen overtuigen; geliberaliseerde arbitrage heeft duidelijk ook haar voordelen. Het is in dit verband vooral zaak van de betrokkenen om door keuze van degelijke arbiters, van de arbitrageplaats en van de meest geschikte beslechtingsnormen arbitrale avonturen te vermijden. Beperkte gerechtelijke toetsing kan dan hoogstens nog bij erkenning/tenuitvoerlegging plaatsvinden. Zijn er redenen om geen geliberaliseerde arbitrage te kiezen, dan blijven partijen over voldoende alternatieven beschikken.

Filip De Ly
Rijksuniversiteit Utrecht

F. BOUCKAERT, *De handelszaak*, A.P.R., Brussel, Story-Scientia, 1989, 161 pp.

1) Als feitelijk, economisch gegeven kent de «handelszaak» een reeds lange levensloop. In de wetteksten duikt het begrip op in het begin van deze eeuw, door de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van de handelszaak. De wetgever heeft echter nagelaten het begrip «handelszaak» als zodanig te bepalen, ook in latere wetten (o.m. art. 10 Handelshuurwet; art. 1418, eerste lid, b, B.W.; art. 1199 Ger. W. en enkele fiscale bepalingen in de W.B.T.W. en de Reg.W.). Het Hof van Cassatie kon dan ook op basis van deze losstaande wetteksten moeilijk een definitie formuleren (Cass., 12 maart 1936, *Pas.*, 1936, I, 187).

De auteur komt evenmin tot een echte begripsbepaling, eerder tot een begripsbenadering. In een *eerste benadering* tracht hij het begrip «handelszaak» te omschrijven aan de hand van een aantal wezenlijke kenmerken (feitelijke algemeenheid van goederen, inhoud, goodwill en onlichamelijke roerende rechtsaard).

Een *tweede benadering* is gebaseerd op de bestanddelen van de handelszaak. De opsomming van artikel 2 van de wet van 25 oktober 1919 is daarbij richtinggevend, maar partijen kunnen van deze samenstelling afwijken, behalve in het erfrecht en in het huwelijksvermogensrecht. De samenstelling is derhalve erg context-afhankelijk. Bovendien zijn de bestanddelen van de handelszaak dikwijls moeilijk te onderscheiden van het persoonlijk vermogen van de koopman die de handelszaak exploiteert. De handelszaak heeft immers geen rechtspersoonlijkheid en vormt derhalve geen afgescheiden vermogen.

In een *derde*, meer economisch-theoretische *benadering*, wijst de auteur op de identiteit van de handelszaak, hand in hand met de

dynamiek ervan. De handelszaak is een levend organisme, waarvan de bestanddelen voortdurend aan vervanging en rotatie onderhevig zijn. Precies deze dynamiek zorgt voor de continuïteit van de handelszaak.

Deze benaderingen doorkruisen het hele boek. Een combinatie van de drie benaderingen lijkt dan ook voldoende om als werkdefinitie te fungeren, bij ontbreken van een echte begripsbepaling.

a) Geregeld baseert de auteur zich op het kenmerk van de *feitelijke algemeenheid van goederen*, om een juridisch-praktisch aspect van de handelszaak te bespreken of een conclusie te trekken.

Dit kenmerk heeft een «negatieve» en een «positieve» zijde: de handelszaak is geen rechtsgemeenschap, maar wel een feitelijke algemeenheid.

Door het feit dat de handelszaak geen juridische algemeenheid is, vormt zij ook geen afzonderlijk vermogen, maar vermengt zij zich met het vermogen van de koopman. Hieruit volgt o.m. dat het systeem van uitkeringen en reserveringen van winsten, zoals dit bestaat in kapitaalvennootschappen, niet onbeperkt kan worden toegepast, gelet op de belangen van het gemeenschappelijk vermogen van de echtgenoten onder het wettelijk stelsel (nrs. 315 e.v., pp. 144 e.v.).

De handelszaak is wel een feitelijke algemeenheid. Een logisch gevolg hiervan is, dat het pand op de handelszaak, behoudens andersluidend beding, deze algemeenheid tot voorwerp heeft: het geheel der waarden die de handelszaak uitmaken (art. 2 Wet Pand Handelszaak).

b) De *onlichamelijke roerende aard* van de handelszaak heeft ook belangrijke consequenties. Zo sluit de onlichamelijke aard van de handelszaak de levering van de handelszaak als zodanig, in het kader van een koop-verkoop of van een verhuur, uit. De respectieve elementen van de handelszaak zullen stuk voor stuk moeten worden geleverd; de lichamelijke roerende goederen door materiële levering, de onlichamelijke d.m.v. andere procédés (bv. levering van de handelsnaam veronderstelt dat de verkoper niet dezelfde of een verwarringstichtende handelsnaam bezigt).

c) De (wisselende) *samenstelling*, met zowel materiële als immateriële bestanddelen, brengt bijzondere gevolgen met zich.

De auteur onderzoekt bv. de vraag of een handelszaak vatbaar kan zijn voor inbreng in een vennootschap, inzonderheid wanneer de componenten hoofdzakelijk van immateriële aard zijn (nrs. 134 e.v., pp. 59 e.v.). Voor de N.V. (art. 29, § 3), de B.V.B.A. (art. 120, 6°) en de commanditaire vennootschap op aandelen (art. 107) staat het antwoord in de Vennootschappenwet: inbreng in natura komt voor vergoeding met kapitaal aandelen in aanmerking, wanneer hij naar economische maatstaven kan worden gewaardeerd. Voor de vennootschap onder firma, de gewone commanditaire vennootschap en de coöperatieve vennootschap geldt de oude regel dat kapitaal aandelen enkel kunnen worden uitgegeven voor inbreng in natura die voor gedwongen tenuitvoerlegging vatbaar is. De handelszaak als zodanig is principieel niet voor beslag vatbaar. Toch zou, volgens de auteur, de handelszaak ook hier kunnen worden ingebracht, indien de immateriële bestanddelen eruit zouden worden weggelaten. Voor deze immateriële bestanddelen zou inbreng dan weer mogelijk zijn, wanneer de vergoeding niet uit kapitaal aandelen zou bestaan. Daarbij valt echter de coöperatieve vennootschap uit de boot, omdat deze geen aandelen buiten kapitaal mag uitgeven (art. 141 Venn. W.).

d) T.a.v. bepaalde problemen pleit de auteur voor een *dynamische benadering*, die overeenstemt met de economische realiteit van de handelszaak, en dus een praktijkgerichte oplossing toelaat.

Een voorbeeld hiervan is de vraag naar het lot van schuldvoorwaarden, incasso, banktegoeden en schulden, in het kader van het huwelijksvermogensrecht, meer bepaald onder het wettelijk stelsel. Veelal wordt, op basis van de criteria die rechtsleer en rechtspraak hebben uitgewerkt m.b.t. koop-verkoopovereenkomsten, geoordeeld dat deze elementen niet tot de handelszaak behoren. M. Bouckaert wijst op de zonderlinge gevolgen van deze interpretatie: zo zouden o.m. voorhuwelijks schuldvorderingen en schulden in die hypothese eigen zijn en definitief komen vast te staan op de dag van het huwelijk, terwijl de schuldvorderingen en schulden ontstaan vanaf die dag in het gemeenschappelijk vermogen zouden vallen. Een vergoedingsregeling bij de vereffening zou bijna onvermijdelijk zijn. De auteur (nrs. 269 e.v., pp. 122 e.v.) pleit ervoor, deze elementen toch als bestanddelen van de handelszaak te beschouwen, door te steunen op de economische eenheid (feitelijke algemeenheid) en op de economische dynamiek van de handelszaak (levend organis-

me). Schuldvorderingen, schulden e.d. blijven met de handelszaak een geheel uitmaken, zonder dat een huwelijk hieraan iets wijzigt; zij zijn de werkmiddelen waarover een handelaar beschikt, aldus de auteur. De ontwikkeling van de handelszaak, als levend organisme, kan worden nagegaan aan de hand van de gevoerde boekhouding en de opgestelde jaarrekeningen.

Deze benadering biedt het voordeel dat de gronden tot vergoeding beperkt worden (zonder ze volledig uit te schakelen), hetgeen de voortzetting van de handelszaak tijdens het huwelijk vereenvoudigt (bv. het innen van voorhuwelijkse schuldvorderingen, het betalen van voorhuwelijkse schulden, het aanwenden van voorhuwelijkse banktegoeden vormen geen grond meer tot vergoeding bij de vereffening van het stelsel).

Dezelfde benaderingswijze ligt ten grondslag aan de ruime interpretatie van het begrip «handelingen van bestuur» van art. 1417, tweede lid, B.W. t.a.v. de handelszaak: volgens de auteur gaat het hier om economisch beheer; hij vat het begrip op als «de bevoegdheid om alle handelingen te verrichten die tot doel hebben van de handelszaak een rendabele zaak te maken en er winst uit te halen» (nr. 293, p. 134).

2) Vooral vanuit de praktische hoek behandelt dit boek de handelszaak in tal van rechtstakken. Vele transacties waarin de handelszaak kan worden betrokken, komen aan bod. De auteur geeft telkens een overzicht van de algemene regels, waarna hij zich buigt over bijzondere kenmerken en bijzondere problemen die voortvloeien uit de eigen aard van de handelszaak.

Zo behandelt hij eerst de aan- en verkoop van een handelszaak. Vervolgens komen de raakpunten met het vennootschappenrecht aan bod: de inbreng van de handelszaak in een vennootschap; de exploitatie van de handelszaak in de vorm van een vennootschap (V.O.F., handelsvereniging bij wijze van deelneming, of ander type), met name door de erfgenamen na het overlijden van de eigenaar.

Om middenstanders en kleinhandelaars de mogelijkheid te bieden vlottier krediet te krijgen, teneinde de handelszaak verder te exploiteren, kan op de handelszaak een pand worden gevestigd (wet van 25 oktober 1919).

De exploitatie van de handelszaak kan geschieden door een ondergeschikte, voor rekening van de eigenaar, op basis van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van lastgeving, of door een persoon die de zaak voor eigen rekening exploiteert, op basis van een huurcontract.

Vruchtgebruik kan op een handelszaak worden gevestigd, hetzij door de wet (met name het erfrechtelijk vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot of het wettelijk vruchtgenot van de ouders over de goederen van hun minderjarige kinderen), hetzij door de wil van de mens (bij testament of bij overeenkomst).

Ook aspecten van familiaal vermogensrecht (zowel erfrecht, als huwelijksvermogensrecht) worden uitgebreid besproken.

Door verbanden te leggen tussen de onderscheiden rechtstakken brengt de auteur meer klaarheid in de toch complexe materie. Het boek is dan ook – zeker voor de practicus – een interessant en handig overzicht. De overzichtelijke inhoudstafel vooraan en het zaakregister achteraan dragen hiertoe bij.

Ook op het rechtstheoretisch vlak komt de lezer aan zijn trekken. De auteur wijst op inconsequenties, neemt stelling in enkele controverses, levert kritiek op bepaalde stellingen. Een uitgebreide literatuurlijst vervolledigt het werk.

Sommige zinswendingen komen wat geforceerd over en enkele typfouten zijn blijven staan.

3) Het besproken boek levert een logisch, thematisch gestructureerd en interessant overzicht van het recht m.b.t. de handelszaak. De eigen inbreng van de auteur bestaat vooral in de praktische benadering (d.i. zowel juridisch-praktisch als economisch-praktisch). Ook interessant zijn de verbanden die hij legt tussen onderscheiden materies. Hierdoor wordt de handelszaak geplaatst in het reële handelsverkeer, omgeven door een netwerk van rechtsregels van verscheidene rechtstakken die – rechtstreeks of zijdelings – de handelszaak betreffen.

Laat het boek de begripsmatige leemte onopgevuld, op het rechtspraktische vlak is het een zeer nuttig instrument.

Philippe ERNST
Assistent
Universiteit Antwerpen
U.I.A.

BALIE

Belgische Nationale orde van advocaten – Samenstelling van het bureau

Deken: mr. Hugo Van Eecke; vice-deken: mr. Robert Boccart; secretarissen: mrs. Eddy Debusschere en Marie-Berthe Bertrand.

Samenstelling van de Raad der Orde van Advocaten te Veurne

Staffhouder: mr. Luc Lagrou.
Secretaris: mr. Dirk Bailleul. Leden: mrs. Rik Ascrowat, Willy Vanhuyse, Hugo Gevaert, Paul Thomas en Fernand George.

MEDEDELINGEN

Eurojuris V.Z.W.

De v.z.w. Eurojuris houdt haar Algemene Vergadering en buitengewone Algemene Vergadering op zaterdag 6 oktober 1990 in de Universitaire Stichting, Egmontstraat 11 te Brussel.

De vergaderingen worden gevolgd door een voordracht om 16u30 «De Gemeenschap, het recht en de advocaat» door de heer Jean-Louis Dewost, directeur-generaal van de juridische diensten van de E.E.G.

Nederlandstalige Commissie voor bijscholing van de Magistratuur – Uitnodiging van de voorzitter

De voorzitter van de Nederlandstalige Commissie voor bijscholing van de Magistratuur, mevrouw A. De Man, eerste voorzitter van het Hof van Beroep te Antwerpen, Waalsekaai, 2000 Antwerpen, nodigt alle organisatoren van bijscholing, congressen, voordrachten e.d. uit, om voor 15 november 1990 de projecten op te geven die zij voornemens zijn in de loop van het gerechtelijk jaar uit te werken.

Hof van Cassatie – Nieuwe eerste voorzitter

Het Hof van Cassatie, verenigd in algemene vergadering op 18 september 1990, heeft de heer Soetaert, R., afdelingsvoorzitter, verkozen tot eerste voorzitter.

Expertalia 1990

Op zaterdag 20 en zondag 21 oktober 1990 vindt in het hotel Sofitel Airport (Diegem) Expertalia 1990 plaats, met als thema: «De evaluatie en de vergoeding van de lichamelijke schade in het gemeen recht in het vooruitzicht van het Europa van morgen (België, Frankrijk en het Groothertogdom Luxemburg).

Inlichtingen: Expertalia, 129 A/1, Louizalaan, 1050 Brussel (fax: 02/538.73.59).

Studiedag: Fiscale en para-fiscale optimalisatie van grensoverschrijdende tewerkstelling

Het tijdschrift Fiskoloog organiseert deze studiedag op donderdag 11 oktober 1990 in de congreszaal van het Internationaal Congrescentrum, Citadelpark te Gent.

Inlichtingen: Uitgeverij Lexico België, Brasschaatsteenweg 200, 2180 Kalmthout (tel. 11.26.83, geen zonenummer).

Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek in Nederland

De Commissie herijking van het Wetboek van Strafvordering (commissie Moons) heeft het rapport «Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek» aan de minister van Justitie aangeboden.

De opzet van het gerechtelijk vooronderzoek (gvo) blijft in het voorstel van de commissie ongewijzigd. Zij stelt voor het gvo te moderniseren en te stroomlijnen, zodat het voldoet aan de in de praktijk gestelde eisen en voorts verenigbaar is met de eisen, die daaraan door de Grondwet en de internationale verdragen op het gebied van de rechten van de mens worden gesteld.

De commissie heeft in haar rapport een concept-wetsvoorstel opgenomen. De belangrijkste voorstellen worden hier in het kort weergegeven.

Een verdachte krijgt onder bepaalde voorwaarden het recht schriftelijk aan de rechter-commissaris (RC) te vragen bepaalde onderzoekshandelingen te verrichten. De RC moet bij zijn beslissing op het verzoek een grote discretionaire bevoegdheid hebben en in de wet moeten geen gronden worden opgenomen die de RC bij zijn beslissing in acht dient te nemen. Tegen de beschikking van de RC staat geen rechtsmiddel open.

Als een verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt, kan de RC ook ambtshalve bepaalde onderzoekshandelingen verrichten. De thans bestaande mogelijkheid om in dat geval een gerechtelijk vooronderzoek in te stellen, komt in het voorstel van de commissie te vervallen.

De commissie stelt voor de procedure betreffende de sluiting van het gvo te vereenvoudigen. Ze bepleit een regeling, waarbij de sluiting van het gvo door de RC voor zowel de officier van Justitie als voor de verdachte onherroepelijk is.

De RC sluit het gvo bij beschikking, waarin de reden van sluiting is vermeld. Hij stuurt de beschikking naar de officier van justitie en indien bekend naar de verdachte.

Voorgesteld wordt ook zowel de officier van justitie als de verdachte de gelegenheid te bieden om na de sluiting van de RC te vragen om alsnog, voor aanvang van de terechtzitting, bepaalde onderzoekshandelingen te verrichten.

De wettelijke regeling van de bevoegdheden bij inbeslagneming dient naar het oordeel van de commissie te worden herzien.

Zij stelt voor aan de opsporingsambtenaar een algemene bevoegdheid te verschaffen tot het betreden van plaatsen «ter inbeslagneming», alsmede een algemene inbeslagnemingsbevoegdheid. Wel acht de commissie het gewenst in het Wetboek van Strafvordering aan deze algemene inbeslagnemingsbevoegdheid van opsporingsambtenaren een beperking aan te brengen. Er dient – buiten «heterdaad-gevallen» – sprake te zijn van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. De combinatie van de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen (inclusief de woning), en de algemene inbeslagnemingsbevoegdheid brengt mee dat opsporingsambtenaren alleen voor de hand liggende voorwerpen in beslag mogen nemen.

Naar het oordeel van de commissie moet een opsporingsambtenaar de bevoegdheid krijgen om, in geval van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, iemand van wie wordt vermoed dat hij een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp onder zich houdt, te bevelen dat voorwerp voor inbeslagneming uit te leveren.

In het voorstel van de commissie dient de term «huiszoeking» vervangen te worden door de term «doorzoeken». In geval van doorzoeken van een woning, waarvan de toegang door de bewoner wordt geweigerd, is de RC de centrale autoriteit. Bij ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit of in geval van een misdrijf als omschreven waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, alsmede indien er sprake is van een dringende noodzaak en de komst van de RC niet kan worden afgewacht, komt de bevoegdheid toe aan de officier van justitie of, bij diens verhindering, aan de hulpofficier van justitie. Een verlof van de RC is dan wel vereist.

Bij het doorzoeken van andere plaatsen dan een woning, waarbij de toegang door de bewoner wordt geweigerd, is de officier van justitie de centrale autoriteit. Het doorzoeken van vervoermiddelen kan volgens de commissie – buiten «heterdaad» evenwel alleen in geval van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten – aan een opsporingsambtenaar worden opgedragen.

In geval van ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit of in geval van verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, moet de officier van justitie ter aanhouding van de verdachte de bevoegdheid krijgen elke plaats, waaronder een woning waarvan de toegang door de bewoner wordt geweigerd, te doorzoeken. Het doorzoeken gebeurt onder leiding van de officier van justitie.

Een soortgelijke regeling wordt voorgesteld bij het doorzoeken van plaatsen ter aanhouding in geval van een last tot tenuitvoerlegging van een bevel tot vrijheidsbeneming of een veroordelend vonnis of arrest.

De commissie stelt zich op het standpunt, dat er naast de bevoegdheid tot het doorzoeken van plaatsen, geen tweede (beperkte) onderzoeksbevoegdheid dient te bestaan.

De commissie wil de telefoontap in de wet loskoppelen van het gvo. De commissie stelt voor de geldigheidsduur van een door de RC op vordering van de officier van justitie gegeven bevel tot af luisteren van telefoongesprekken aan een maximum van vier weken te binden. Wederom op vordering van de officier kan de RC dan dit bevel telkens met eenzelfde periode verlengen.

De in de wet gestelde voorwaarden aan het af luisteren van telefoongesprekken moeten volgens de commissie enigszins gewijzigd worden. Een bevel kan slechts worden gegeven, indien (a) uit bepaalde feiten of omstandigheden blijkt van een redelijk vermoeden dat een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten is begaan, (b) dit misdrijf gezien zijn aard of het georganiseerd verband waarin het is begaan of de samenhang met andere misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert en (c) het bevel redelijkerwijs nodig is voor het aan de dag brengen van de waarheid.

De huidige voorwaarde, dat alleen gesprekken mogen worden afgeluisterd «ten aanzien waarvan het vermoeden bestaat dat de verdachte er aan deelneemt», kan dan volgens het voorstel komen te vervallen. Na de beëindiging van de telefoontap dient de officier van justitie, of in geval van een gvo de rechter-commissaris, de verdachte alsmede de houder van een – niet openbare – aansluiting, niet zijnde de verdachte zelf, zodra het belang van het onderzoek zulks toelaat mededelen dat er is afgeluisterd en over welke periode dat is gebeurd.

De commissie pleit er voor om in de wettelijke regeling rond de telefoontap een bepaling op te nemen, die het mogelijk maakt dat gegevens die kunnen dienen ter opsporing van begane of nog te begane misdrijven bewaard kunnen blijven in een politieregister. De officier respectievelijk de rechter-commissaris dient hiervoor dan vrijstelling van vernietiging te verlenen.

De commissie heeft na de vaststelling van de definitieve tekst van het deelrapport kennis genomen van de arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 24 april 1990 in de zaken Kruslin en Huvig. Hierin ziet zij een ondersteuning van haar voorstellen. Willicht zou nog erin voorzien moeten worden, dat de oorspronkelijke banden van de afgeluisterde telefoongesprekken bewaard dienen te blijven, zodat de officier van justitie en de raadsman van de verdachte een gericht verzoek aan de RC kunnen doen om het verslag van een bepaald gesprek alsnog bij de processtukken te voegen. De commissie zal zich over de uitvoering hiervan nog beraten en terzake advies uitbrengen aan de minister van Justitie.

Studiedag: «Ondernemingsraad en veiligheidscomité: een nieuwe legislatuur»

In het licht van de sociale verkiezingen van 1991 organiseren het Seminarie voor Sociaal Recht van de Rijksuniversiteit Gent en de alumnivereniging Associare op vrijdag 23 november 1990 in het Centrum voor Kunst en Cultuur, Sint-Pietersabdij, Sint-Pietersplein 9 te Gent, een studiedag rond het thema: «Ondernemingsraad en veiligheidscomité: een nieuwe legislatuur».

- Beknopt programma:
- Verwelkoming door prof. dr. W. Van Eeckhoutte
 - De sociale verkiezingen door de heer R. Van Holle (Sidmar)
 - De nieuwe ontslagbescherming van kandidaten en verkozenen door mr. T. Balthazar
 - De werking van de ondernemingsraad: ervaringen een werkgeversvisie door de heer P. Verstuyft (Boelwerf)
 - een vakbondsvisie door de heren S. Clerinx (A.C.V.), L. De Rudder (A.B.V.V.) en P. De Ruyck (A.C.L.V.B.)
 - een visie van kaderleden door de heren A. Depreter (Laborelec) en Ph. Van den Brulle (Unerg)
 - de visie van een bedrijfsrevisor door de heer L. Joos
 - Vragen en discussie onder voorzitterschap van prof. dr. B. Dubois
- Inlichtingen: mevr. C. Van Poucke, Seminarie voor Sociaal Recht, Universiteitsstraat 4, 9000 Gent (tel. 091/25.76.51).