

OVERZICHT VAN DE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN (september 1989 – juli 1990) ¹ (eerste deel)

1. Inleiding

Het hiernavolgend overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft betrekking op de periode gaande van 21 september 1989 tot 13 juli 1990 en omvat alle in de weekoverzichten van het Hof opgenomen uitspraken met uitzondering van die welke betrekking hebben op het EGKS-Verdrag. In deze aflevering van het overzicht zijn voor het eerst arresten opgenomen van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna, het Gerecht) dat op 11 oktober 1989 zijn werkzaamheden heeft aangevat.

Bij het verwezenlijken van dit overzicht is uiteraard in de eerste plaats gebruik gemaakt van de weekoverzichten van het Hof maar, voor zover nodig en mogelijk, ook van de (beschikbare) gestencilde Nederlandstalige en/of Franstalige versie van de uitspraken van het Hof (of het Gerecht). Bij het groeperen van de rechtspraak naar onderwerpen werd zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de systematiek van de Europese Verdragen en in het bijzonder van het EEG-Verdrag.

2. Plan

Het plan van het overzicht is als volgt:

- Vrij verkeer van goederen
- Vrij verkeer van personen en kapitaal
 - vrij verkeer van werknemers
 - vrijheid van vestiging en dienstverlening
- Communautair douanerecht
 - gemeenschappelijk douanetarief
 - douanewaarde
 - oorsprong van goederen
 - ander communautair douanerecht
- Mededinging
 - regels voor ondernemingen (art. 85-90 EEG-Verdrag)
 - art. 85 EEG-Verdrag
 - art. 86 EEG-Verdrag
 - procedureregels
 - steunmaatregelen
- Overheidsaanbestedingen
- Fiscale bepalingen
- Harmonisatie van wetgeving

- Landbouw en visserij
- Vervoerbeleid
- Gemeenschappelijke handelspolitiek en economische betrekkingen met de ontwikkelingslanden
 - invoerregelingen
 - uitvoerregelingen
 - anti-dumping of -subsidieringsvoorschriften
 - art. 115 EEG-Verdrag
 - algemene tariefpreferenties
- Sociale politiek
 - gelijke behandeling van mannen en vrouwen
 - gelijke beloning van mannen en vrouwen
 - Europees Sociaal Fonds
- Sociale zekerheid van migrerende werknemers
- Communautair milieubeleid
- Institutioneel recht
 - art. 5 EEG-Verdrag
 - rechtstreekse werking en voorrang Gemeenschapsrecht
 - Europees Parlement (bevoegdheden)
 - Commissie (bevoegdheden)
 - handelingen van de Instellingen (rechtsgrondslag)
 - handelingen van de Instellingen (werking)
 - handelingen van de Instellingen (motivering)
 - eigen middelen van de Gemeenschap
 - begroting
 - ambtenaren
 - protocol betr. voorrechten en immuniteiten
- Rechtsbescherming
 - beroep wegens niet-nakoming van verdragsverplichtingen
 - beroep tot nietigverklaring
 - niet-contractuele aansprakelijkheid
 - prejudiciële procedure
- EEG-Executieverdrag

3. Vrij verkeer van goederen

– In antwoord op een prejudiciële vraag van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven heeft het Hof in een arrest van 21 september 1989 (zaak 12/88, Schäfer Shop BV t. Minister van Economische zaken) voor recht verklaard dat

1. het protocol betr. de binnenlandse handel van Duitsland en de daarmee samenhangende vraagstukken aldus moet worden uitgelegd, dat het de Lid-Staten verbiedt, maatregelen te treffen die tot gevolg zouden hebben dat de toegang tot hun grondgebied van goederen uit de Bondsrepubliek Duitsland, maar van oorsprong uit de Duitse Democratische Republiek, rechtens of feitelijk volstrekt wordt verhinderd, behalve in het uitzonderlijke geval dat door de wederuitvoer uit de BRD van goederen, van oorsprong uit de

¹ Dit overzicht werd verzorgd door prof. dr. P. Eeckman en assistent H. Vanhees van het Departement Rechten van de U.I.A. Het sluit aan bij de overzichten verschenen in de jaargang 1986-87, 1233, 1283 en 1413, in de jaargang 1987-1988, 449, 1041 en 1073, in de jaargang 1988-89, 553, 585 en 625, en in de jaargang 1989-90, 585-618.

DDR, het economische bestel van een Lid-Staat in zijn geheel zou worden bedreigd;

2. daarentegen het protocol zich niet ertegen verzet dat de Lid-Staten een stelsel van voorafgaande vergunningen invoeren, zelfs wanneer dit een algemeen karakter heeft, mits een dergelijk stelsel in de praktijk het enige passende middel is om zich te weren tegen de verstoringen die voor de economieën van deze Lid-Staten uit de binnenlandse handel van Duitsland kunnen ontstaan;

3. in een dergelijk stelsel de verlening van de invoervergunning evenwel geen discretionair karakter mag hebben, maar het gevolg dat aan iedere aanvraag wordt gegeven, moet worden beoordeeld aan de hand van de werkelijke gevolgen die de voorgenomen invoer voor de betrokken economische sector kan hebben.

— In antwoord op een vraag van de Cour d'appel te Parijs heeft het Hof, in een arrest van 26 oktober 1989 (zaak 212/88, strafzaak t. F. Levy e.a.) voor recht verklaard dat een nationale regeling die de invoer van produkten van herkomst uit een Lid-Staat waar zij in het vrije verkeer zijn en die van oorsprong zijn uit een derde land, afhankelijk stelt van de afgifte van een invoervergunning, een bij art. 30 EEG-Verdrag verboden kwantitatieve beperking vormt, behoudens wanneer de Lid-Staat krachtens art. 115 EEG-Verdrag door de Commissie is gemachtigd de betrokken produkten van de communautaire behandeling uit te sluiten. Bij ontbreken van een dergelijke machtiging kunnen de Lid-Staten niet verlangen dat de importeur m.b.t. de oorsprong van de produkten iets anders aangeeft dan hetgeen hij weet of redelijkerwijs kan weten; zij kunnen op het ontbreken of de onjuistheid van een dergelijke verklaring straffen stellen, maar niet die welke zijn voorzien voor valse aangiften met het oog op het verrichten van verboden importen, zelfs indien de valse aangifte is gedaan met de bedoeling te frauderen. Wanneer een dergelijke machtiging is verleend en binnen de grenzen ervan, kunnen de Lid-Staten op de invoer zonder voorafgaande vergunning dezelfde straffen stellen als op het zonder aangifte importeren van verboden goederen; zij kunnen de importeur verplichten de oorsprong van de ingevoerde produkten aan te geven, en op de niet-nakoming van deze verplichting dezelfde straffen stellen als op het doen van valse aangiften met het oog op het verrichten van verboden importen.

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Gerechtshof te 's-Gravenhage, heeft het Hof, in een arrest van 7 november 1989 (zaak 125/88, strafzaak t. H.F.M. Nijman) voor recht verklaard dat

1. voor de toepassing van richtlijn 79/117 op produkten die niet een of meer van de in de bijlage bij de richtlijn genoemde actieve stoffen bevatten, de rechter van een Lid-Staat niet gehouden is, een nationale wettelijke regeling betr. de handel in en het gebruik van bestrijdingsmiddelen uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van die richtlijn;

2. bij gebreke van een volledige harmonisatie van de betrokken materie op communautair niveau, de art. 30 en 36 EEG-Verdrag er niet aan in de weg staan, dat een nationale wet onder strafbedreiging verbiedt om een niet ingevolge die wet toegelaten bestrijdingsmiddel te verkopen, voorhanden of in voorraad te hebben of te gebruiken;

3. de art. 13, lid 1, en 20 van de vrijhandelsovereenkomst tussen de EEG en het Koninkrijk Zweden er niet aan in de

weg staan, dat een nationale wet onder strafbedreiging verbiedt om een niet ingevolge die wet toegelaten bestrijdingsmiddel te verkopen, voorhanden, of in voorraad te hebben of te gebruiken.

— In antwoord op prejudiciële vragen van de Cwmbran Magistrates' Court van het Verenigd Koninkrijk, heeft het Hof, in een arrest van 23 november 1989 (zaak C-145/88, Torfaen Borough Council t. B & Q PLC, voorheen B & Q (Retail)) voor recht verklaard dat art. 30 EEG-Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat het daarin neergelegde verbod niet van toepassing is op een nationale regeling die verbiedt dat winkels op zondag geopend zijn, indien de invloed op het communautaire handelsverkeer die daarvan eventueel het gevolg zou kunnen zijn, niet beperkender is dan die welke is beoogd in het kader van gelijksoortige regelingen.

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Landgericht Köln, heeft het Hof, in een arrest van 23 november 1989 (zaak C-150/88, KG in Firma Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik Glockengasse nr. 4711 t. Provide) voor recht verklaard dat

1. art. 6, lid 2, sub a, van richtlijn 76/768 van de Raad betr. de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake cosmetische produkten in de weg staat aan een nationale regeling die de kwalitatieve en kwantitatieve vermelding voorschrijft van stoffen die worden genoemd op de verpakking, in de reclame of in de benamingen van cosmetische produkten waarop de richtlijn van toepassing is;

2. art. 6, lid 1, sub a, van de genoemde richtlijn een Lid-Staat verbiedt bij ingevoerde cosmetische produkten die door een in de Gemeenschap gevestigde producent zijn vervaardigd, te bepalen, dat de naam van het in deze Lid-Staat gevestigde bedrijf dat voor het in de handel brengen verantwoordelijk is, op de verpakking, de recipiënt of het etiket moet worden aangegeven.

— Op verzoek van de Commissie overeenkomstig art. 169 EEG-Verdrag heeft het Hof in een arrest van 28 november 1989 (zaak 186/88, Commissie t. Duitsland) vastgesteld dat door de vervoerders van vers vlees van pluimvee stelselmatig te verplichten de goederen vooraf aan te melden teneinde een stelselmatige controle door dierenartsen te verzekeren, Duitsland de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens art. 30 EEG-Verdrag en de richtlijnen 71/118 van de Raad van 15 februari 1971 inzake gezondheidsvraagstukken op het gebied van het handelsverkeer in vers vlees van pluimvee en 83/643 van de Raad van 1 december 1983 ter vereenvoudiging van de fysieke controle en de administratieve formaliteiten bij het goederenverkeer tussen de Lid-Staten. Het Hof verwijst in dit arrest naar zijn arrest van 20 september 1988 (zaak 190/87, Oberkreisdirektor van de Kreis Borken en Vertreter des öffentlichen Interesses bij het Oberverwaltungsgericht van het Land Nordrhein-Westfalen t. Handelssonderneming Moormann BV, *Jur.*, 1988, 4689, *Overzicht R.W.*, 1989-90, 585-586).

— Zie ook het arrest van 5 december 1989 (zaak C-3/88, Commissie t. Italiaanse Republiek) in de rubriek *Overheidsaanbestedingen*.

— In antwoord op een prejudiciële vraag van de Cour de Cassation van het Groothertogdom Luxemburg, heeft het Hof, in een arrest van 7 maart 1990 (zaak C-117/88, Trend Moden Textilhandels GmbH t. HZA Emmerich) voor recht verklaard dat bij onderzoek van de prejudiciële vraag niet

is gebleken dat de geldigheid van de verordeningen nr. 222/77 van de Raad en nr. 223/77 van de Commissie wordt aangetast door het feit dat, behalve in het voorziene uitzonderingsgeval, het communautaire karakter van een goed tegenover de douaneinstanties van de Lid-Staat van bestemming niet kan worden aangetoond door andere bewijsmiddelen dan de vervoersdocumenten T2 of T2L.

— In antwoord op een prejudiciële vraag van de Cour de Cassation van het Groothertogdom Luxemburg, heeft het Hof, in een arrest van 7 maart 1990 (zaak C-362/88, GB-INNO-BM t. Confédération du Commerce Luxembourgeois) voor recht verklaard dat de artt. 30 en 36 EEG-Verdrag aldus moeten worden uitgelegd, dat zij er zich tegen verzetten, dat een nationale wettelijke regeling houdende verbod om in handelsreclame betreffende een bijzondere aanbieding de duur van de aanbieding en de oude prijs te vermelden, wordt toegepast op een in een andere Lid-Staat rechtmatig gevoerde reclameactie.

Cf. arrest van 15 december 1982 (zaak 286/81, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, *Jur.*, 1982, 4575); arrest van 9 december 1981 (zaak 193/80, Commissie t. Italië, *Jur.* 3019); arrest van 12 maart 1987 (zaak 178/84, Commissie t. BRD, *Jur.* 1987, 1227, *Overzicht R.W.*, 1987-88, 1041).

— In antwoord op prejudiciële vragen van de Arrondissementsrechtbank te Maastricht, heeft het Hof, in een arrest van 7 maart 1990 (zaak C-69/88, H. Krantz GmbH & Co t. Ontvanger der Directe Belastingen en Staat der Nederlanden), voor recht verklaard dat art. 30 EEG-Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling krachtens welke de ontvanger der directe belastingen beslag kan leggen op goederen, uitgezonderd voorraden, die zich bevinden bij een belastingplichtige, terwijl die goederen afkomstig zijn en eigendom zijn van een leverancier uit een andere Lid-Staat.

— Op verzoek van de Commissie, overeenkomstig art. 169 EEG-Verdrag, heeft het Hof, in een arrest van 14 maart 1990 (zaak C-137/89, Commissie t. Italië) vastgesteld dat door de importeurs van levende dieren uit andere Lid-Staten te belasten met de kosten van de telegrammen die de met de inspectie aan de grens belaste dierenartsen overeenkomstig de nationale wettelijke regeling aan de bevoegde binnenlandse diergeneeskundige en gezondheidsdiensten zenden, de Italiaanse Republiek de krachtens de artikelen 12 e.v. EEG-Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

— Zie ook het arrest van 20 maart 1990 (zaak C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA t. Unità Sanitaria Locale nr. 2 te Carrara) in de rubriek *Overheidsaanbestedingen*.

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Hof van Beroep te Antwerpen, heeft het Hof, in een arrest van 22 maart 1990 (zaak C-83/89, O.M. en Ministerie van Financiën t. V. Houben) voor recht verklaard dat

1. de art. 9 en 10 EEG-Verdrag aldus moeten worden uitgelegd, dat goederen die uit een derde land in de Gemeenschap zijn ingevoerd, als zich bevindend in het vrije verkeer worden beschouwd, wanneer de invoerformaliteiten zijn verricht en de verschillende rechten zijn voldaan;

2. de gemeenschapsregeling aldus moet worden uitgelegd, dat bij vervoer van niet voor handelsdoeleinden bestemde goederen de verklaring van de reiziger door wie zij worden meegevoerd of van wiens bagage zij deel uitmaken, volstaat om deze goederen als communautaire goederen te

beschouwen. Wel moet de reiziger een document voor intern communautair douanevervoer overleggen, indien op objectieve gronden twijfel bestaat omtrent de juistheid van deze aangifte.

— In antwoord op prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden, heeft het Hof, in een arrest van 2 mei 1990 (zaak C-111/89, Staat der Nederlanden (ministerie van Landbouw en Visserij) t. P. Bakker Hillegom BV) voor recht verklaard dat

1. de artt. 12 en 16 EEG-Verdrag aldus moeten worden uitgelegd, dat vergoedingen geheven voor keuringen van voor export aangeboden planten, verricht ingevolge een internationaal verdrag dat ten doel heeft het vrije verkeer van planten te bevorderen, heffingen met gelijke werking als douanerechten zijn wanneer het bedrag ervan wordt bepaald naar de maatstaf van het gewicht van de planten of de factuurwaarde, ook indien de totale opbrengst van die keuringen niet hoger is dan het totale bedrag van alle aan die keuringen verbonden directe en indirecte kosten. Dit is slechts anders wanneer het bedrag van iedere vergoeding is gerelateerd aan de werkelijke kosten van de concrete keuring naar aanleiding waarvan die vergoeding wordt geheven;

2. de artt. 12 en 16 EEG-Verdrag aldus moeten worden uitgelegd, dat vergoedingen voor veldinspecties, die enkel worden geheven voor de voor export bestemde planten, met uitsluiting van de voor de binnenlandse markt bestemde producten, heffingen van gelijke werking als uitvoerrechten vormen, zelfs indien die inspecties beantwoorden aan vereisten voortvloeiend uit internationale verdragen die enkel exportprodukten betreffen. Dit ware slechts anders indien zou vaststaan dat de voor de binnenlandse markt bestemde produktie geen enkel voordeel bij die inspecties heeft.

— In antwoord op prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden, heeft het Hof, in een arrest van 23 mei 1990 (zaak C-169/89, strafzaak t. Gourmetterie Van den Burg) voor recht verklaard dat art. 36 EEG-Verdrag juncto richtlijn 79/409/EEG van de Raad van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand, aldus moet worden uitgelegd, dat een invoer- en verhandelsverbod niet gerechtvaardigd is t.a.v. een vogelsoort die enerzijds niet voorkomt op het grondgebied van de Lid-Staat die het verbod heeft ingesteld, maar die leeft in een andere Lid-Staat, waar de jacht op die soort zowel volgens genoemde richtlijn als volgens de wetgeving van die andere Lid-Staat is toegestaan, en die anderzijds geen trekvogel is noch een bedreigde soort in de zin van de richtlijn.

— Op verzoek van de Commissie, overeenkomstig art. 169 EEG-Verdrag, heeft het Hof, in een arrest van 5 mei 1990 (zaak C-304/88, Commissie t. België) vastgesteld dat door de invoer van levende dieren afkomstig uit andere Lid-Staten te onderwerpen aan het vereiste van een, eventueel automatisch verleende, voorafgaande machtiging, het Koninkrijk België de krachtens art. 30 EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

— Op verzoek van de Commissie overeenkomstig art. 169 EEG-Verdrag heeft het Hof in een arrest van 19 juni 1990 (zaak C-177/89, Commissie t. Italië) vastgesteld dat de Italiaanse Republiek de krachtens art. 30 EEG-Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door de verhandeling in Italië van voedingsextracten en aanverwante produkten, van dierlijke of plantaardige oorsprong, die in andere Lid-Staten rechtmatig zijn vervaardigd en in de han-

del gebracht, te binden aan beperkende voorwaarden betr. de samenstelling, de aanduiding en de verpakking van de produkten, en door voorts die verhandeling afhankelijk te stellen van een voorafgaande vergunning.

— In antwoord op prejudiciële vragen van de Chelmsford Crown Court, Verenigd Koninkrijk, heeft het Hof, in een arrest van 11 juli 1990 (zaak C-23/89, Quietlynn Ltd en Brian James Richards t. Southend Borough Council) voor recht verklaard dat art. 30 EEG-Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat een nationale regeling die de verkoop van legale sexartikelen in sexwinkels die geen vergunning hebben, verbiedt, geen maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking vormt.

Cf. arrest van 14 juli 1981 (zaak 155/80, Oebel, Jur. 1981, 1993); arrest van 31 maart 1982 (zaak 75/81, Blesgen, Jur. 1982, 1211).

— Op verzoek van de Commissie, overeenkomstig art. 169 EEG-Verdrag, heeft het Hof, in een arrest van 12 juli 1990 (zaak C-128/89, Commissie t. Italië) vastgesteld dat door de invoer van pompelmoezen uit andere Lid-Staten via douanekantoren aan de landzijde te verbieden, de Italiaanse Republiek de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens art. 30 EEG-Verdrag en richtlijn 77/93/EEG van de Raad van 21 december 1976 betr. de beschermende maatregelen tegen het binnenbrengen op het grondgebied van de Lid-Staten van voor planten of plantaardige produkten schadelijke organismen.

4. Vrij verkeer van personen en kapitaal

a. Vrij verkeer van werknemers

— In antwoord op prejudiciële vragen van de Nederlandse Raad van State verklaarde het Hof in een arrest van 27 september 1989 (zaak 9/88, M. Lopes da Veiga t. Staatssecretaris van Justitie) voor recht dat art. 216, lid 1 van de Akte betr. de toetredingsvoorwaarden voor het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek en de aanpassingen van de Verdragen, gevoegd bij het Verdrag tussen de tien oude Lid-Staten van de E.G. en het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek betr. de toetreding van het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek tot de E.E.G. en de E.G.A., getekend op 12 juni 1985, aldus dient te worden verstaan, dat de art. 7 e.v. van Vo nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betr. het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, kunnen worden ingeroepen door een Portugees onderdaan die sedert een vóór de toetreding van Portugal gelegen tijdstip in loondienst werkzaam is aan boord van een onder de vlag van een andere Lid-Staat varende schip en die niet in het bezit is gesteld van een verblijfstitel voor het verrichten van arbeid in loondienst op het grondgebied van die staat, wanneer de arbeidsverhouding een voldoende nauwe aanknoping heeft met het grondgebied van die Lid-Staat. Het Hof verklaarde tevens voor recht dat een Portugees onderdaan die aan deze voorwaarden voldoet, zich kan beroepen op art. 4 van richtlijn 68/360 van de Raad van 15 oktober 1968 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van de werknemers der Lid-Staten en van hun familie binnen de Gemeenschap. Het Hof herinnerde in dit arrest tevens aan zijn constante rechtspraak dat de werknemer het recht van verblijf aan de bepalingen van het gemeenschapsrecht ontleent,

onafhankelijk van de afgifte van een verblijfsvergunning door de bevoegde autoriteiten van de betrokken Lid-Staat, welke immers slechts een zuiver declaratoir karakter heeft.

— Het Hof verklaarde, in antwoord op prejudiciële vragen van het High Court te Dublin, in een arrest van 28 november 1989 (zaak C-379/87, A. Groener t. Minister for Education en City of Dublin Vocational Education Committee (CDVEC)) voor recht dat een vaste volledige betrekking als leraar bij openbare instellingen van beroepsonderwijs een betrekking is waarvoor de vereiste van talenkennis in de zin van art. 3, lid 1, laatste alinea van Vo nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betr. het vrij verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap gerechtvaardigd is, voor zover deze vereiste past in een beleid van bevordering van de nationale taal die tegelijkertijd de eerste officiële taal is, en ze op evenredige en niet discriminerende wijze wordt toegepast. Het Hof stelde in zijn arrest dat het EEG-Verdrag er zich niet tegen verzet dat een beleid wordt gevoerd dat is gericht op de verdediging en de bevordering van de taal van een Lid-Staat, die zowel nationale taal is als eerste officiële taal, doch dat de uitvoering van dit beleid echter geen inbreuk mag maken op een fundamentele vrijheid als het vrije verkeer van werknemers. Derhalve mogen de vereisten voortvloeiend uit maatregelen ter uitvoering van een dergelijk beleid onder geen omstandigheden onevenredig zijn met het nagestreefde doel en mag de wijze van toepassing ervan niet leiden tot discriminatie ten nadele van onderdanen van andere Lid-Staten.

— Zie het arrest van 5 december 1989 (zaak C-114/88, P. Delbar t. Caisse d'Allocations Familiales de Roubaix-Tourcoing (CAF) in de rubriek: *Sociale zekerheid van migrerende werknemers*.

— Zie het arrest van 13 december 1989 (zaak C-322/88, S. Grimaldi t. Fonds voor Beroepsziekten) in de rubriek: *Institutioneel recht — handelingen van de instellingen (werking)*.

— Zie het arrest van 14 december 1989 (zaak C-3/87, Agegate Ltd t. Ministry for Agriculture, Fisheries and Food) in de rubriek: *Landbouw en visserij*.

— Het Hof verklaarde in een arrest van 8 mei 1990 (zaak C-175/88, K. Biehl t. Luxemburgse Administration des contributions), in antwoord op een prejudiciële vraag van de Conseil d'Etat van het Groothertogdom Luxemburg, voor recht dat art. 48, lid 2 EEG-Verdrag eraan in de weg staat dat volgens de belastingwetgeving van een Lid-Staat de belasting die is ingehouden op het loon van een loontrekkende die onderdaan is van een Lid-Staat en die slechts gedurende een deel van het jaar belastingplichtig ingezetene is omdat hij zich in de loop van het belastingjaar in het land vestigt of daaruit vertrekt, definitief aan de schatkist toevalt en niet voor teruggave in aanmerking komt. Het Hof overwoog in zijn arrest dat ook al is het vereiste van een duurzame woonplaats op het nationale grondgebied om eventuele terugbetaling van teveel betaalde belasting te krijgen, onafhankelijk van de nationaliteit van de betrokken belastingplichtige van toepassing, dit toch waarschijnlijk in het bijzonder belastingplichtigen benadeelt die onderdaan zijn van andere Lid-Staten; deze laatsten verlaten immers dikwijls het land in de loop van het jaar of vestigen zich er. Het verlangen de progressie van de belasting te garanderen vormt onvoldoende reden om een nationale bepaling als genoemd te handhaven.

– Zie het arrest van 12 juli 1990 (zaak C-236/88, Commissie t. Frankrijk) in de rubriek *Sociale zekerheid van migrerende werknemers*.

b. Vrijheid van vestiging en dienstverlening

– Antwoordend op prejudiciële vragen van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven verklaarde het Hof in een arrest van 27 september 1989 (zaak 130/88, C.C. van de Bijl t. Staatssecretaris van Economische Zaken) voor recht dat art. 3 van richtlijn 64/427 van de Raad van 7 juli 1964 betr. de overgangsmaatregelen op het gebied van de anders dan in loondienst verrichte werkzaamheden van de be- en verwerkende nijverheid behorende tot de klassen 23-40 van de I.S.I.C. (Industrie en Ambacht) aldus moet worden uitgelegd, dat de zinsnede «daadwerkelijke uitoefening van de betrokken werkzaamheid in een andere Lid-Staat... gedurende (een aantal) achtereenvolgende jaren...» uitsluitend doelt op daadwerkelijke uitoefening van die werkzaamheid gedurende een periode die slechts mag worden onderbroken wegens een (korte) ziekte of (gebruikelijke) vakanties, maar met name niet wegens het uitoefenen van een functie in een andere Lid-Staat, ook al wordt de onderneming in het land van herkomst voortgezet. Het Hof verklaarde tevens voor recht dat indien de bevoegde instantie van de Lid-Staat van ontvangst wordt verzocht om een vergunning voor bedrijfsuitoefening onder overlegging van een krachtens art. 4, lid 2, van de richtlijn 64/427 door de bevoegde instantie van de Lid-Staat van herkomst opgestelde verklaring, zij niet verplicht is de gevraagde vergunning zonder meer te verlenen wanneer de overgelegde verklaring in zoverre een kennelijke onjuistheid bevat als erin wordt verklaard dat de in de richtlijn bedoelde persoon in de Lid-Staat van herkomst gedurende een bepaalde periode werkzaamheden heeft uitgeoefend, terwijl vaststaat dat hij in dezelfde periode werkzaam is geweest op het grondgebied van de Lid-Staat van ontvangst. Tenslotte antwoordde het Hof nog dat de in art. 3, sub b van de richtlijn 64/427 gestelde voorwaarde van een voorafgaande opleiding van ten minste drie jaar, bevestigd door een door de staat erkend getuigschrift of als volwaardig aangemerkt door een bevoegde beroeps- of bedrijfsorganisatie, aldus moet worden begrepen, dat de opleiding kan zijn genoten in een andere Lid-Staat dan die waar de werkzaamheid in de zin van deze bepaling daadwerkelijk is uitgeoefend, en dat in dat geval onder voorafgaande opleiding in de zin van deze bepaling moet worden verstaan een opleiding die in de Lid-Staat waar zij is genoten, toegang tot het beroep geeft.

– Zie het arrest van 5 december 1989 (zaak C 3/88, Commissie t. Italië) in de rubriek *Overheidsaanbestedingen*.

– Het Hof verklaarde in een arrest van 12 december 1989 (zaak C 265/88, Strafzaak tegen L. Messner), in antwoord op een prejudiciële vraag van de Pretura du Volterra, voor recht dat de verplichting, door een Lid-Staat opgelegd aan onderdanen van andere Lid-Staten die van hun recht van vrij verkeer gebruik maken, onder strafbeding voor het geval van niet-nakoming, om binnen drie dagen na hun binnenkomst in het land een verklaring van verblijf af te leggen, niet verenigbaar is met de bepalingen van het gemeenschapsrecht inzake het vrije verkeer van personen. Het Hof verklaarde in zijn arrest, onder verwijzing naar zijn vroegere rechtspraak, dat het gemeenschapsrecht weliswaar het vrije

verkeer van personen tot stand heeft gebracht en aan iedere onder zijn werkingssfeer vallende persoon het recht op toegang tot het grondgebied van de Lid-Staten geeft, doch dat daarmee de Lid-Staten niet de bevoegdheid is ontnomen maatregelen te treffen die hun nauwkeurige kennis moet verschaffen omtrent de migratie naar en binnen het nationale grondgebied, en dat de bevoegde instanties der Lid-Staten de onderdanen van andere Lid-Staten derhalve kunnen verplichten de instanties van de betrokken staat van hun aanwezigheid in kennis te stellen, mits die verplichting geen inbreuk maakt op de regels betreffende het vrije verkeer van personen: dit laatste is evenwel wel het geval wanneer de termijn waarbinnen vreemdelingen hun aankomst moeten melden niet op een redelijke tijdsduur is vastgesteld of de sancties op niet-naleving van deze verplichting onevenredig zijn aan de ernst van de overtreding.

– Antwoordend op een prejudiciële vraag van het Franse Cour de Cassation verklaarde het Hof in een arrest van 13 december 1989 (zaak C-49/89, Vennootschap Corsica Ferries (Frankrijk) t. Direction générale des Douanes françaises (DGD)) voor recht dat vóór de inwerkingtreding van Vo nr. 4055/86 van de Raad van 22 december 1986 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer tussen de Lid-Staten onderling en tussen de Lid-Staten en derde landen, het EEG-Verdrag, en met name de artt. 59, 61, 62 en 84, er zich niet tegen verzetten dat een Lid-Staat ter zake van het gebruik door een schip van haveninstallaties op een tot zijn grondgebied behorend eiland, inschepings- en onschepingsrechten hief van de passagiers wanneer deze kwamen uit of gingen naar havens in een andere Lid-Staat, terwijl deze rechten in het geval van vervoer tussen twee havens op het nationale grondgebied enkel werden geheven ter zake van de inscheping in de op het eiland gelegen haven. Het Hof herinnerde er in zijn arrest aan dat hoewel art. 59 EEG-Verdrag na het verstrijken van de in art. 8 EEG-Verdrag bedoelde overgangsperiode rechtstreeks en onvoorwaardelijk van toepassing is, niettemin moet worden opgemerkt dat ingevolge art. 61, lid 1 EEG-Verdrag het vrij verrichten van de diensten op het gebied van het vervoer wordt geregeld door de bepalingen van de titel betr. het vervoer.

– Zie het arrest van 11 januari 1990 (zaak C-18/89, Strafzaak tegen G. Blanguernon) in de rubriek: *Institutioneel rechtshandelingen van de instellingen (werking)*.

– Het Hof verklaarde in een arrest van 27 maart 1990 (zaak C-113/89, Vennootschap Rush Portuguesa Lda t. Office National d'Immigration (ONI)), in antwoord op prejudiciële vragen van het Tribunal administratif te Versailles, voor recht dat de artikelen 59 en 60 EEG-Verdrag en de artikelen 215 en 216 van de Toetredingsakte van Spanje en Portugal aldus moeten worden uitgelegd dat een in Portugal gevestigde onderneming die in een andere Lid-Staat diensten verricht in de sektor bouwnijverheid en openbare werken, zich kan verplaatsen met haar eigen personeel dat zij voor de duur van het betrokken werk uit Portugal laat overkomen, en dat in een dergelijk geval de autoriteiten van de Lid-Staat op wiens grondgebied het werk moet worden uitgevoerd, de dienstverrichter geen voorwaarden kunnen stellen m.b.t. het ter plaatse aanwerven van arbeiders of het verkrijgen van een werkvergunning voor het Portugese personeel. Het Hof overwoog in zijn arrest o.a. dat het Gemeenschapsrecht zich er niet tegen verzet dat de Lid-Staten hun

wettelijke regeling, of de door de sociale partners gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten, van toepassing verklaren op eenieder die, zelfs tijdelijk, in loondienst op hun grondgebied werkzaam is, ongeacht het land waar de werkgever is gevestigd, en dat het Gemeenschapsrecht de Lid-Staten ook niet verbiedt de passende maatregelen te nemen om deze regels te doen naleven.

5. Communautair douanerecht

a. Gemeenschappelijk douanetarief

— Tijdens de behandelde periode heeft het Hof zich opnieuw in een aantal arresten op verzoek van Nederlandse, Franse en Duitse rechters dienen uit te spreken over de uitlegging van het Gemeenschappelijk Douanetarief (GDT) en over de uitlegging, respectievelijk de geldigheid van diverse daarmee samenhangende reglementaire teksten. Het gaat om de volgende uitspraken: arrest van 13 december 1989 (zaak C-1/89, I, Raab t. HZA Berlin-Packhof); arrest van 8 februari 1990 (zaak C-233/88, Gijs van de Kolk-Douane Expéditeur BV t. Inspecteur der invoerrechten en accijnzen te Amersfoort); arrest van 28 maart 1990 (zaak C-344, SA Erich Wittmann GmbH & Co KG t. HZA Nürnberg-Fürth); arrest van 17 mei 1990 (zaak C-66/89, Directeur général des douanes et des droits indirects t. Société Powerex-Europe); arrest van 12 juli 1990 (zaak C-43/89, Gerlach & Co BV t. Inspecteur der invoerrechten en accijnzen).

b. Douanewaarde

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Bundesfinanzhof heeft het Hof, in een arrest van 28 maart 1990 (zaak C-219/88, Malt GmbH t. HZA Düsseldorf) voor recht verklaard dat

1. Vo nr. 1224/80 van de Raad van 28 mei 1980 inzake de douanewaarde van de goederen, in het bijzonder art. 3, leden 1 en 3, aldus moet worden uitgelegd, dat bij de bepaling van de douanewaarde van rundvlees, ingevoerd uit Argentinië in het kader van Vo nr. 217/81 van de Raad van 20 januari 1981 betr. de opening van een communautair tariefcontingent voor vers, gekoeld of bevroren rundvlees van de posten 02.01 A II a) en 02.01 A II b) van het gemeenschappelijk douanetarief, de bedragen, aan de verkoper boven de prijs van de goederen betaald voor de met het oog op de toepassing van de contingenteringsregeling vereiste echtheidscertificaten, moeten worden geacht deel uit te maken van de douanewaarde;

2. art. 3, lid 4, van Vo nr. 1224/80 aldus moet worden uitgelegd, dat de voor de echtheidscertificaten betaalde bedragen niet zijn te beschouwen als in de Gemeenschap ter zake van de invoer betaalde heffingen.

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Bundesfinanzhof, heeft het Hof, in een arrest van 6 juni 1990 (zaak C-11/89, Unifert Handels GmbH t. HZA Münster) voor recht verklaard dat

1. de prijs, blijkende uit een koopovereenkomst tussen in de Gemeenschap gevestigde personen, kan worden beschouwd als transactiewaarde in de zin van art. 3, lid 1, van Vo nr. 1224/80 van de Raad van 28 mei 1980 inzake de douanewaarde van de goederen;

2. wanneer bij opeenvolgende verkopen van een goed verscheidene werkelijk betaalde of te betalen prijzen voldoen aan de voorwaarden van art. 3, lid 1, van Vo nr. 1224/80, elk van die prijzen door de importeur kan worden gekozen met het oog op het bepalen van de transactiewaarde. Indien de importeur in de aangifte ter vaststelling van de douanewaarde een van die prijzen heeft opgegeven, kan hij, overeenkomstig art. 8, lid 1, van richtlijn 79/695/EEG van de Raad van 24 juli 1979 inzake de harmonisatie van de procedures voor het in het vrije verkeer brengen van goederen, die aangifte niet corrigeren nadat de goederen voor het vrije verkeer zijn vrijgegeven;

3. een afzonderlijk gefactureerde, als «aankoopcommissie» omschreven betaling van de koper aan de verkoper tot de werkelijk betaalde of te betalen prijs van de ingevoerde goederen behoort, in de zin van art. 3, lid 1, van Vo nr. 1224/80;

4. overliggelden (vergoedingen voor het blijven liggen van schepen aan de kade) deel uitmaken van de vervoerkosten in de zin van art. 8, lid 1, sub c, van Vo nr. 1224/80;

5. art. 3, lid 1, van Vo nr. 1224/80 aldus moet worden uitgelegd, dat de werkelijk betaalde of te betalen prijs niet naar evenredigheid moet worden verminderd wanneer tussen de geloste en de gekochte hoeveelheid goederen een verschil wordt geconstateerd dat kleiner is dan de tussen de partijen bedongen gewichtstolerantie en dat verschil niet leidt tot een vermindering van de overeengekomen koopprijs.

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Bundesfinanzhof, heeft het Hof, in een arrest van 6 juni 1990 (zaak C-17/89, HZA Frankfurt am Main-Ost t. Deutsche Olivetti GmbH) voor recht verklaard dat

1. vervoer in container niet is te beschouwen als een «vervoermiddel» in de zin van art. 15, lid 2, sub a, van Vo nr. 1224/80 van de Raad van 28 mei 1980 inzake de douanewaarde van de goederen;

2. wanneer een importeur een totale prijs heeft betaald voor het vervoer tot een plaats die verder binnenwaarts is gelegen dan de plaats van binnenkomst in het douanegebied van de Gemeenschap, waarbij de goederen met verschillende vervoermiddelen zijn vervoerd, de in art. 8, lid 1, sub e-i, van genoemde verordening bedoelde vervoerkosten moeten worden berekend hetzij door van de werkelijk betaalde of te betalen kosten af te trekken de volgens de gebruikelijke tarieven bepaalde kosten van het vervoer binnen het douanegebied van de Gemeenschap, hetzij door rechtstreeks de volgens de gebruikelijke tarieven bepaalde kosten van het vervoer tot de plaats van binnenkomst in het douanegebied van de Gemeenschap vast te stellen. Het staat aan de nationale autoriteiten, het criterium te kiezen waarmee willekeurige en fictieve waarden het best kunnen worden vermeden.

c. Oorsprong van goederen

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Hessische Finanzgericht, heeft het Hof, in een arrest van 13 december 1989 (zaak C-26/88, Brother International GmbH t. HZA Giessen) voor recht verklaard dat

1. de enkele assemblage van geprefabriceerde delen die van oorsprong zijn uit een ander land dan dat van assemblage, volstaat om het aldus verkregen produkt te maken tot een produkt van oorsprong uit het land waar de assemblage heeft plaatsgevonden, mits deze assemblage, vanuit techni-

sch oogpunt en gelet op de omschrijving van het betrokken goed, de bepalende fabricagefase uitmaakt tijdens welke de bestemming van de gebruikte samenstellende delen wordt geconcretiseerd en het betrokken goed zijn specifieke kwalitatieve eigenschappen verkrijgt; indien toepassing van dit criterium niet concludent is, moet worden nagegaan of het geheel van de betrokken assemblageverrichtingen leidt tot een aanmerkelijke toeneming van de handelswaarde af fabriek van het eindproduct;

2. de verplaatsing van de assemblage uit het land waar de samenstellende delen worden vervaardigd, naar een ander land, waar gebruik wordt gemaakt van reeds bestaande fabrieken, op zich niet het vermoeden rechtvaardigt, dat die verplaatsing is geschied met als enig doel de toepasselijke bepalingen te ontduiken, tenzij de inwerkingtreding van de relevante regeling en de verplaatsing van de assemblage in de tijd samenvallen. In dit laatste geval dient de betrokken onderneming te bewijzen dat niet het streven om aan de gevolgen van de betrokken bepalingen te ontkomen, maar een ander redelijk motief ten grondslag ligt aan de beslissing om de assemblage te verrichten in het land van waaruit de goederen zijn uitgevoerd.

d. Ander communautair douanerecht

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Tribunal d'instance te Parijs (1e arr.) heeft het Hof, in een arrest van 9 november 1989 (zaak 386/87, Vennootschap Bessin & Salmon t. Administration des Douanes et Droits Indirects) voor recht verklaard dat

1. de bepalingen van Vo nr. 1430/79 van de Raad van 2 juli 1979 betr. terugbetaling of kwijtschelding van in- of uitvoerrechten geen toepassing kunnen vinden, ingeval een importeur na de inwerkingtreding van de verordening bij de bevoegde autoriteiten van een Lid-Staat een verzoek tot terugbetaling van invoerrechten indient met betrekking tot vóór haar inwerkingtreding voldane rechten;

2. nu een gemeenschapsregeling ter zake van de terugbetaling of kwijtschelding van in- of uitvoerrechten ontbreekt, de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht niet in de weg staan aan nationale wettelijke bepalingen die voor verzoeken tot terugbetaling van ten onrechte geheven douanerechten een verjaringstermijn van drie jaar dwingend voorschrijven.

— Het arrest van 7 maart 1990 (zaak C-117/88, Trend Moden Textilhandels GmbH t. HZA Emmerich) is behandeld in de rubriek *Vrij verkeer van goederen*, supra (Vo nr. 222/77 van de Raad betr. communautair douanevervoer).

— Het arrest van 22 maart 1990 (zaak C-83/89, OM en Ministerie van Financiën t. V. Houben) is behandeld in de rubriek *Vrij verkeer van goederen*, supra (bewijs van communautair karakter van niet voor handelsdoeleinden in de Gemeenschap ingevoerde goederen).

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Bundesfinanzhof, heeft het Hof, in een arrest van 26 juni 1990 (zaak C-64/89, HZA Giessen t. Deutsche Fernsprecher GmbH) voor recht verklaard dat

1. art. 4 Vo nr. 1573/80 van de Commissie van 20 juni 1980 tot vaststelling van de uitvoeringsbepalingen van art. 5, lid 2, van Vo nr. 1697/79 van de Raad inzake navordering van de rechten bij invoer of bij uitvoer die niet van de belasting-schuldige zijn opgeëist voor goederen welke zijn aangegeven

voor een douaneregeling waaruit de verplichting tot betaling van dergelijke rechten voortvloeide, aldus moet worden uitgelegd, dat wanneer het bedrag van de niet-geïnde rechten gelijk is aan of hoger dan 2.000 Ecu, de nationale autoriteiten niet verplicht zijn de Commissie te verzoeken om een uitspraak over de vraag of van navordering van die rechten kan worden afgezien, indien zij van oordeel zijn dat niet is voldaan aan de voorwaarden van art. 5, lid 2, van Vo nr. 1697/79 van de Raad van 24 juli 1979;

2. om te beoordelen of er sprake is van «een vergissing die de belastingschuldige redelijkerwijs niet kon ontdekken» in de zin van art. 5, lid 2, van Vo nr. 1697/79 van de Raad, men met name dient te letten op de aard van de vergissing, de beroepservaring van de betrokken belastingplichtige en de door deze betrachtte zorgvuldigheid. Het staat aan de nationale rechter, op basis van deze uitlegging te beoordelen, of de vergissing die ertoe heeft geleid dat de douanerechten niet zijn geïnd, door de belastingplichtige kon worden ontdekt.

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Finanzgericht te Hamburg, heeft het Hof, in een arrest van 28 juni 1990 (zaak C-80/90, Erwin Behn Verpachungsbedarf GmbH t. HZA Itzehoe) voor recht verklaard dat

1. bij onderzoek van de eerste prejudiciële vraag niet is gebleken van feiten of omstandigheden die de geldigheid kunnen aantasten van de tot de Bondsrepubliek Duitsland gerichte beschikking van de Commissie van 4 november 1985 (waarin de Commissie concludeerde dat het betrokken invoerrecht moest worden nagevorderd);

2. art. 5, lid 1, eerste streepje, van Vo nr. 1697/79 van de Raad van 24 juli 1979 inzake navordering van de rechten bij invoer of bij uitvoer die niet van de belastingschuldige zijn opgeëist voor goederen welke zijn aangegeven voor een douaneregeling waaruit de verplichting tot betaling van dergelijke rechten voortvloeide, aldus moet worden uitgelegd, dat het niet ziet op een nationaal «Gebrauchstarif», waarin de voorschriften van nationaal recht en van gemeenschapsrecht — met name die van het gemeenschappelijk douanetarief — zijn samengebracht.

6. Mededinging

a. Regels voor ondernemingen (art. 85-90 EEG-Verdrag)

aa. Art. 85

— In een arrest van 11 januari 1990 (zaak C-277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA t. Commissie) heeft het Hof het beroep van Sandoz dat in hoofddeorde strekte tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie waarin deze heeft vastgesteld dat Sandoz heeft inbreuk gemaakt op art. 85, lid 1, EEG-Verdrag en de onderneming een boete van 810.000 Ecu heeft opgelegd en in subsidiaire orde tot vermindering van de boete, verworpen wat het primaire verzoek van Sandoz betreft en wat het subsidiaire verzoek betreft het bedrag van de boete verminderd tot Ecu 500.000.

Tot staving van haar primair verzoek voerde Sandoz in de eerste plaats aan dat er geen overeenkomst in de zin van art. 85, lid 1, EEG-Verdrag bestond tussen haar en haar klanten, maar enkel op zichzelf staande koopcontracten. De klanten maakten geen deel uit van een distributienet van Sandoz en de handelsbetrekkingen met haar klanten vielen evenmin onder een standaardovereenkomst. De facturen waarop

«uitvoer verboden» was vermeld, waren, volgens verzoekster, alleen maar eenzijdige boekhoudkundige documenten. Het Hof overwoog, dat de standaard-factuur die Sandoz aan haar klanten zond, behalve genoemde vermelding nog andere zeer omstandige bepalingen bevatte, die voor de beroepshandelaren en de algemene handelsbetrekkingen tussen Sandoz en haar klanten noodzakelijk waren, waardoor deze factuur veel meer was dan een eenvoudig boekhoudkundig document voor intern gebruik van de onderneming. Gelet op de wijze waarop Sandoz te werk ging alvorens een nieuwe klant toe te staan haar producten te verhandelen, was de toezending van facturen waarop was vermeld «uitvoer verboden» niet een eenzijdige gedraging, maar paste dit in het algemene kader van de handelsbetrekkingen die de onderneming met haar klanten onderhield. Het feit dat de afnemers niet protesteerden tegen de in de facturen met genoemde vermelding berekende prijs, was overigens aan te merken, aldus het Hof, als een stilzwijgend akkoord hunnerzijds met de op de factuur vermelde clausules en met het soort handelsbetrekkingen dat ten grondslag lag aan de zakenrelaties tussen Sandoz en haar klanten. M.b.t. het door Sandoz aangevoerd argument van het niet werkzaam zijn naar Italiaans recht (art. 1341 C.C.) herinnert het Hof eraan, onder verwijzing naar zijn arrest van 29 oktober 1980 (gev. zaken 209 tot 215 en 218/78, Van Landewyck t. Commissie, Jur. 1980, 3125) dat voor de toepassing van art. 85, lid 1, EEG-Verdrag toereikend is dat de betrokken clause de wil van de partijen tot uitdrukking brengt, maar dat zij niet een obligatoire en geldige overeenkomst naar nationaal recht behoeft te zijn. M.b.t. het tweede door Sandoz aangevoerde middel, nl. dat de bestreden beschikking ontoereikend was gemotiveerd, daar zij niet de schadelijke invloed van de clause «uitvoer verboden» op de handel tussen de Lid-Staten noemde herinnert het Hof eraan, dat bij toepassing van art. 85, lid 1, op de concrete gevolgen ener overeenkomst geen acht meer behoeft te worden geslagen, wanneer eenmaal is gebleken dat zij ten doel heeft de concurrentie te verhinderen, te beperken of te vervalsen binnen de gemeenschappelijke markt. Op het subsidiaire verzoek om vermindering van de boete wordt door het Hof ingegaan op grond van de overweging dat Sandoz zich reeds in het stadium van de administratieve procedure, in aansluiting op het eerste verzoek om inlichtingen akkoord heeft verklaard om de standaard-factuur te wijzigen en ook daadwerkelijk de clause «uitvoer verboden» op de na 1 januari 1985 verzonden facturen heeft weggelaten.

— In een arrest van 8 februari 1990 (zaak C-279/87, Tipp-Ex GmbH & Co KG t. Commissie) heeft het Hof het beroep verworpen van Tipp-Ex, strekkende tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie waarbij deze vaststelt dat de overeenkomsten en o.a.f.g. tussen Tipp-Ex en haar alleenverkopers in Frankrijk, inzake de stopzetting van verkopen aan afnemers die contractproducten naar andere Lid-Staten doorverkopen, inbreuken vormen op art. 85, lid 1, EEG-Verdrag, de betrokken ondernemingen gelast onverwijld een einde te maken aan de inbreuken en geldboeten oplegt (400.000 Ecu in hoofde van Tipp-Ex).

Als voornaamste middel tot staving van haar beroep, voert de Tipp-Ex schending van art. 85, lid 1 EEG-Verdrag aan. Volgens verzoekster was de haar verweten gedraging een unilaterale maatregel die niet onder de toepassing van die bepaling viel. Het Hof verwijst naar zijn vaste rechtspraak

inzake absolute gebiedsbescherming en stelt vast dat er voor de periode 1979 tot 1981 een mondelinge afspraak heeft bestaan waarbij de onderneming DMI werd erkend als alleenverkoper voor Frankrijk en uit de vaststellingen van de Commissie blijkt dat deze onderneming heeft samengewerkt met Tipp-Ex om, in strijd met art. 85, lid 1 van het Verdrag, wederuitvoer naar de BRD te verhinderen. Wat de jaren 1982 en 1983 betreft stelt het Hof vast dat verzoekster met de onderneming Beiersdorf een erkende-handelarenovereenkomst heeft gesloten waarbij deze zich o.m. verbond het contractspanduct niet te verkopen aan afnemers van wie bekend was dat zij voornemens waren dit product buiten het contractgebied te verkopen.

Een ander middel, aangevoerd door Tipp-Ex, nl. schending van art. 15, lid 2, van Vo nr. 17/62 van de Raad wordt door het Hof eveneens van de hand gewezen. Verwijzend naar zijn vaste rechtspraak en, met name, naar zijn arrest van 11 juli 1989 (zaak 246/86, Belasco t. Commissie, nog niet gepubliceerd; overzicht *R.W.*, 1989-90, 596) overweegt het Hof dat, opdat een inbreuk kan worden beschouwd als opzettelijk te zijn begaan, het niet nodig is dat de onderneming zich al dan niet ervan bewust was het verbod van art. 85 te overtreden en dat toereikend is, dat zij niet ervan onwetend heeft kunnen zijn, dat het verweten gedrag ten doel had de mededinging te beperken.

— Zie ook het hierna in deze rubriek onder art. 86, besproken arrest van het Gerecht van 10 juli 1990 (zaak T-51/89, Tetra Pak Rausing SA t. Commissie).

bb. Art. 86

— In een uitvoerig gemotiveerd arrest van 10 juli 1990 (zaak T-51/89, Tetra Pak Rausing SA t. Commissie) heeft het Gerecht een verhelderende uitspraak gedaan m.b.t. de verhouding tussen de art. 85 en 86 EEG-Verdrag. In dit arrest verwerpt het Gerecht het beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie, waarbij deze heeft vastgesteld dat Tetra Pak, door de verwerving van het exclusieve recht op de licentie die het voorwerp was van een overeenkomst tussen de National Research and Development Council en Novus Corp, een tot de Liquipak-groep behorende vennootschap, door middel van de koop van de Liquipak-groep, inbreuk heeft gemaakt op art. 86 EEG-Verdrag, vanaf het tijdstip van de verwerving tot het tijdstip waarop deze exclusiviteit daadwerkelijk werd beëindigd. De exclusieve licentie waarover het ging en die onder de groepsvrijstelling voor octrooiligenties viel, voorzien in Vo nr. 2349/84 van de Commissie, betrof een nieuw procédé voor de verpakking van lang houdbare melk. De beschikking van de Commissie werd vastgesteld nadat in 1986 een klacht was ingediend door de Noorse groep Elopak die tot aan de verwerving van Liquipak door Tetra Pak met Liquipak samenwerkte om een nieuwe verpakkingsmachine te ontwikkelen, waarin het door de bestreden exclusieve licentie beschermde procédé was verwerkt.

Als middel tot bestrijding van de beschikking van de Commissie heeft Tetra Pak aangevoerd dat deze in strijd was met de artt. 85, lid 3 en 86 EEG-Verdrag in de mate waarin de Commissie een overeenkomst die, in casu, genoot van een groepsvrijstelling in de zin van art. 85, lid 3 in strijd heeft geacht met art. 86.

Tot staving van haar zienswijze heeft Tetra Pak allereerst betoogd, dat daar de artt. 85 en 86 hetzelfde doel hebben,

laatstgenoemde bepaling niet van toepassing is op een krachtens art. 85, lid 3, vrijgestelde gedraging, zolang de Commissie deze vrijstelling niet heeft ingetrokken. Het Gerecht overweegt, dat in het in het Verdrag neergelegde stelsel ter bescherming van de mededinging, een krachtens art. 85, lid 3, verleende individuele of groepsvrijstelling het in art. 86 neergelegde verbod niet buiten werking kan stellen. Dit volgt zowel uit de bewoordingen van art. 85, lid 3, als uit de opzet van de artt. 85 en 86, die autonoom zijn, elkaar aanvullen en in beginsel afzonderlijke situaties onder verschillende regelingen moeten brengen. Zou worden verlangd dat de Commissie, alvorens art. 86 toe te passen, telkens een beschikking tot intrekking van de vrijstelling moet nemen, dan zou dit, gelet op het feit dat de intrekking van de vrijstelling niet terugwerkt, erop neerkomen, dat de vrijstelling op grond van art. 85, lid 3, tegelijkertijd een vrijstelling is van het verbod van misbruik van machtspositie, hetgeen onverenigbaar is met de eigen aard van de bij art. 86 verboden inbreuk.

Verzoekster heeft verder gesteld, dat wanneer de artt. 85 en 86 in het licht van de rechtszekerheid worden uitgelegd, ze meebrengen dat een gedraging die als vrijgesteld in de zin van art. 85, lid 3, wordt beschouwd, niet door art. 86 kan worden verboden. Het evenwicht tussen het garanderen van de rechtszekerheid en het handhaven van een werkzame mededinging zou in deze opvatting kunnen worden bereikt door de bevoegdheid van de Commissie de vrijstelling in te trekken. Hierover merkt het Gerecht op, dat de groepsvrijstelling met name tot doel heeft om de rechtszekerheid van de ondernemingen die partij zijn bij een overeenkomst te garanderen m.b.t. de geldigheid van die overeenkomst t.a.v. art. 85, zolang de Commissie het recht op de groepsvrijstelling niet heeft ingetrokken. Deze vrijstelling ontslaat ondernemingen in een machtspositie echter niet van de verplichting om aan art. 86 te voldoen. Derhalve kan een onderneming niet aanvoeren, dat niet duidelijk is, of art. 86 toepasselijk is, om zo aan het daarin neergelegde verbod te ontkomen.

Ten slotte heeft verzoekster aangevoerd, dat indien art. 86 van toepassing zou zijn op een gedraging waarvoor een groepsvrijstelling geldt, de nationale rechter bevoegd zou zijn een door de Commissie vrijgestelde gedraging op grond van art. 86 te verbieden. Dit zou in strijd zijn met het beginsel van de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht. Dienaangaande overweegt het Gerecht, dat de toepassing van art. 86 op een door een vrijstelling uit hoofde van art. 85, lid 3, gedekte gedraging de beginselen van de voorrang en de eenvormigheid van het gemeenschapsrecht niet in gevaar brengt. Integendeel, wanneer de nationale rechter art. 86 toepast, en met name op een krachtens art. 85, lid 3, vrijgestelde gedraging, treedt hij op in de hoedanigheid van gemeenschapsrechter volgens het gemene recht. In feite past hij dan alleen maar de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht toe, die de verhouding tussen art. 85, lid 3, en art. 86 beheersen. Hieruit volgt dat wanneer een nationale rechter art. 86 toepast op een gedraging die krachtens art. 85, lid 3, is vrijgesteld, de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht ten volle wordt gewaarborgd door de procedure waarbij krachtens art. 177 van het Verdrag prejudiciële vragen om uitlegging kunnen worden gesteld.

— In een arrest van 10 juli 1990 (zaak T-125/89, *Filtrona Espanola t. Commissie*) heeft het Gerecht een beroep ingesteld tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie, waarbij deze *Filtrona's* klacht afwees, die strekte tot vaststelling van een misbruik van machtspositie, wegens laat-tijdigheid niet-ontvankelijk verklaard.

cc. Procedureregels

— In een arrest van 21 september 1989 (gev. zaken 46/87 en 227/88, *Hoechst AG t. Commissie*) heeft het Hof twee beroepen tot nietigverklaring enerzijds van een beschikking van de Commissie betr. een verificatie in de zin van art. 14, lid 3 van Vo nr. 17/62 van de Raad en van een beschikking houdende oplegging van een dwangsom krachtens art. 16 van Vo nr. 17/62 en anderzijds van een beschikking tot bepaling van het definitieve bedrag van de dwangsom, verworpen.

De Commissie, die over informatie beschikte waaruit een vermoeden kon worden afgeleid betr. het bestaan van overeenkomsten of o.a.f.g. inzake vaststelling van prijzen en leveringsquota van PVC en polyethyleen tussen een aantal producenten en leveranciers van deze stoffen in de Gemeenschap, besloot over te gaan tot verificatie bij een aantal ondernemingen waaronder verzoekster, waartoe zij genoemde verificatiebeschikking jegens *Hoechst* nam.

Toen de Commissie trachtte tot de verificatie over te gaan weigerde verzoekster zich daaraan te onderwerpen, waarop de Commissie de beschikking nam waarbij *Hoechst* een dwangsom van Ecu 1000 per dag werd opgelegd. Het Bundeskartellamt, dat krachtens Vo nr. 17/62 (art. 14, lid 6) te hulp was geroepen, had van het Amtsgericht te Frankfurt am Main een huiszoekingsbevel ten behoeve van de Commissie verkregen, die terstond tot bedoelde verificatie is overgegaan. Daarop heeft de Commissie in een derde beschikking het definitieve bedrag van de dwangsom bepaald op 55.000 Ecu.

M.b.t. de verificatiebeschikking voerde verzoekster aan dat zij onwettig was vermits zij de personeelsleden van de Commissie machtigde maatregelen te nemen die zij als huiszoeking bestempelde, die niet waren voorzien in art. 14 van Vo 17/62 en die inbreuk maakten op in het gemeenschapsrecht erkende grondrechten. Zij was voorts van oordeel, dat, wanneer deze bepaling aldus moet worden uitgelegd dat daarin aan de Commissie bevoegdheid tot huiszoeking wordt verleend, zulks onwettig is wegens onverenigbaarheid met de grondrechten en met name, de rechten van de verdediging en de onschendbaarheid van de woning, aangezien de bescherming daarvan verlangt dat geen huiszoeking kan plaats vinden zonder voorafgaand rechterlijk verlof.

Het Hof overweegt eerst dat art. 14 van Vo nr. 17/62 niet dusdanig mag worden uitgelegd dat dit leidt tot resultaten die onverenigbaar zijn met de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, en in het bijzonder met de grondrechten. Het is immers vaste rechtspraak van het Hof, dat de grondrechten een integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen welke eerbiediging het Hof verzekert overeenkomstig de constitutionele tradities welke aan de Lid-Staten gemeen zijn alsmede de internationale wilsverklaringen waaraan de Lid-Staten hebben medegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten.

M.b.t. de rechten van de verdediging overweegt het Hof dat een aantal daarvan betrekking hebben op contradictoire

procedures die volgen op een mededeling van de punten van bezwaar, doch dat andere rechten, bvb. het recht op rechtsbijstand en op de bescherming van het vertrouwelijk karakter van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt, reeds tijdens het vooronderzoek, dus met name bij verificaties, moeten worden gerespecteerd. M.b.t. de vereisten die voortvloeien uit het grondrecht betr. de onschendbaarheid van de woning overweegt het Hof, dat dit recht in de gemeenschappelijke rechtsorde als gemeenschappelijk beginsel van het recht van de Lid-Staten weliswaar kan worden erkend voor de privéwoning van natuurlijke personen, doch niet voor ondernemingen, aangezien de rechtsstelsels van de Lid-Staten aanzienlijke verschillen vertonen m.b.t. het karakter en de omvang van de bescherming van handelslokalen tegen het optreden van overheidsorganen en dat een andere conclusie ook niet kan worden getrokken uit art. 8 van het E.V.R.M. Dit neemt niet weg dat alle rechtsstelsels van de Lid-Staten – zij het in verschillende vorm – een regeling kennen ter bescherming t.a.v. willekeurige of onevenredige overheidsmaatregelen in de particuliere sfeer van natuurlijke of rechtspersonen. De noodzaak van een dergelijke bescherming moet derhalve worden erkend als een algemeen communautair rechtsbeginsel. De aard en de omvang van de krachtens art. 14 van Vo nr. 17 aan de Commissie toekomende bevoegdheden tot verificatie moeten derhalve in het licht van die algemene beginselen worden onderzocht. Onder verwijzing naar zijn arrest van 26 juni 1980 (zaak 136/79, National Panasonic, Jur. 1980, 2033) overweegt het Hof dat de bij art. 14 aan de Commissie toegekende bevoegdheden tot doel hebben haar in staat te stellen de taak te vervullen die haar door het EEG-Verdrag is toevertrouwd, nl. te waken over de naleving van de mededingingsregels in de gemeenschappelijke markt. Volgens de achtste overweging van de verordening moet de Commissie daartoe op het gehele grondgebied van de g.m. over de bevoegdheid beschikken om inlichtingen in te winnen en verificaties te verrichten, voor zover zulks «noodzakelijk» is ten einde inbreuken op de artt. 85 en 86 EEG-Verdrag op te sporen. Zowel de doelstelling van Vo nr. 17 als de in art. 14 van de verordening opgesomde bevoegdheden van de personeelsleden van de Commissie tonen aan, dat de verificaties een zeer ruime draagwijdte kunnen hebben. Het recht alle lokaliteiten, terreinen en vervoermiddelen der ondernemingen te betreden, is daarbij van bijzondere betekenis. Dit recht zou zinloos zijn indien de personeelsleden van de Commissie zich ertoe zouden moeten beperken, de overlegging te vorderen van documenten of dossiers die zij vooraf nauwkeurig hebben kunnen identificeren. Het recht van toegang impliceert juist de mogelijkheid, allerhande informatie op te sporen die nog niet bekend of geheel geïdentificeerd is. Zonder deze mogelijkheid zou de Commissie niet in staat zijn, de voor haar verificatie noodzakelijke inlichtingen in te winnen, wanneer de betrokken ondernemingen hun medewerking weigeren of zich aldus gedragen dat verificatie belemmerd wordt. Art. 14 van Vo nr. 17 verleent de Commissie derhalve ruime onderzoeksbevoegdheden maar aan de uitoefening ervan zijn voorwaarden verbonden om de eerbiediging van de rechten van de betrokken ondernemingen te verzekeren. Die voorwaarden variëren al naar gelang de door haar gekozen procedure, de houding van de betrokken ondernemingen en het optreden van de nationale autoriteiten. Wanneer de Commissie bij de betrokken ondernemingen op verzet stuit zijn

de personeelsleden van de Commissie op grond van art. 14, lid 6, gerechtigd om, zonder medewerking van de ondernemingen, alle voor de verificatie noodzakelijke inlichtingen op te sporen met hulp van de nationale autoriteiten, die hun de bijstand moeten verlenen die zij voor de vervulling van hun opdracht nodig hebben. Wanneer de Commissie met bijstand van de nationale autoriteiten verificatiemaatregelen ten uitvoer legt, is zij gehouden, de dienaangaande in het nationale recht voorziene procedurele waarborgen in acht te nemen en moet zij ervoor waken dat de bevoegde nationale instantie de beschikking krijgt over alle gegevens die zij nodig heeft om het haar toekomende toezicht uit te oefenen. Het Hof komt tot de conclusie dat de maatregelen die de personeelsleden van de Commissie op grond van de bestreden beschikking ten uitvoer mochten leggen, de grenzen van de bevoegdheden waarover zij krachtens art. 14 van Vo nr. 17 beschikten, niet hebben overschreden.

Het middel, door verzoekster aangevoerd, als zou de verificatiebeschikking schending opleveren van art. 190 EEG-Verdrag en art. 14, lid 3 van Vo nr. 17 om reden dat zij onvoldoende precies zou zijn, met name t.a.v. voorwerp en doel van de verificatie wordt door het Hof eveneens van de hand gewezen. Het Hof overweegt vooreerst dat de verplichting van de Commissie, neergelegd in art. 14, lid 3, om voorwerp en doel van de verificatie te vermelden, een fundamentele waarborg vormt voor de rechten van de verdediging. Het Hof komt tot het besluit dat, hoewel de motivering van de beschikking is gesteld in zeer algemene bewoordingen die hadden kunnen worden verduidelijkt en in zoverre onderhevig is aan kritiek, zij niettemin de essentiële gegevens bevat die worden voorgeschreven in art. 14, lid 3 van Vo nr. 17.

Het laatste middel, door verzoekster aangevoerd m.b.t. de verificatiebeschikking, nl. dat de machtigingsprocedure, gevolgd bij het vaststellen van de beschikking, strijdig zou zijn met het beginsel «nulla poena sine lege» wordt eveneens afgewezen door het Hof. Het Hof herinnert vooreerst aan zijn arrest van 23 september 1986 (zaak 5/85, AKZO Chemie t. Commissie, Jur. 1986, 2585; *Overzicht R.W.*, 1987-88, 454) waarin het heeft geoordeeld dat het machtigingsbesluit van de Commissie van 5 november 1980 niet in strijd was met het collegialiteitsbeginsel neergelegd in art. 17 van het Fusieverdrag. Het Hof vervolgt met de overweging dat de voorwaarden waaronder een boete krachtens art. 15 van Vo nr. 17 kan worden opgelegd inderdaad niet kunnen worden gewijzigd bij besluit van de Commissie maar dat genoemd machtigingsbesluit dergelijke wijziging noch ten doel noch ten gevolge heeft gehad en het Hof besluit dat, vermits het stelsel van machtiging voor verificatiebeschikkingen geen inbreuk maakt op het collegialiteitsbeginsel de aldus vastgestelde beschikkingen moeten worden beschouwd als beschikkingen van de Commissie in de zin van art. 15 van Vo nr. 17.

M.b.t. het middel van verzoekster, aangevoerd t.a.v. de beschikking houdende oplegging van een dwangsom, nl. dat bij het nemen ervan wezenlijke vormvoorschriften zouden zijn geschonden doordat de Commissie haar heeft vastgesteld zonder voordien de betrokken onderneming te horen en zonder voorafgaande raadpleging van het adviescomité voor mededingingsregelingen en machtsposities, overweegt het Hof dat aan de verplichting tot het horen van betrokkenen en tot raadpleging van het adviescomité is voldaan wanneer

zij hebben plaats gevonden vóór de definitieve vaststelling van de dwangsom.

M.b.t. de beschikking waarbij het definitieve bedrag van de dwangsom werd vastgesteld voerde verzoekster o.m. aan dat het definitieve bedrag onevenredig was, daar zij zich bij haar optreden uitsluitend had laten leiden door de hogere belangen i.v.m. het waarborgen van een onderzoeksprocedure, die beantwoordt aan de eisen van wettelijkheid en van de constitutionele orde. Het Hof stelt echter vast dat verzoekster iedere vorm van medewerking aan de tenuitvoerlegging van de verificatiebeschikking heeft geweigerd en besluit dat dergelijk optreden onverenigbaar is met de verplichting voor alle rechtssubjecten van de Gemeenschap om de volledige werking van handelingen van de instellingen te erkennen, zolang zij door het Hof van Justitie niet ongeldig zijn verklaard en de uitvoerbaarheid van die handelingen te respecteren zolang het Hof geen opschorting van de tenuitvoerlegging daarvan heeft bevolen.

— In twee arresten van 17 oktober 1989 (zaak 85/87, Dow Benelux NV t. Commissie en gev. zaken 97-99/87, Dow Chemical Ibérica SA e.a. t. Commissie) heeft het Hof beroepen strekkende tot nietigverklaring van beschikkingen van de Commissie betr. een verificatie in de zin van art. 14, lid 3, van Vo nr. 17 van de Raad verworpen. De voornaamste door de verzoekers aangevoerde middelen nl. inbreuk op het grondrecht van onschendbaarheid van de woning en gebrekkige motivering worden op grond van dezelfde overwegingen als die in het Hoechst-arrest van 21 september 1989, door het Hof van de hand gewezen. In beide arresten van 17 oktober 1989 wordt het bijkomend middel als zouden de bestreden beschikkingen onrechtmatig ten uitvoer zijn gelegd, van de hand gewezen op grond van de overweging dat, zo de personeelsleden van de Commissie niet mochten hebben gehandeld overeenkomstig de bevoegdheden die zij aan art. 14 van Vo nr. 17 van de Raad en aan de bestreden beschikkingen ontleen, die omstandigheid niet kan afdoen aan de wettigheid van die beschikkingen. Onder verwijzing naar zijn eerdere jurisprudentie en met name, naar zijn arrest van 8 november 1983 (gev. zaken 96 tot 102, 104, 105, 108 en 110/82, IAZ, Jur. 1983, 3369) overweegt het Hof dat handelingen, verricht nadat een beschikking is gegeven, de geldigheid daarvan niet kan aantasten. M.b.t. het in de zaak 85/87 (Dow Benelux) aangevoerde middel als zou de Commissie een onrechtmatig gebruik hebben gemaakt van inlichtingen betr. een vermoed kartel, die zij had verkregen bij de verificaties bij andere ondernemingen, overweegt het Hof dat tijdens verificaties verkregen inlichtingen ingevolge de art. 20, lid 1, en 14, lid 3, van Vo nr. 17 weliswaar niet mogen worden gebruikt voor een ander doel dan vermeld in de opdracht tot verificatie of de verificatiebeschikking maar dat dit echter nog niet betekent, dat het de Commissie verboden zou zijn, een onderzoeksprocedure in te leiden teneinde gegevens waarvan zij tijdens een eerdere verificatie toevallig kennis heeft gekregen, op hun juistheid te controleren of aan te vullen, zo die gegevens mochten wijzen op het bestaan van met de mededingingsregels van het Verdrag strijdige gedragingen. Een dergelijk verbod zou verder gaan dan noodzakelijk is ter bescherming van de geheimhoudingsplicht en van de rechten van de verdediging, en zou de Commissie derhalve ten onrechte belemmeren in de uitoefening van haar taak, toe te zien op de naleving van de mededingings-

regels binnen de gemeenschappelijke markt en inbreuken op de artt. 85 en 86 EEG-Verdrag op te sporen.

— In twee arresten van 18 oktober 1989 (zaak 374/87, Orkem, voorheen Cdf Chimie SA t. Commissie en zaak 27/88, Solvay & Cie SA t. Commissie) heeft het Hof twee beschikkingen van de Commissie inzake een procedure op grond van art. 11, lid 5, van Vo nr. 17/62 van de Raad gedeeltelijk nietigverklaard. Het Hof achtte het door verzoeksters (naast andere, van de hand gewezen middelen) tot staving van hun beroepen tot nietigverklaring aangevoerde middel gegrond volgens hetwelk de Commissie hen door de beschikking dwong zichzelf te beschuldigen door te erkennen dat zij de mededingingsregels hadden overtreden en voorts andere ondernemingen aan te geven en aldus de rechten van de verdediging had geschonden.

Onder verwijzing naar zijn arrest van 26 juni 1980 (zaak 136/79, National Panasonic, Jur. 1980, 2033) herinnert het Hof er vooreerst aan dat de aan de Commissie door Vo nr. 17/62 verleende bevoegdheden tot doel hebben haar toe te laten de opdracht te vervullen, haar toevertrouwd door het EEG-Verdrag, te waken over de eerbiediging van de mededingingsregels in de gemeenschappelijke markt. De voor de toepassing van de art. 85 en 86 noodzakelijke reglementering, vastgesteld door de Raad, omvat twee opeenvolgende, maar duidelijk onderscheiden procedures, een eerste voorafgaandelijke onderzoeksprocedure en een tweede, contradictoire procedure die aanvangt met de mededeling van de punten van bezwaren. M.b.t. eerstgenoemde procedure heeft Vo nr. 17/62 de Commissie ruime onderzoeksbevoegdheden verleend en de ondernemingen de verplichting opgelegd hun medewerking aan de onderzoeksmaatregelen te verlenen. Tijdens deze procedure kent Vo nr. 17/62 aan de onderneming, voorwerp van het onderzoek, slechts zekere, specifieke waarborgen toe. Vo nr. 17/62 kent echter de onderneming, voorwerp van een onderzoeksmaatregel geen enkel recht toe zich te onttrekken aan de uitvoering van die maatregel om reden dat het resultaat ervan het bewijs zou kunnen leveren van een inbreuk op de mededingingsregels. Zij legt integendeel een verplichting van actieve medewerking op die inhoudt dat de onderneming alle gegevens ter beschikking van de Commissie dient te houden die betrekking hebben op het voorwerp van het onderzoek. Gezien de afwezigheid van een uitdrukkelijk door Vo nr. 17/62 erkend recht van stilzwijgen, past het, aldus het Hof, na te gaan of, en in welke mate, de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht waarvan de fundamentele rechten een integrerend deel uitmaken en in het licht waarvan alle teksten van gemeenschapsrecht dienen uitgelegd, de erkenning opleggen van een recht niet de informatiegegevens te verstrekken, van aard te worden gebruikt om, ten laste van degene die ze verstrekt, het bestaan te bewijzen van een inbreuk op de mededingingsregels. Na onderzoek van het recht van de Lid-Staten en de verdragen inzake fundamentele rechten komt het Hof tot het besluit dat alleen het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten van 19 december 1966 in art. 14, lid 3, het recht erkent niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of zijn schuld te bekennen maar dat die bepaling slechts personen beoogt, beschuldigd van een strafrechtelijke inbreuk in het kader van een gerechtelijke vervolging en bijgevolg vreemd is aan het domein van onderzoeksprocedures op het gebied van het mededingingsrecht. Het past echter, aldus het Hof, na te gaan

of zekere beperkingen van de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie tijdens het voorafgaandelijk onderzoek niet voortvloeien uit de noodzaak de eerbiediging te verzekeren van de rechten van de verdediging die het Hof heeft beschouwd als een fundamenteel beginsel van de communautaire rechtsorde in zijn arrest van 9 november 1983 (zaak 322/82, Michelin, Jur. 1983, 3461). Onder verwijzing naar het Hoechst-arrest van 21 september 1989 (zie hoger) overweegt het Hof dat, indien het waar is dat de rechten van de verdediging dienen geëerbiedigd in het kader van administratieve procedures die kunnen leiden tot sancties, moet worden vermeden dat die rechten onherstelbaar in het gedrang worden gebracht in het kader van een voorafgaand onderzoek dat van beslissende aard kan zijn voor het leveren van het bewijs van de onrechtmatigheid van gedragingen van ondernemingen, waarvoor deze aansprakelijk kunnen worden gesteld. Indien bijgevolg sommige rechten van de verdediging slechts de contradictoire procedures betreffen die volgen op de mededeling van de punten van bezwaar, moeten andere reeds tijdens het stadium van het voorafgaandelijk onderzoek worden geëerbiedigd. Zo mag de Commissie een onderneming niet de verplichting opleggen antwoorden te geven waardoor zij het bestaan zou toegeven van een inbreuk, waarvan de Commissie het bewijs moet leveren. In het licht van deze criteria, beoordeelt het Hof vervolgens de vragen waarop de Commissie verzoekster bij de bestreden beschikkingen verplichtte te antwoorden en komt m.b.t. een drietal vragen tot het besluit dat de Commissie, doordat zij de betrokken ondernemingen verplichtte een inbreuk op art. 85 EEG-Verdrag toe te geven de rechten van de verdediging van verzoeksters heeft geschonden. De beschikkingen worden, in die mate, door het Hof nietigverklaard.

– Zie ook het arrest van 8 februari 1990 (zaak C-279/87, Tipp-Ex GmbH & Co KG t. Commissie) in deze rubriek onder art. 85.

– In een arrest van 10 juli 1990 (zaak T-64/89, Automec s.r.l. t. Commissie) heeft het Gerecht een beroep strekkend tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie, op haar verzoek niet-ontvankelijk verklaard. In genoemde beschikking die volgens verzoekster was vervat in een brief van de Commissie zou deze afwijzend hebben beschikt op het verzoek van Automec tot vaststelling dat BMW Italië en BMW AG art. 85 hebben geschonden, door hun weigering Automec met auto's en reserveonderdelen van BMW te bevoorraden en haar het gebruik van de merken van BMW in Italië toe te staan, ondanks het feit dat BMW in Italië een selectief distributiestelsel heeft ingevoerd en verzoekster aan de kwaliteitscriteria voldeed om als dealer te worden erkend. De Commissie heeft o.m. aangevoerd, dat de bestreden mededeling niet als een eindbeschikking van de Commissie kan worden beschouwd en dat uit de strekking van genoemde brief en vooral uit het ontbreken van iedere verwijzing naar art. 6 van Vo nr. 99/63 van de Commissie zou blijken dat deze brief alleen maar beoogde, de eerste reactie van haar diensten ter kennis van verzoekster te brengen.

Het Gerecht merkt op, dat bij onderzoek van de brief van de Commissie is gebleken, dat deze niet uitdrukkelijk meedeelt dat Automec's klacht wordt afgewezen en dat besloten is het dossier te sluiten. Deze brief geeft Automec niet de in art. 6 van Vo nr. 99/63 voorziene termijn waarbinnen zij haar opmerkingen kan inzenden, en bevat niet de elementen die volgens de rechtspraak van het Hof kenmerkend zijn

voor afwijzende beschikkingen in de derde fase van de procedure waarin klachten uit hoofde van art. 3, lid 2, van Vo nr. 17/62, waarnaar art. 6 van Vo nr. 99/63 verwijst, worden onderzocht. Om deze reden stelt het Gerecht vast, dat de betwiste brief een mededeling is van voorafgaande opmerkingen in de eerste fase van de in art. 6 van Vo nr. 99/63 bedoelde procedure, waardoor verzoeksters processuele rechten niet kunnen worden geschaad, en die derhalve niet als een voor beroep vatbare handeling kan worden beschouwd. Wel is het Gerecht van oordeel dat de reactie van de Commissie in antwoord op verzoeksters klacht dubbelzinnig was en twijfel kon doen rijzen over het rechtskarakter ervan. Hiermee houdt het Gerecht rekening in zijn beslissing over de kosten.

b. Steunmaatregelen

– In een arrest van 14 februari 1990 (zaak C-301-87, Frankrijk t. Commissie) heeft het Hof het beroep van de Franse Republiek verworpen, strekkende tot nietigverklaring van beschikking 87/585 van de Commissie van 15 juli 1987 waarin deze vaststelt, dat de door de Franse regering aan compagnie Boussac Saint Frères verleende bijstand, in de vorm van ingebracht kapitaal, tegen verlaagde rente verstrekte leningen en vermindering van sociale lasten, met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregelen zijn als bedoeld in art. 92, lid 1 EEG-Verdrag, dat zij onrechtmatig zijn, omdat zij in strijd met art. 93, lid 3, EEG-Verdrag zijn verleend en niet krachtens art. 92, lid 3, EEG-Verdrag als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kunnen worden beschouwd en waarin de Commissie voorts de gedeeltelijke terugbetaling van de verleende steun verlangt.

De door de Franse regering tot staving van haar beroep aangevoerde middelen, die alle door het Hof worden van de hand gewezen, waren ontleend aan schending van de procedureregels van art. 93 EEG-Verdrag, ontoereikende motivering van de bestreden beschikking, verkeerde toepassing van art. 92 EEG-Verdrag en schending van het evenredigheidsbeginsel.

Het Hof gaat in zijn overwegingen eerst in op een door de Commissie gesteld probleem. De Commissie was namelijk van oordeel dat, aangezien zij niet vooraf van de voorgenomen maatregelen in kennis was gesteld en gezien de door het Hof aan art. 93, lid 3, laatste zin, toegekende rechtstreekse werking, de niet-nakoming van deze bepaling op zichzelf reeds de onwettigheid van de steunmaatregelen meebrengt tengevolge waarvan ieder onderzoek ten gronde overbodig zou zijn en de Commissie terugbetaling van de verleende steun zou mogen gelasten. De door de Franse regering geformuleerde grieven m.b.t. de verkeerde toepassing van art. 92 EEG-Verdrag zouden dan ook niet, aldus de Commissie, door het Hof in aanmerking behoeven te worden genomen. Na een uitvoerige ontleding van het in de artt. 92 en 93 neergelegde systeem van toezicht op de steunmaatregelen overweegt het Hof dat de Commissie de bevoegdheid heeft om, wanneer zij vaststelt dat een steunmaatregel is ingevoerd of gewijzigd, zonder dat daarvan kennis is gegeven, de betrokken Lid-Staat te gelasten onmiddellijk de betaling van de steun op te schorten en de Commissie alle documenten, inlichtingen en gegevens te verstrekken die nodig zijn om de verenigbaarheid van deze steunmaat-

regel met de gemeenschappelijke markt te onderzoeken. De Commissie beschikt over dezelfde bevoegdheid in geval zij van de steunmaatregel is in kennis gesteld maar de betrokken Lid-Staat, zonder de uitkomst van de in art. 93, lid 2 en 3 voorziene procedure af te wachten, in strijd met het in lid 3 van die bepaling voorziene verbod, overgaat tot de tenuitvoerlegging van de steunmaatregel. Wanneer de Lid-Staat geheel aan het bevel van de Commissie voldoet, is deze gehouden, overeenkomstig art. 93, lid 2 en 3, EEG-Verdrag, te onderzoeken of de steunmaatregel met de g.m. verenigbaar is. Het Hof stelt vast, dat, in casu, de Commissie, zij het subsidiair, de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de g.m. heeft onderzocht en komt tot het besluit dat dit onderzoek derhalve voorwerp kan zijn van het onderhavige geding.

M.b.t. de toepassing van art. 92 heeft de Franse regering in de eerste plaats gesteld dat het ingebrachte kapitaal, de tegen verlaagde rente verstrekte leningen en de vermindering van sociale lasten niet waren te beschouwen als steun daar zij de betrokken onderneming op normale marktvoorwaarden waren verleend en zij gelijk liepen met particuliere investeringen. Het Hof overweegt dat het hiervoor relevante criterium, dat in de beschikking is vermeld en dat door de Franse regering overigens niet wordt bestreden, is of de betrokken onderneming de nodige bedragen op de kapitaalmarkt had kunnen verkrijgen. Het Hof stelt vast dat blijkens het dossier de financiële positie van de onderneming zodanig was, dat een aanvaardbare rentabiliteit van de investeringen binnen redelijke tijd niet mocht worden verwacht en zij, gezien haar ontoereikende zelffinanciering niet in staat zou zijn geweest de nodige gelden op de kapitaalmarkt bijeen te brengen, zodat de inbreng van kapitaal staatssteun was in de zin van art. 92, lid 1, EEG-Verdrag. Hetzelfde geldt, aldus nog het Hof, voor de laagrentende leningen en de vermindering van de sociale lasten, omdat zij voor de betrokken onderneming een verlichting van de kosten betekenden, die normaal ten laste van haar eigen financiële middelen zouden zijn gekomen en zij aldus hebben verhinderd dat de op de markt werkzame krachten hun normale gevolgen hadden. Ook het betoog van de Franse regering als zou de betwiste financiële steun het handelsverkeer niet ongunstig beïnvloeden en de mededinging niet vervalsen of dreigen te vervalsen wordt op grond van de in de beschikking van de Commissie vervatte feitelijke gegevens van de hand gewezen door het Hof dat tot het besluit komt dat de overwegingen van de Commissie, in hun samenhang genomen, de slotsom rechtvaardigen dat de verleende steun onwettig was.

Het subsidiair argument van de Franse regering als zou de verleende steun op grond van art. 92, lid 3, sub a en c, EEG-Verdrag met de g.m. verenigbaar zijn wordt eveneens afgewezen door het Hof, dat bvb. m.b.t. art. 92, lid 3, sub a, overweegt dat kan worden volstaan met de opmerking, dat de gebieden waar de produktie-eenheden van de betrokken onderneming zijn gelegen geen streken zijn waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst.

Cf. de twee arresten van 10 juli 1986 (zaak 234/84, België t. Commissie, Jur. 1986, 2263; *Overzicht R.W.*, 1986-87, 1295 en zaak 40/85, België t. Commissie, Jur. 1986, 2321; *Overzicht R.W.*, 1986-87, 1295).

– In een arrest van 21 februari 1990 (zaak C-74/89, Commissie t. België) heeft het Hof op verzoek van de Commissie, overeenkomstig art. 93, lid 2, tweede alinea, EEG-Verdrag vastgesteld, dat door niet te voldoen aan beschikking nr. 84/111 van de Commissie van 30 november 1983 inzake een steunvoornemen van de Belgische regering ten gunste van een kunstvezelproducerende onderneming, het Koninkrijk België een krachtens het EEG-Verdrag op hem rustende verplichting niet is nagekomen.

Bij die beschikking stelde de Commissie vast, dat de steun die de Belgische regering in de vorm van een meerderheidsdeelneming aan een kunstvezelproducerende onderneming wilde toekennen, onverenigbaar met de g.m. in de zin van art. 92 EEG-Verdrag was en beschikte zij, dat de op de eerste fase van het project betrekking hebbende steun ongedaan diende te worden gemaakt en dat de op de tweede fase van het project betrekking hebbende steun niet diende te worden toegekend. De Belgische regering heeft de haar door de Commissie verweten tekortkoming niet bestreden en heeft de vertraging waarmee de beschikking is uitgevoerd verklaard door het feit dat ten gevolge van de op 1 januari 1989 ingevoerde regionalisering de bevoegdheid op dit gebied van de Staat is overgegaan op het Vlaamse gewest. Het Hof overweegt, dat dienaangaande kan worden volstaan met de vaststelling dat het vaste rechtspraak van het Hof is, dat een Lid-Staat zich ter rechtvaardiging van de niet-eerbiediging van verplichtingen die uit het gemeenschapsrecht voortvloeien, niet ten exceptieve, op nationale bepalingen, praktijken of toestanden kan beroepen.

– Zie ook het arrest van 20 maart 1990 (zaak C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA t. Unità Sanitaria Locale nr. 2 te Carrera) in de rubriek *Overheidsaanbestedingen*.

– In een arrest van 21 maart 1990 (zaak C-142/87, België t. Commissie), heeft het Hof het beroep van het Koninkrijk België verworpen, strekkende tot nietigverklaring van beschikking 87/507 van 4 februari 1987 van de Commissie, houdende vaststelling dat de door België aan de onderneming Tubemeuse verleende financiële steun van ongeveer 12 miljard BF in de vorm van kapitaalverhoging, obligatieleningen en omzetting van gegarandeerde leningen in kapitaal onwettig was wegens niet-inachtneming van art. 93, lid 3, EEG-Verdrag en onverenigbaarheid met art. 92 EEG-Verdrag, en derhalve langs de weg van terugvordering moest worden ingetrokken.

Een exceptie van niet-ontvankelijkheid m.b.t. het door de Belgische regering aangevoerde middel dat de financiële steun gerechtvaardigd was op grond van art. 92, lid 3, sub a en c, EEG-Verdrag waarop de Commissie zich beriep werd door het Hof van de hand gewezen. De Commissie was van oordeel, dat zelfs wanneer de steun inhoudelijk verenigbaar was met de g.m., dit de onwettigheid niet kon verhelpen aangezien de steun in strijd met art. 93, lid 3, vóór de beëindiging van de op grond van deze bepaling ingeleide procedure was verleend. Het Hof verwijst naar wat het dienaangaande in zijn arrest van 14 februari 1990 (zaak 301/87, Frankrijk t. Commissie, supra) heeft overwogen.

M.b.t. het door België aangevoerde middel dat de betwiste financiële bijdrage niet het karakter van steun in de zin van art. 92, lid 1 EEG-Verdrag had verwijst het Hof naar zijn vaste rechtspraak en in het bijzonder naar zijn arresten van 14 november 1984 (zaak 323/82, Intermills t. Commissie, Jur. 1984, 3809) en van 13 maart 1985 (gev. zaken 296 en

318/82, Nederland en Leeuwarder Papierwarenfabriek t. Commissie, Jur. 1985, 809) volgens dewelke de deelname van de overheid in het kapitaal van ondernemingen, onder welke vorm dan ook, een steunmaatregel kan zijn wanneer de voorwaarden bedoeld in art. 92 van het Verdrag zijn vervuld. Voor het beantwoorden van de vraag of een maatregel het karakter van steunmaatregel heeft is het relevante criterium of de betrokken onderneming de bedoelde bedragen op de kapitaalmarkt had kunnen verkrijgen. Het Hof stelt vast, dat uit de stukken niet blijkt dat de mening van de Commissie onjuist was dat de rentabiliteitsverwachtingen van Tubemeuse particuliere investeerders onder de normale voorwaarden van een markteconomie niet konden aanzetten tot bedoelde financiële operaties en dat het onwaarschijnlijk was dat Tubemeuse op de kapitaalmarkt de voor haar voortbestaan benodigde bedragen kon vinden.

Het betoog van België dat zelfs wanneer de litigieuze bijdrage een steunmaatregel vormde, het ging om steun bij uitvoer, vermits Tubemeuse 90% van haar productie naar derde landen exporteert en dus onder art. 112 EEG-Verdrag viel, hetgeen de toepassing van de artt. 92-94 zou uitsluiten wordt eveneens afgewezen door het Hof op grond van de overweging dat art. 112 EEG-Verdrag de toepassing van de artt. 92-94 niet uitsluit. Het Hof overweegt tevens dat de Commissie niet ten onrechte heeft geoordeeld dat de verleende steun van aard was het handelsverkeer tussen de Lid-Staten te beïnvloeden en de mededinging te vervalsen.

Ook de stelling van de Belgische regering dat voor de betwiste steun de uitzondering van art. 92, lid 3, sub a en c had moeten gelden wijst het Hof van de hand en overweegt dat de Commissie op dit gebied over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt terwijl de Belgische regering er zich toe heeft beperkt, de motivering van de bestreden beschikking in het algemeen te betwisten zonder elementen aan te voeren waardoor twijfel ontrent dat oordeel kon ontstaan. Andere door het Hof afgewezen argumenten van de Belgische regering waren de onmogelijkheid van onmiddellijke uitvoering van de beschikking (gezien de boedelafstand die Tubemeuse t.b.v. haar schuldeisers had gedaan) en het onevenredig karakter van de opgelegde verplichting.

— Zie ook het arrest van 22 maart 1990 (zaak C-347/87, Triveneta Zuccheri SpA e.a. t. Commissie) in de rubriek *Rechtsbescherming — nietigheidsberoep*.

— In een arrest van 12 juli 1990 (zaak C-169/84, Société Cdf Chimie et Fertilisants SA en Société chimique de la Grande Paroisse (SCGP) heeft het Hof de bij brief van 24 april 1984 van de Commissie aan verzoeksters ter kennis gebrachte beschikking van de Commissie van 17 april 1984, waarbij zij de krachtens art. 93, lid 2, EEG-Verdrag ingeleide procedure m.b.t. de tariefstructuur van de aardgasprijzen in Nederland heeft beëindigd, nietig verklaard. In zijn arrest van 28 januari 1986 (zaak 169/84, COFAZ e.a. t. Commissie, Jur. 1986, 391; overzicht R.W., 1986-87, 1293) had het Hof het beroep van de Franse ondernemingen tot nietigverklaring van deze beschikking die tot Nederland was gericht, ontvankelijk verklaard. Deze beëindigingsbeschikking was door de Commissie vastgesteld nadat de Nederlandse regering haar had meegedeeld dat de Gasunie de omstreden tariefstructuur had afgeschaft en aan haar industriële tariefstructuur een nieuw tarief, het zogenaamde «F»-tarief voor in Nederland gevestigde grote industriële gebruikers had toegevoegd en zij tot het besluit was gekomen dat het

nieuwe tariefstelsel van de Gasunie verenigbaar was met de g.m. Tegen deze beëindigingsbeschikking hebben verzoeksters aangevoerd dat de Commissie bij de vaststelling ervan essentiële feiten kennelijk verkeerd heeft beoordeeld. Deze verkeerde beoordeling bleek met name, volgens verzoeksters, uit de conclusie van de Commissie dat het «F»-tarief deel uitmaakt van de Nederlandse algemene tariefstructuur voor binnenlandse gebruikers, dat dit tarief geen enkele sectoriële specificiteit heeft en dat het zijn rechtvaardiging vindt in de omvang van de besparingen die leveranciers aan zeer grote gebruikers de Gasunie bieden. Het Hof, dat een deskundigenonderzoek gelastte, kwam tot het besluit dat wat de laatstgenoemde twee punten betreft, de grieven van verzoeksters gegrond waren. Het Hof overwoog o.m. dat de Commissie, door te stellen dat het prijsverschil van 5 cent/m³ tussen het «E» en het «F» tarief beantwoordde aan het verschil in kostprijs van de geleverde diensten een kennelijke vergissing had begaan in de beoordeling van de feiten.

— Zie het arrest van 12 juli 1990 (zaak C-35/88, Commissie t. Griekenland) in de rubriek: *Landbouw en visserij*.

7. Overheidsaanbestedingen

— Op verzoek van de Commissie, overeenkomstig art. 169 EEG-Verdrag, heeft het Hof, in een arrest van 5 december 1989 (zaak C-3/88, Commissie t. Italiaanse Republiek) vastgesteld dat door de mogelijkheid om contracten te sluiten voor het opzetten van systemen voor automatische informatieverwerking voor rekening van de overheid, voor te behouden aan vennootschappen waarvan alle of de meerderheid van de aandelen al dan niet rechtstreeks in handen zijn van de staat of de overheidssector, de Italiaanse Republiek de krachtens de artt. 52 en 59 EEG-Verdrag en richtlijn 77/62 van de Raad van 21 december 1976 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

M.b.t. het middel door de Commissie ontleend aan de schending van de artt. 52 en 59 heeft de Italiaanse regering betoogd dat de omstreden regeling geen onderscheid maakt naar de nationaliteit van de vennootschappen. Het Hof stelt vast dat de omstreden regeling weliswaar zonder onderscheid geldt voor Italiaanse of buitenlandse vennootschappen, maar in wezen Italiaanse vennootschappen begunstigt vermits er, zoals door de Commissie opgemerkt, op dit moment op het gebied van de informatieverwerking geen vennootschappen van andere Lid-Staten bestaan, waarvan het kapitaal geheel of in meerderheid in handen is van de Italiaanse staat. T.a.v. het argument van de Italiaanse regering, dat de overheid toezicht moet kunnen houden op de uitvoering van de contracten en, met name in strategische sectoren, waar gegevens van vertrouwelijke aard worden behandeld zich moet kunnen wenden tot een onderneming die haar volste vertrouwen geniet, merkt het Hof op dat de Italiaanse regering over de nodige rechtsmiddelen beschikt om te bereiken dat de uitvoering van de contracten kan worden aangepast aan onvoorziene omstandigheden en strookt met het algemeen belang en dat deze regering ter bescherming van de vertrouwelijkheid van de betrokken gegevens maatregelen had kunnen treffen die de vrijheid van vestiging en de vrije dienstverlening minder beperken dan de omstreden regeling, met name door het personeel van de betrokken vennootschappen een geheimhoudingsplicht op te leggen, waarvan de schending met strafsancities zou kunnen worden

bedreigd. Ook het verweer van de Italiaanse regering als zouden de voor het functioneren van de systemen van informatieverwerking noodzakelijke werkzaamheden, wegens hun vertrouwelijk karakter, werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in de zin van art. 55 EEG-Verdrag en, gelet op hun doel en op het vertrouwelijk karakter van de verwerkte gegevens, onder de Italiaanse openbare orde in de zin van art. 56, lid 1 EEG-Verdrag vallen wordt door het Hof van de hand gewezen.

M.b.t. de door de Commissie aan Italië verweten schending van richtlijn nr. 77/62 van de Raad inzake de coördinatie van de procedures betr. overheidsopdrachten voor leveringen heeft de Italiaanse regering o.m. betoogd, dat de aankoop van apparatuur die nodig is voor het opzetten van een systeem voor automatische informatieverwerking niet te scheiden is van het ontwerpen en het beheer van dit systeem. Deze onderlinge samenhang zou derhalve verlangen dat de gehele verantwoordelijkheid voor het opzetten van dergelijk systeem aan één enkele vennootschap werd toevertrouwd zodat om die reden, en gelet op het feit dat de apparatuur bij het opzetten van een systeem voor automatische informatieverwerking een bijkomstig element is, de richtlijn toepassing zou missen. Het Hof overweegt dat de aankoop voor het opzetten van dergelijk systeem kan worden gescheiden van het ontwerpen en het beheer ervan. De Italiaanse regering had zich voor het ontwerpen van dergelijke systemen kunnen wenden tot in het vervaardigen van soft-ware gespecialiseerde bedrijven en bij de aankoop van de apparatuur die aan de door deze bedrijven vastgestelde specificaties voldeed, de richtlijn kunnen naleven. Bijkomende argumenten als zouden de betwiste opdrachten voor levering onder diverse vrijstellings- en afwijkingsbepalingen vallen, voorzien in art. 6, lid 1 van de richtlijn worden eveneens afgevoerd door het Hof.

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Tribunale amministrativo regionale della Toscana, heeft het Hof, in een arrest van 20 maart 1990 (zaak C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA t. Unita Sanitaria Locale nr. 2 te Carrera (USL)*) voor recht verklaard dat

1. art. 30 EEG-Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat het zich verzet tegen een nationale regeling die een percentage van overheidsopdrachten voor leveringen voorbehoudt aan ondernemingen die in bepaalde delen van het nationale grondgebied zijn gevestigd;

2. de omstandigheid dat een nationale regeling zou kunnen worden aangemerkt als een steunregeling in de zin van art. 92 van het Verdrag, ze niet onttrekt aan het verbod van art. 30 van het Verdrag.

De door de nationale rechter gestelde vragen waren gerezen in een geding over de voorwaarden voor overheidsopdrachten voor leveringen van röntgenfilm en -vloeistof en in het bijzonder over de in de aanbesteding overeenkomstig de Italiaanse wetgeving opgenomen bijzondere aanbestedingsvoorwaarden waarbij de te leveren goederen werden verdeeld in twee kavels waarvan er één, gelijk aan 30% van de totale levering, werd voorbehouden aan in Zuid-Italië gevestigde ondernemingen. Een eerste vraag strekte ertoe te vernemen of art. 30 EEG-Verdrag zich verzet tegen een nationale regeling die een percentage van overheidsopdrachten voor leveringen voorbehoudt aan ondernemingen die in bepaalde delen van het nationale grondgebied zijn gevestigd. Het Hof overweegt dat een dergelijke regeling producten

begunstigt die in bepaalde delen van een Lid-Staat zijn verwerkt, doch de betrokken overheidsinstanties belet in een gedeelte van hun behoeften te voorzien door leveringen van in andere Lid-Staten gevestigde ondernemingen. Onder deze omstandigheden moet worden vastgesteld, dat de producten van oorsprong uit andere Lid-Staten worden gediscrimineerd ten gunste van in bedoelde Lid-Staat vervaardigde producten en dat zulks een belemmering vormt voor het normale intracommunautaire handelsverkeer. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit, dat de beperkende gevolgen van een dergelijk voorkeursregime verhoudingsgewijs even groot zijn voor producten vervaardigd door ondernemingen van de betrokken Lid-Staat die niet gevestigd zijn in de streek waarvoor de voorkeursregeling geldt als voor de producten die zijn vervaardigd door in andere Lid-Staten gevestigde ondernemingen. Een tweede vraag strekte ertoe te vernemen of de omstandigheid dat de betrokken regeling eventueel kan worden aangemerkt als een steunregeling in de zin van art. 92 EEG-Verdrag, deze kan onttrekken aan het verbod van art. 30 EEG-Verdrag. Onder verwijzing naar zijn arrest van 5 juni 1986 (zaak 103/84, *Commissie t. Italië*, Jur. 1986, 1759; overzicht R.W., 1986-67, 1239) herinnert het Hof aan zijn vaste rechtspraak volgens dewelke art. 92 in geen geval kan worden benut om afbreuk te doen aan de verdragsbepalingen betr. het vrije verkeer van goederen.

8. Fiscale bepalingen

— In antwoord op prejudiciële vragen van de Commissione Tributaria de Secondo Grado en de Commissione Tributaria di Primo Grado te Piacenza, heeft het Hof, in een arrest van 17 oktober 1989 (gev. zaken 231/87 en 129/88, *Districtskantoor directe belastingen te Fiorenzuola d'Arda t. Gemeente Carpaneto Piacentino (231/87)* en *Gemeente Rivergaro e.a. t. Provinciaal kantoor BTW (129/88)*) voor recht verklaard dat

1. art. 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn (BTW-richtlijn 77/388 van de Raad) aldus moet worden uitgelegd, dat werkzaamheden door publiekrechtelijke lichamen «als overheid» verricht in de zin van deze bepaling, die zijn welke door hen worden verricht in het kader van het specifiek voor hen geldende juridisch regiem, met uitsluiting van de werkzaamheden die zij onder dezelfde juridische voorwaarden als particuliere economische subjecten verrichten. Het staat aan elke Lid-Staat de passende wetgevingstechniek te kiezen om de bij deze bepaling vastgestelde regel van niet-belastingplichtigheid in nationaal recht om te zetten;

2. art. 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat de Lid-Staten dienen te verzekeren dat publiekrechtelijke lichamen belastingplichtig zijn voor de door hen als overheid verrichte werkzaamheden, wanneer deze werkzaamheden ook in concurrentie met die lichamen door particulieren kunnen worden verricht, indien hun niet-belastingplichtigheid kan leiden tot concurrentievervalsing van enige betekenis; zij zijn echter niet verplicht dit criterium letterlijk in hun nationaal recht over te nemen noch om kwantitatieve grenzen voor de niet-belastingplichtigheid vast te stellen;

3. art. 4, lid 5, derde alinea, van de Zesde richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat het de Lid-Staten niet verplicht het criterium «niet onbeduidende omvang» in hun belasting-

wetgeving op te nemen als voorwaarde voor belastingplichtigheid voor de in de lijst van bijlage D genoemde werkzaamheden;

4. een publiekrechtelijk lichaam zich op grond van art. 4, lid 5, van de Zesde richtlijn kan verzetten tegen de toepassing van een nationale bepaling volgens welke het BTW-plichtig is voor een door hem als overheid verrichte werkzaamheid die niet voorkomt in bijlage D van de Zesde richtlijn en waarvan de niet-belastingplichtigheid niet kan leiden tot concurrentievervalsing van enige betekenissen.

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Gerechtshof te Amsterdam, heeft het Hof in een arrest van 5 december 1989 (zaak C-165/88, ORO Amsterdam Beheer BV en Concerto BV t. Inspecteur der Omzetbelasting) voor recht verklaard dat in hun huidige stand het gemeenschapsrecht en de communautaire voorschriften inzake BTW zich niet verzetten tegen een nationale wettelijke regeling op grond waarvan voor de berekening van de BTW die over de bij de verkoop van gebruikte goederen behaalde omzet verschuldigd is, geen rekening kan worden gehouden met de belasting die nog begrepen is in de prijs van goederen die met het oog op de wederverkoop van niet-belastingplichtige particulieren zijn betrokken.

— In antwoord op prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden, heeft het Hof, in een arrest van 13 december 1989 (zaak C-342/87, Genius Holding BV t. Staatssecretaris van Financiën) voor recht verklaard dat de uitoefening van het recht op aftrek, voorzien in de Zesde richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977, zich niet uitstrekt tot de belasting die uitsluitend is verschuldigd op grond van de vermelding ervan op de factuur.

— In antwoord op prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden, heeft het Hof, in een arrest van 8 februari 1990 (zaak C-320/88, Staatssecretaris van Financiën t. Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV) voor recht verklaard dat

1. art. 5, lid 1, van de Zesde richtlijn inzake de omzetbelasting aldus moet worden uitgelegd, dat als «levering van een goed» wordt beschouwd de overdracht van de macht om als een eigenaar over een lichamelijke zaak te beschikken, ook indien geen overdracht van de juridische eigendom van die zaak plaatsvindt;

2. het aan de nationale rechter staat, van geval tot geval aan de hand van de feitelijke omstandigheden te bepalen, of er sprake is van overdracht van de macht om als een eigenaar over een goed te beschikken in de zin van art. 5, lid 1, van de Zesde richtlijn.

— In een arrest van 13 maart 1990 (zaak C-30/89, Commissie t. Frankrijk) heeft het Hof, een overeenkomstig art. 169 EEG-Verdrag door de Commissie ingesteld beroep verworpen dat ertoe strekte te doen vaststellen dat Frankrijk, door in strijd met de Zesde richtlijn 77/388 van de Raad het internationale traject van het vervoer tussen het Franse continent en Corsica vrij te stellen van BTW niet heeft voldaan aan de krachtens Vo 2892/77 van de Raad op hem rustende verplichting om de over de jaren 1980-85 niet betaalde eigen middelen ter beschikking van de Commissie te stellen en om over die bedragen verdragingsrente te betalen vanaf 31 oktober 1986, overeenkomstig art. 11 van Vo 2891/77 van de Raad. Het Hof overwoog o.m. dat de Zesde richtlijn nergens bepaalt dat de Lid-Staten BTW moeten heffen over vervoerstrajecten die gelegen zijn buiten de territoriale grenzen

van de staten en dat de richtlijn met name de Lid-Staten niet verplicht BTW te heffen over trajecten die via internationaal gebied lopen wanneer het gaat om vervoer tussen twee punten van een nationaal grondgebied zonder onderbreking in een andere staat.

— In antwoord op prejudiciële vragen van de High Court of Justice, heeft het Hof, in een arrest van 27 maart 1990 (zaak C-126/88, Boots Company PLC t. Commissioners of Customs and Excise) voor recht verklaard dat art. 11, A, lid 3, sub b, van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 aldus moet worden uitgelegd, dat onder «prijskorting en -rabatten die aan de koper... worden toegekend en die zijn verkregen op het tijdstip waarop de handeling wordt verricht» mede is te verstaan het verschil tussen de normale detailhandelsprijs van de geleverde artikelen en het daadwerkelijk door de detaillist voor die artikelen ontvangen geldbedrag, wanneer die detaillist van de klant een tegoedbon accepteert die hij bij een eerdere aankoop tegen de normale detailhandelsprijs aan de klant heeft geschonken.

— In antwoord op prejudiciële vragen van het Finanzgericht Münster heeft het Hof, in een arrest van 28 maart 1990 (zaak C-38/88 Waldrich Siegen Werkzeugmaschinen GmbH t. Finanzamt Hagen voor recht verklaard dat

1. een belastingplichtige zich voor de nationale rechter kan beroepen op art. 4, lid 2, sub b, van richtlijn 69/355 van de Raad betr. het bijeenbrengen van kapitaal,

2. de overneming van verliezen van een vennootschap door een vennoot in het kader van een overeenkomst tot overdracht van resultaten, gesloten voordat die verliezen zijn vastgesteld, geen vermeerdering is van het vennootschappelijk vermogen in de zin van artikel 4, lid 2, sub b, van de richtlijn betr. het bijeenbrengen van kapitaal.

— In een arrest van 5 april 1990 (zaak C-132/88, Commissie t. Griekenland) heeft het Hof een overeenkomstig art. 169 EEG-Verdrag door de Commissie ingesteld beroep verworpen dat ertoe strekte te doen vaststellen dat Griekenland de krachtens art. 95, eerste alinea, EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen door via de bijzondere verbruiksbelasting en de eenmalige aanvullende bijzondere belasting een discriminerende belastingregeling voor uit andere Lid-Staten ingevoerde motorvoertuigen met een cylinderinhoud van meer dan 1800 m³ in te voeren en te handhaven. Het Hof overweegt dat op grond van art. 95 EEG-Verdrag geen bezwaar kan worden gemaakt tegen het feit dat de Lid-Staten op grond van overwegingen van sociale politiek de belasting op de betrokken produkten op een buitengewoon hoog peil vaststellen en verwijst naar zijn eerdere rechtspraak waarin het overwoog dat de Lid-Staten bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht vrij blijven produkten zoals auto's aan een belastingstelsel te onderwerpen waarvan het tarief progressief toeneemt aan de hand van een objectief criterium, zoals de cylinderinhoud, onder voorwaarde echter dat dit belastingstelsel vrij is van elke discriminerende of beschermende werking.

Cf. arrest van 9 mei 1985 (zaak 112/84, Humblot, Jur. 1985, 1367); arrest van 16 december 1986 (zaak 200/85, Commissie t. Italië, Jur. 1986, 3953; overzicht R.W., 1987-88, 456); arrest van 14 januari 1981 (zaak 140/79, Chemicali Farmaceutici/DAF, Jur. 1981, 1).

— In antwoord op prejudiciële vragen van de Commissione Tributaria di primogrado te Piacenza, die in wezen de-

zelfde waren als die welke hebben geleid tot het arrest van 17 oktober 1989 (gev. zaken 231/87 en 129/88 — zie hoger in deze rubriek — heeft het Hof, in een arrest van 15 mei 1990 (zaak C-4/89, Gemeente Carpaneto Piacentino e.a. t. Provinciaal Kantoor BTW Piacenza) zich in dezelfde zin uitgesproken.

— Op verzoek van de Commissie, overeenkomstig art. 169 EEG-Verdrag, heeft het Hof, in een arrest van 23 mei 1990 (C-31/89, Commissie t. Spanje) vastgesteld dat door in strijd met het bepaalde in richtlijn 83/183/EEG van de Raad van 28 maart 1983 betr. de belastingvrijstellingen bij definitieve uitvoer uit een Lid-Staat van persoonlijke goederen door particulieren, geen vrijstelling van BTW te verlenen bij definitieve invoer door particulieren van motorrijtuigen voor privé-gebruik, aanhangwagens, motorrijwielen, pleziervaartuigen en sportvliegtuigen uit een andere Lid-Staat, het Koninkrijk Spanje de krachtens het EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

— Op verzoek van de Commissie, overeenkomstig art. 169 EEG-Verdrag, heeft het Hof, in een arrest van 12 juni 1990 (zaak C-158/88, Commissie t. Ierland) vastgesteld dat door de toepassing van de vrijstellingen voorzien door richtlijn 69/169/EEG van de Raad van 28 mei 1969 inzake de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen m.b.t. de vrijstelling van omzetbelastingen en accijnzen die bij invoer worden geheven in het internationale reizigersverkeer, laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 85/348/EEG van de Raad van 8 juli 1985, te beperken tot goederen die deel uitmaken van de persoonlijke bagage van reizigers die zich aan zijn grenzen presenteren na een verblijf buitenlands van 48 uur, Ierland de krachtens het EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

— In antwoord op prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden, heeft het Hof, in een arrest van 26 juni 1990 (zaak C-185/89, Staatssecretaris van Financiën t. Völker International Oil Company Ltd NV) voor recht verklaard dat het bepaalde in art. 15, lid 4, van de Zesde richtlijn van de Raad van 17 mei 1977 aldus moet worden uitgelegd, dat als levering van goederen bestemd voor de be-

voorrading van schepen slechts kunnen worden aangemerkt de leveringen aan de ondernemer die de goederen als scheepsvoorraad zal bezigen, waarbij het aan boord brengen van de goederen materieel niet behoeft samen te vallen met de levering aan de ondernemer.

9. Harmonisatie van wetgeving

— Het Hof stelde in een arrest van 16 november 1989 (zaak 360/88, Commissie t. België), op verzoek van de Commissie overeenkomstig art. 169 EEG-Verdrag, vast dat België de krachtens het EEG-Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door niet binnen de gestelde termijn alle maatregelen te treffen die nodig zijn om te voldoen aan richtlijn 84/450 van de Raad van 10 september 1984 betr. het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Statens inzake misleidende reclame.

— Het Hof stelde in een arrest van 6 december 1989 (zaak C 329/88, Commissie t. Griekenland), op verzoek van de Commissie overeenkomstig art. 169 EEG-Verdrag, vast dat Griekenland de krachtens het EEG-Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door niet binnen de gestelde termijn de nodige maatregelen te treffen ter uitvoering van richtlijn 84/450 van de Raad van 10 september 1984 betr. het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Statens inzake misleidende reclame. Het Hof herinnerde in zijn arrest aan zijn vaste rechtspraak dat een Lid-Staat zich niet ten exceptieve kan beroepen op bepalingen, praktijken of toestanden van zijn interne rechtsorde ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van door gemeenschapsrichtlijnen voorgeschreven verplichtingen en termijnen: wanneer een niet-nakoming aan het einde van de in art. 169, tweede alinea EEG-Verdrag bedoelde termijn niet is opgeheven staat het de Commissie ter vrije beoordeling of zij zich al dan niet tot het Hof van Justitie wil wenden.

(Vervolg in volgend nummer)

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 23 JANUARI 1990

Voorzitter: de h. Boon

Rapporteur: de h. De Baets

Openbaar ministerie: de h. Tillekaerts

Wegverkeer — Bloedproef — Deskundigenonderzoek

De bloedanalyse die niet is uitgevoerd door een overeenkomstig art. 7, eerste lid, van het K.B. van 10 juni 1959 gevorderde deskundige, levert geen rechtsgeldig bewijs op. Nietig is de rechterlijke beslissing die uitdrukkelijk op dit analyseresultaat steunt.

K.

Gelet op het bestreden vonnis, op 21 december 1988 in hoger beroep gewezen door de Correctionele rechtbank te Gent;

...

Overwegende dat de correctionele rechtbank, met bevestiging van het beroepen vonnis, eiser veroordeelt tot één straf wegens de feiten A en B samen, onder meer op grond dat de analyse van een op eiser genomen bloedmonster wijst op een alcoholgehalte van 1,80 gram alcohol per 1000 milliliter bloed;

Overwegende dat uit de stukken van de rechtspleging blijkt: dat op eiser een bloedmonster werd genomen door een geneesheer die opgevorderd werd door de verbaliserende politieagent; dat de politiecommissaris die de procureur des Konings bij de politierechtbank te Gent bijstaat, de heer A.H. vorderde om het bloedmonster als deskundige te ontleiden; dat de heer E.M. een verslag omtrent een door hem uitgevoerde analyse van het bloedmonster heeft neergelegd; dat de uitslag van de bloedanalyse aan eiser werd meegegeeld met de kennisgeving dat de analyse werd verricht door het laboratorium (...);

Overwegende dat de analyse, nu zij werd uitgevoerd door de heer E.M., niet werd uitgevoerd door een overeenkomstig artikel 7, eerste lid, van het voormelde koninklijk besluit gevorderde deskundige; dat aldus het resultaat van die analyse geen rechtsgeldig bewijs oplevert; dat het vonnis dat uitdrukkelijk op dit analyseresultaat steunt nietig is;

...

NOOT – *Delegatie van deskundigenonderzoek leidt tot onrechtmatige bewijsgaring*

Bovenstaand arrest van het Hof van Cassatie biedt een zeer illustratief voorbeeld van de erg stringente interpretatie van de eisen die mogen worden gesteld aan een strafrechtelijk expert bij de vervulling van de hem toevertrouwde opdracht. Toch mag men de draagwijdte van deze beslissing zeker niet overschatten, ook al is de verleiding om dit toch te doen groot. Uitsluitend in het geval waarin een nominatief aangestelde deskundige zich niet persoonlijk kwijt van zijn opdracht en waarin de wetgever op formalistische wijze de bewijsvrijheid heeft ingeperkt, kan men besluiten tot de nietigheid van het op dat punt verkregen bewijsmateriaal. Het is niet geheel ondenkbaar dat in andere gevallen, waarin de wetgever geen bewijsbeperkingen heeft opgelegd, het vergaarde bewijsmateriaal toch niet wordt uitgesloten.

1. Wil men de beslissing van het Hof van Cassatie in een juist perspectief plaatsen, dan zal allereerst een antwoord moeten worden gezocht op de vraag of een wettelijke norm geschonden is. Het is slechts in zeer uitzonderlijke en restrictief omschreven gevallen dat de wetgever het terrein van de bewijsvrijheid heeft verlaten en teruggegrepen heeft naar een meer formalistische conceptie van het bewijs in strafzaken. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat art. 7 van het K.B. van 10 juni 1959 bepaalt dat de rechterlijke overheid een in een erkend laboratorium optredend deskundige opvordert om een genomen bloedstaal te ontleiden. De wetgever acht het noodzakelijk dat bij de ontleding van het bloed zo veel mogelijk wetenschappelijke waarborgen aanwezig zijn, zodat de uitslag van die verrichting betrouwenswaardig mag worden geacht (Wetsontwerp, *Gedr. St., Kamer*, 1955-56, nr. 397/1, pp. 9-10).

De aanstelling van een deskundige «intuitu personae» is daar niet meer dan een logisch uitvloeisel van. De vorderende overheid kan bij het bepalen van zijn keuze zich laten leiden door criteria als moreel plichtsbesef, de technische bevoegdheid, de specifieke toewijding, de ruime ervaring,.... De keuze van een deskundige is dus vaak ook een deskundige keuze.

In het onderhavige geval had de opgevorderde toxicoloog zijn aanstelling, zonder het akkoord van de vorderende overheid, gewoon overgedragen aan een collega-deskundige die

niet was aangesteld. In beginsel dienen de deskundigen de hun toevertrouwde opdracht zelf uit te voeren, waarbij het hun uitdrukkelijk verboden is te delegeren aan derden.

Dit verbod van delegatie betreft zowel het geheel van de gekregen opdracht als een gedeelte ervan (Hutsebaut, F., *Deskundigenonderzoek in strafzaken*, Leuven, 1980, I, 104-105). Er kan echter geen sprake zijn van delegatie van deskundigenonderzoek wanneer de aangestelde deskundige zijn bevindingen laat steunen op persoonlijke appreciaties, afgeleid uit of aangevuld door gegevens die hem onder zijn toezicht zijn toevertrouwd door andere deskundigen (Cass., 19 oktober 1936, *R.G.A.R.*, 1936, 2250). In dit geval kan er uiteraard geen sprake zijn van het zich eigen maken van een dergelijke informatie die door anderen zou zijn verschaft. Het is ook in die zin dat een uitspraak van het Hof van Beroep te Antwerpen moet worden geïnterpreteerd: «Zo een geneesheer een andere geneesheer raadpleegt en niet aanwezig is tijdens diens vaststellingen, maar in hoofde niet steunt op de bevindingen van die geneesheer, dan is het deskundigenverslag daarom niet ongeldig (Hof Antwerpen, 7e Kamer, 14 februari 1975, niet gepubliceerd).

Nu we hier te maken hebben met een situatie waarin de gevorderde deskundige zijn opdracht niet uitvoert, kan men de schending van een wettelijke norm aannemen.

2. Wil men komen tot een verantwoorde uitsluiting van onrechtmatig bewijsmateriaal, dan zal haast onvermijdelijk ook de vraag rijzen naar het causaal verband tussen de bevoorde normovertreding van de expert en de verkrijging van het onrechtmatig bewijsmateriaal waarop de veroordelingen in eerste aanleg en hoger beroep gebaseerd waren. Is het bewijsmateriaal, in casu de bloedanalyse, precies verkregen als gevolg van de beweerdte normschending? Ook hier lijkt het antwoord vrij vanzelfsprekend: het geleverde bewijs van alcoholintoxicatie is duidelijk «juridisch besmet» door de overdracht van het deskundigenonderzoek. De houding van het Hof van Cassatie getuigt van een open radicaliteit: het vonnis, dat steunt op een analyseresultaat dat niet door de opgevorderde geneesheer is verstrekt, is nietig. Een dergelijke radicaliteit vindt men niet alleen bij de analyse, maar ook bij de afname van het bloed. De bloedproef, uitgevoerd door een studente geneeskunde, is nietig daar volgens de wet enkel een geneesheer deze ingreep mag uitvoeren, ten einde de fysieke integriteit maximaal te vrijwaren (Corr. Gent, 26 juni 1962, *R.W.*, 1962-63, 285; Pol. Antwerpen, 26 juni 1981, *R.W.*, 1982-83, 2003, met noot A. Vandeplas; Pol. Hasselt, 5 februari 1982, *Limb. Rechts.*, 1982, 38).

3. Is het belang van de verdachte geschaad door de normschending? Het beantwoorden van deze vraag lijkt op het eerste gezicht, in tegenstelling tot de twee voorgaande, veel problematischer. De verleiding is groot om zich te laten overreden door de argumentatie dat het feit wie nu juist de analyse van het bloed uitvoert, eigenlijk niet zo belangrijk is, maar dat veeleer enkel de uitslag ervan enige juridische relevantie vertoont.

Het belang en de vergaande inbreuk op de fysieke integriteit maken dat de bloedproef en de analyse ervan voortdurend aan een «juridische kwaliteitscontrole» moeten worden onderworpen. Vertaald in termen van een betrouwbare bewijsvergaring en een correcte toepassing van het betreffende procedurevoorschrift, betekent een naleving van de door de wet voorgeschreven formaliteiten dan misschien niet een op zichzelf staand belang, dan toch een essentieel

criterium voor het al dan niet overeind houden van het vergaarde bewijsmateriaal bij een rechterlijke uitspraak. Een praktijk als de bloedanalyse vraagt een duidelijke en strikte omschrijving van bevoegdheden, toepassing en controle. Al te lichtzinnig omspringen met dergelijke bepalingen betekent vlug een miskenning van het recht van verdediging.

4. Uit al hetgeen voorafgaat kan men moeilijk anders dan te besluiten tot een onrechtmatige bewijsvergaring. Dat het Hof van Cassatie de nietigheid aan deze onregelmatigheid verbindt, wordt in vergelijking met de Franse rechtspraak en doctrine veel vlugger plausibel. Zo bepaalt artikel 166 van het Franse Wetboek van Strafvordering dat de aangestelde experts moeten bevestigen dat ze de hun opgelegde deskundigenopdracht persoonlijk hebben volbracht door de ondertekening van hun eindverslag. Ook al veronderstelt deze eigenmaking geen sacramentele bewoordingen, toch zal de niet-naleving ervan aanleiding geven tot de nietigheid van het deskundigenverslag (Moussa, T., *Dictionnaire juridique expertise: matière civile et penale*, Dalloz, Parijs, 1983, 215-217).

Enigszins naar analogie van de Franse rechtspraak (Cass.fr., 6 juli 1966, *J.C.P.*, 1966, IV, 122) zou men geneigd kunnen zijn om vooralsnog tot de geldigheid van de overdracht van het deskundigenonderzoek te besluiten door de expertise te beschouwen als twee vakmensen die a.h.w. als één orgaan optreden. Net zoals in Frankrijk deze stelling erg dissonant klonk «dans l'oreille du tribunal», lijkt er ook in België voor deze opvatting weinig toekomst te zijn weggelegd.

5. Het Hof van Cassatie heeft bij de beoordeling van de problematiek van de algehele overdracht van een deskundigenopdracht zowel de waarheidsvinding als de rechtsbescherming in de weegschaal gelegd. Dat de balans nu juist is overgehield naar de kant van het vrijwaren van de procedurele voorschriften, onderstreept het belang dat het hoogste rechtscollege in België aan deze aangelegenheid hecht.

Christoph D'Haese
Assistent Strafvordering K.U.Leuven

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 7 MEI 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Bützler

Arbeidsongeval – Vergoeding – Tijdelijke gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid – 1. Wedertewerkstelling – Begrip – 2. Vakantiegeld – Loon ingevolge wedertewerkstelling – Begrip – 3. Jaarlijkse vakantie – Gevolgen

1. De bepaling van art. 23, derde lid, Arbeidsongevallenwet is alleen van toepassing wanneer de getroffene van een arbeidsongeval effectief opnieuw tewerkgesteld is en daarvoor een loon ontvangt.

2. Hoewel luidens art. 35, eerste lid, Arbeidsongevallenwet het vakantiegeld, voor de toepassing van die wet, als loon wordt beschouwd, volgt daaruit niet dat het noodzakelijk een loon is

dat de getroffene «ingevolge zijn wedertewerkstelling ontvangt», in de zin van art. 23, derde lid, van die wet.

3. De schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst tijdens de periode van jaarlijkse vakantie heeft geen invloed op de vóór die periode begonnen wedertewerkstelling van de getroffene van een arbeidsongeval, wiens tijdelijke arbeidsongeschiktheid gedeeltelijk is of gedeeltelijk geworden is.

C. t/ B.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 december 1988 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

...

Overwegende dat het arrest, met bevestiging van de be-roepen beslissing, eiseres veroordeelt om aan verweerder, aan wie op 27 november 1984 een arbeidsongeval was overkomen en die op 20 mei 1985 weder tewerkgesteld was, de wettelijke vergoeding wegens tijdelijke algehele arbeidsongeschiktheid te betalen voor het tijdvak van 4 tot 31 juli 1985, zijnde de periode van de jaarlijkse vakantie van de onderneming, hoofdzakelijk op grond: «dat, enerzijds, de getroffene niet kan worden geacht gedurende de periode van de jaarlijkse vakantie, waarin de overeenkomst wettelijk geschorst is, effectief opnieuw tewerkgesteld te zijn geweest» en «dat, anderzijds, het vakantiegeld geen loon in de gewone betekenis, namelijk van een tegenwaarde voor verrichte arbeid, is in de zin van artikel 23, derde lid, (van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971)»;

Overwegende dat uit de tekst van artikel 23, derde lid, blijkt dat die bepaling alleen van toepassing is wanneer de getroffene effectief opnieuw tewerkgesteld is en daarvoor een loon krijgt;

Overwegende dat, luidens artikel 35, eerste lid, van de wet van 10 april 1971, gewijzigd bij artikel 2 van het koninklijk besluit nr. 39 van 31 maart 1982, het vakantiegeld voor de toepassing van die wet als loon wordt beschouwd; dat daaruit nochtans niet volgt dat het noodzakelijk een loon is dat de getroffene «ingevolge zijn wedertewerkstelling ontvangt» in de zin van artikel 23, derde lid, van die wet;

Overwegende dat, luidens artikel 28, 1°, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, de uitvoering van de overeenkomst wordt geschorst de dagen waarop de onderneming wegens jaarlijkse vakantie is gesloten alsook de dagen waarop de werknemer buiten die periode jaarlijkse vakantie neemt; dat de schorsing van de uitvoering van de overeenkomst tijdens die periode geen invloed heeft op de vóór die periode begonnen wedertewerkstelling;

Dat het arrest, door te beslissen dat verweerder voor de periode van de jaarlijkse vakantie recht heeft op een vergoeding wegens tijdelijke algehele arbeidsongeschiktheid, op grond dat hij niet kon worden geacht gedurende die periode opnieuw tewerkgesteld te zijn geweest, artikel 23 van de wet van 10 april 1971 schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 9 MEI 1990

Voorzitter-rapporteur : de h. Ghislain
Openbaar ministerie : de h. Janssens de Bisthoven
Advocaten : mrs. Dasse en De Bruyn

Ziekte- en invaliditeitsverzekering – Verzekeringsinstelling – Indeplaatsstelling – Vereisten – Arbeidsongeschiktheidspercentage – Gemeen recht

De in art. 70, § 2, vierde lid (thans art. 76quater, § 2, vierde lid) Z.I.V.-wet bedoelde indeplaatsstelling kan de ziekteverzekeringsinstelling niet worden geweigerd op de enkele grond dat het door de deskundige volgens het gemene recht geraamde ongeschiktheidspercentage van het aangesloten lid, getroffen van een ongeval dat moet worden vergoed volgens het gemene recht, lager is dan het door art. 56 Z.I.V.-wet vereiste percentage.

N.V. S.M. t/ R. en H.

Gelet op het bestreden vonnis, op 17 oktober 1989 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Bergen ;

Overwegende dat krachtens het ten tijde van de feiten toepasselijke artikel 70, § 2, vierde lid, van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, de verzekeringsinstelling, die aan de rechthebbende op de ziekte- en invaliditeitsverzekering, onder de door de Koning gestelde voorwaarden, de bij de wet bepaalde prestaties heeft toegekend, rechtens in de plaats van die rechthebbende treedt tot beloop van het bedrag van de verleende prestaties, voor het geheel van de sommen die onder meer krachtens het gemene recht verschuldigd zijn en die dezelfde schade geheel of gedeeltelijk vergoeden ;

Overwegende dat de feitenrechter op grond van de artikelen 56 en 70, § 2, van de wet van 9 augustus 1963 beslist dat de verzekeringsinstelling niet treedt in de rechten van haar aangesloten lid, getroffen van een ongeval dat moet worden vergoed volgens het gemene recht, wanneer de door die instelling betaalde dagvergoedingen betrekking hebben op tijdvakken waarin het vermogen tot verdienen van de rechthebbende niet met ten minste twee derde is vermindert ;

Overwegende dat het vonnis, dat de met toepassing van de Z.I.V.-wet genomen beslissing niet kan bekritisieren, niet vaststelt dat de adviserend geneesheer van de verzekeringsinstelling of de geneeskundige raad voor invaliditeit bij hun raming van de arbeidsongeschiktheid van de getroffen geen rekening hebben gehouden met het ten gevolge van het ongeval opgelopen letsel ;

Overwegende dat de appelrechters, door hun beslissing enkel hierop te gronden dat het door de deskundige volgens het gemene recht geraamde ongeschiktheidspercentage lager ligt dan het door artikel 56 van de wet van 9 augustus 1963 vereiste percentage, die beslissing niet naar recht verantwoorden ;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 28 MEI 1990

Voorzitter : de h. Caenepeel
Rapporteur : mevr. Baeté-Swinnen
Openbaar ministerie : de h. Lenaerts
Advocaat : mr. Simont

Werkloosheid – Recht op uitkeringen – Jonge werknemers – Einde studie – Gelijkwaardig erkend buitenlands diploma – Buitenlandse onderwijsinrichting

Aan het vereiste van art. 124 Werkloosheidsbesluit voldoet niet en op werkloosheidsuitkeringen is derhalve niet gerechtigd de jonge werknemer die een buitenlands diploma heeft behaald dat als gelijkwaardig aan een Belgisch diploma wordt erkend, maar dat is afgegeven door een buitenlandse onderwijsinrichting die niet door de Staat is opgericht, erkend of gesubsidieerd.

R.V.A. t/ D.

Gelet op de bestreden arresten, op 19 november 1987 en 16 juni 1988 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen ;

Over het middel: schending van de artikelen 124, in het bijzonder eerste lid, 4° van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, gewijzigd door de koninklijke besluiten van 3 oktober 1968 en 22 november 1976, en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest van 19 november 1987 vaststelt dat verweerster van 1 juni 1967 tot 30 juni 1972 studeerde in de lagere en hogere cyclus aan het Sint-Jozef-lyceum te Blankenberge, dat zij deze studie niet beëindigde doch stopte na vijf jaar, dat zij van 1972 tot 1974 in het buitenland studeerde en er een diploma behaalde dat, naar het arrest op impliciete doch zekere wijze aanneemt, door de minister van Nationale Opvoeding en Nederlandse Cultuur werd erkend als gelijkwaardig aan een Belgisch diploma van het hoger secundair onderwijs, dat zij van 1 september 1974 tot 7 juli 1978 de cyclus van licentiaat vertaler volgde aan het Hoger Rijksinstituut te Brussel ; beslist dat verweerster op basis van de door haar, gedeeltelijk in het buitenland gedane studie (van het hoger secundair onderwijs) tot het recht op werkloosheidsuitkeringen dient te worden toegelaten overeenkomstig artikel 124 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 ; daartoe steunt op de overwegingen «dat artikel 124 spreekt over een onderwijsinrichting die door de Staat is opgericht, erkend of gesubsidieerd en dat (verweerster) niet in een dergelijke onderwijsinrichting de hogere secundaire cyclus heeft beëindigd ; dat de bedoeling van genoemde voorwaarde van artikel 124 onbetwistbaar is ervoor te waken dat de gevolgde secundaire cyclus van een voldoende hoogstaand niveau is ; dat deze garantie moet worden geacht aanwezig te zijn in een onderwijsinrichting die door de Staat is opgericht of door hem is erkend of gesubsidieerd ; dat, wanneer de minister van Nationale Opvoeding en Nederlandse Cultuur van een aan een buitenlandse school behaald diploma de gelijkwaardigheid aan een Belgisch diploma van het hoger secundair onderwijs erkent, men moet aanvaarden dat aan de voorwaarden van artikel 124 is voldaan ; dat (verweerster) terecht laat gelden dat bezwaarlijk een diploma

erkend kan worden, wanneer de school waar de studies werden gevolgd, niet wordt erkend»,

...

Overwegende dat, krachtens artikel 124 van het Werkloosheidsbesluit, jonge werknemers gerechtigd op werkloosheidsuitkering zijn op voorwaarde onder meer dat zij bepaalde studies met een volledig leerplan hebben beëindigd in een onderwijsinrichting die door de Staat is opgericht, erkend of gesubsidieerd;

Dat aan dit vereiste niet is voldaan, wanneer een buitenlands diploma werd behaald dat als gelijkwaardig met een Belgisch diploma wordt erkend, maar dat werd afgegeven door een buitenlandse onderwijsinrichting die niet door de Staat is opgericht, erkend of gesubsidieerd;

Dat het middel gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 31 MEI 1990

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael

Advocaten: mrs. Van Ommeslaghe en Draps

Gemeente – Rechtsgeding – Voor het publiek openstaande weg – Vordering van inwoner tegen andere persoon tot verwijdering van een obstakel – Ontvankelijkheid

In art. 150 oud (thans 271) van de Gemeentewet zijn weliswaar waarborgen neergelegd ter bescherming van de gemeente als een of meer inwoners, die ut universi handelen, namens de gemeente in rechte willen optreden, maar die bepaling heeft geen betrekking op het geval dat inwoners van de gemeente, ut singuli, in eigen naam optreden voor een belang en voor de bescherming van een persoonlijk recht.

Zo kan een inwoner een vordering tot verwijdering van een obstakel op een voor het publiek openstaande weg instellen ten einde weer vrije toegang te hebben tot zijn eigendom, zonder dat uit de te wijzen beslissing een recht, verplichting of welke last ook kan voortvloeien voor de gemeente of voor derden.

C. t/ M.

Gelet op het bestreden vonnis, op 27 oktober 1988 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Charleroi;

Over het middel: schending van de artikelen 6, 537, 538, 542, 2226, 2228 tot 2230, 2232 van het Burgerlijk Wetboek, 17, 1370, 1371 van het Gerechtelijk Wetboek, 88, 9°, van de wet van 7 oktober 1886 houdende het Veldwetboek, 90, 9°, 10°, 12°, 148 en 150 van de Gemeentewet van 30 maart 1836,

doordat het bestreden vonnis, na te hebben vastgesteld dat de rechtsvordering van verweerster een bezitsvordering was en dat de gemeente Goutroux door dertigjarige verjaring een erfdiensbaaierheid van overgang ten gebruike van het publiek op de litigieuze weg had verkregen, de rechtsvordering van verweerster ontvankelijk verklaart, zonder vast te stellen dat zij, overeenkomstig artikel 150 van de Gemeentewet van

30 maart 1836, naar behoren door de bestendige deputatie van de provincieraad was gemachtigd om namens de gemeente in rechte op te treden, op grond dat «niet wordt ontkend dat haar eigendom (het eigendom van verweerster) langs de rue Dieudonné Unique ligt en dat (eiser) verhinderd heeft dat gebruik wordt gemaakt van het voetpad dat die straat met de rue Ferrer verbindt»,

terwijl, (...)

tweede onderdeel, alleen de gemeente een rechtsvordering kon instellen tot verwijdering van een hindernis voor het gebruik van een weg die openstond voor het publiek in het algemeen; hieruit volgt dat de rechtsvordering van verweerster, die in eigen naam en niet namens de gemeente optrad, niet ontvankelijk is en dat de rechtbank ze niet ontvankelijk kon verklaren zonder de in het middel aangewezen en hierna vermelde wettelijke bepalingen te schenden (schending van de artikelen 17, 1370, 1371 van het Gerechtelijk Wetboek, 88, 9°, van de wet van 7 oktober 1886 houdende het Veldwetboek, 90, 9°, 10°, 12°, 148 en 150 van de Gemeentewet van 30 maart 1836):

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat eiser heeft betwist dat verweerster het recht had om in eigen naam op te treden, met het betoog dat alleen de gemeenteoverheid de hoedanigheid had om een rechtsvordering betreffende het gebruik van een voor het publiek openstaande weg in te stellen; dat hij de feitenrechter verwijt dat hij de vordering ontvankelijk heeft verklaard;

Overwegende dat uit de vaststellingen van de bestreden beslissing blijkt dat de oorspronkelijk door verweerster ingestelde vordering strekte tot verwijdering, binnen acht dagen na betekening van het gewezen vonnis, van de obstakels die eiser had aangebracht in verband met het vrije verkeer van verweerster op een weg die over het eigendom van eiser liep, zulks met betaling van een dwangsom van 1.000 frank per dag, als eiser geen gevolg zou geven aan het hem gegeven bevel;

Overwegende dat verweerster derhalve niet de erkenning van een erfdiensbaaierheid van overgang op andermans erf vorderde, maar volgens de vaststellingen van het bestreden vonnis vroeg dat een einde zou worden gemaakt aan een feitelijkheid die «afbreuk deed aan de uitoefening van haar eigendomsrecht door het afsluiten van de toegang tot het litigieuze voetpad», dat, al vele jaren en vooral al meer dan dertig jaar, de voetgangers toestaat om van de rue Delestienne, te Goutroux, rechtstreeks in de rue Ferrer te komen;

Overwegende dat in artikel 150 van de Gemeentewet van 30 maart 1836 weliswaar waarborgen zijn neergelegd ter bescherming van de belangen van de gemeente als een of meer inwoners, die ut universi handelen, namens de gemeente in rechte willen optreden, maar die bepaling geen betrekking heeft op het geval dat, zoals te dezen, een inwoner van de gemeente, ut singuli, in eigen naam optreedt voor een belang en voor de bescherming van een persoonlijk recht;

Overwegende dat verweerster geenszins afbreuk heeft gedaan aan de bevoegdheden van de gemeente Goutroux maar, op grond van de artikelen 537 en volgende en 544 van het Burgerlijk Wetboek, is opgetreden om weer vrije toegang tot haar eigendom te hebben, zonder dat uit de te wijzen beslissing een recht, verplichting of welke last ook kan voortvloeien voor de gemeente of voor derden;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER - 15 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: de h. Caenepeel

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael

Advocaten: Mrs. Nelissen Grade, De Gryse en Bützler

Bewijs - In burgerlijke zaken - Bekentenis - Advocaat

Een bekentenis moet, als bewijsmiddel, uitgaan van de partij tegen wie ze wordt aangevoerd, of van haar bijzonder gevolmachtigde.

Een advocaat is niet gerechtigd namens zijn cliënt een bekentenis te doen, tenzij die cliënt hem daartoe een bijzondere volmacht heeft gegeven.

N.V. O. t/ U.I.A. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 24 mei 1989 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

...

Over het derde middel: schending van de artikelen 1350, inzonderheid 4°, 1354, 1356 van het Burgerlijk Wetboek, 440, 728, inzonderheid § 1, 848, 849 en 850 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest weigert het bestaan van een bekentenis door eerste en tweede verweerder van het tot stand komen van een overeenkomst tussen eiseres en tweede verweerder met als voorwerp de in de gedinginleidende dagvaarding gevorderde vergoeding te erkennen, op grond: «dat de door (eiseres) beweerde aanwezigheid van een gerechtelijke bekentenis over het bestaan van de beweerde onderhandse overeenkomst in de conclusies van (eerste en tweede verweerder) niet kan worden aangenomen, nu die conclusies niet door de partijen zelf zijn ondertekend, en (eiseres) niet aantoon, dat de raadslieden van (eerste en tweede verweerder) over het speciaal daartoe vereiste mandaat beschikken».

terwijl de advocaat optreedt als gevolmachtigde van de partij, zonder dat hij van enige volmacht hoeft te doen blijken, behalve indien de wet een bijzondere lastgeving eist; dit mandaat ad litem de bevoegdheid insluit vrijwillig een rechtsfeit te erkennen, onverminderd het recht van de partij tot ontkenning van proceshandeling, en de mogelijkheid voor de rechter om op verzoek van een partij te weigeren rekening te houden met een erkenning die niet gewettigd is door de handtekening van degene van wie zij uitgaat of van zijn bijzondere gemachtigde; het arrest derhalve door de mogelijkheid om de erkenning door de advocaten van eerste en tweede verweerder bij conclusie van het bestaan van de overeenkomst tussen partijen afhankelijk te maken, hetzij van de handtekening van de conclusies door de partijen zelf, hetzij van de overlegging van een bijzondere volmacht, de in het middel genoemde wettelijke bepalingen schendt:

Overwegende dat een bekentenis, als bewijsmiddel, moet uitgaan van de partij tegen wie ze wordt aangevoerd, of van haar bijzonder gevolmachtigde;

Dat een advocaat niet gerechtigd is namens zijn cliënt een bekentenis te doen, tenzij die cliënt hem daartoe een bijzondere volmacht heeft gegeven;

Dat het middel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER - 19 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Boon

Rapporteur: de h. De Baets

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Delahaye, De Gryse en Dassesse

Verzekering - 1. Overeenkomst - Tussen verwijderde partijen - Totstandkoming - 2. Motorrijtuigen - Datum waarop de verzekering ingaat

1. Een verzekeringsovereenkomst tussen verwijderde partijen komt in de regel en behoudens afwijkend beding tot stand en krijgt uitwerking wanneer de ene partij haar akkoord met het door de andere partij gedane aanbod heeft gegeven en deze laatste van dit akkoord kennis heeft genomen of er redelijkerwijze kennis van kon nemen.

2. De verzekeraar die zijn zegel en handtekening aanbrengt op een aanvraag om inschrijving van een motorvoertuig, gaat tegenover derden de verbintenis aan om de civielrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het voertuig aanleiding kan geven, te dekken vanaf de datum waarop hij die aanvraag naar de Dienst van het Wegverkeer verzendt.

N.V. V. t/ D. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 9 juni 1989 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

...

II. Op de voorziening van de N.V. V. tegen de beslissing op de civielrechtelijke vorderingen van de verweersters de stad Antwerpen en de N.V. R. tegen eiseres:

...

Over het eerste en het tweede middel samen:

...

Overwegende dat in de regel en behoudens afwijkende bedingen een verzekeringsovereenkomst tussen verwijderde partijen tot stand komt en uitwerking krijgt wanneer de ene partij haar akkoord met het door de andere partij gedane aanbod heeft gegeven en deze laatste van dit akkoord kennisnam of redelijkerwijze kennis kon nemen;

Overwegende dat de verzekeraar die zijn zegel en handtekening aanbrengt op een aanvraag om inschrijving van een motorvoertuig, overeenkomstig artikel 25bis van het koninklijk besluit van 31 december 1953, tegenover derden de verbintenis aangaat de civielrechtelijke aansprakelijkheid, waartoe dit voertuig aanleiding kan geven, te dekken vanaf de datum waarop hij die aanvraag naar de Dienst van het Wegverkeer verzendt;

Overwegende dat het hof van beroep vaststelt : dat Alain B. op 19 juli 1985 aan eiseres vroeg het voertuig Porsche te verzekeren, dat hij naar eiseres een «verzekeringsvoorstel voor motorvoertuigen» opstuurde en een formulier «aanvraag om inschrijving van een gebruikt voertuig»; dat het formulier «verzekeringsvoorstel» als aanvangsdatum 20 juli 1985 voorstelt : dat eiseres haar zegel en de handtekening van haar gemachtigde aanbracht op het formulier «aanvraag tot inschrijving» en dit formulier op 23 juli 1985 naar het Ministerie van Verkeerswezen zond alwaar het op 24 juli 1985 toekwam ;

Overwegende dat het hof van beroep oordeelt : «dat eiseres, door het doorzenden van het door haar aangevulde formulier «aanvraag van inschrijving» naar het Ministerie van Verkeerswezen de verbintenis aangaande de civielrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het aangewezen voertuig aanleiding kon geven te dekken ; dat deze verbintenis werd aangegaan overeenkomstig het verzekeringsvoorstel dat bij de dienstaanwijzingen trouwens vermeldt 'aanvraag om inschrijving door D. verzonden op 23 juli 1985'; dat de verzekerde periode derhalve aanvang op 20 juli 1985, dat is de aanvangsdatum vermeld op het door de gemachtigde van eiseres ondertekende, verzekeringsvoorstel in kwestie ; dat het ongeval, dat tot het onderhavige geding aanleiding gaf, op 22 juli 1985 geschiedde ; dat het erin betrokken voertuig op het ogenblik van het ongeval aldus bij eiseres verzekerd was»;

Overwegende dat het verzekeringsvoorstel, dat Alain B. aan eiseres opstuurde, niet werd ondertekend door deze laatste ; dat op dit document alleen werd aangetekend dat eiseres een aanvraag om inschrijving, door haar gemachtigde ondertekend, heeft verzonden naar het Ministerie van Verkeerswezen op 23 juli 1985 ;

Overwegende dat de appelrechters, nu zij niet vaststellen dat eiseres haar akkoord om een verzekeringsovereenkomst af te sluiten met aanvang op 20 juli 1985 heeft overgezonden aan Alain B. die daarvan kennisnam of redelijkerwijze kennis kon nemen, niet wettig besluiten tot het bestaan tussen eiseres en voornoemde van een op die datum ingaande verzekeringsovereenkomst ; dat zij, nu zij ook niet vaststellen dat eiseres een aanvraag om inschrijving van een motorvoertuig ondertekende vóór 23 juli 1985, evenmin wettig oordelen dat eiseres zich tegenover derden verbonden heeft tot verzekering van de civielrechtelijke aansprakelijkheid waartoe dat voertuig aanleiding kon geven vanaf een vroegere datum ;

Dat de middelen gegrond zijn ;

...

MILITAIR GERECHTSHOF

27 JANUARI 1988

Voorzitter : de h. Simon

Openbaar ministerie : de h. Bogaert

Advocaten : mrs. Van den Bergen, Germeys, Hoefnagels
loco Segers en De Jonghe loco Vandermoere

1. Onrechtmatige overheidsdaad – Rechtstreekse aansprakelijkheid van de Staat voor fout van zijn orgaan – Persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan – Onvrijwillige

slagen en verwondingen – Aansprakelijkheid voor de lichtste fout in oorzakelijk verband met de verwondingen – 2. Strafvordering – Tussenkost – Ontvankelijkheid

1. De omstandigheid dat de Belgische Staat op grond van artikel 1382 B.W. rechtstreeks aansprakelijk is voor de fout door zijn orgaan in de uitoefening van zijn dienst begaan, sluit de persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan niet uit.

Zowel op grond van de artikelen 418 en 420 Sw. als op grond van artikel 1382 B.W. is het orgaan van de Staat aansprakelijk voor de lichtste fout die in oorzakelijk verband staat met de door de benadeelde opgelopen verwondingen.

2. De tussenkost voor de strafrechter mag geen vordering van burgerrechtelijke aard aanhangig maken, daar deze vordering door geen enkele wettekst uitdrukkelijk aan de strafrechter is toegewezen.

De voor het strafgerecht ingestelde burgerlijke rechtsvordering moet strekken tot herstel van de schade door een misdrijf veroorzaakt.

Wanneer de eis tot gedwongen tussenkost voor het strafrecht niet steunt op een nadeel dat de gedaagden hebben veroorzaakt, maar enkel gegrond is op de vordering de burgerlijke veroordelingen of een gedeelte ervan te dragen of de beklagde tegen deze burgerlijke veroordelingen te vrijwaren of de beklagde en de gedaagde in solidum te doen veroordelen, is het strafrecht ter zake onbevoegd.

Van der A. t/ T., Belgische Staat en N.V. de V.

Wat de burgerlijke rechtsvordering betreft

I. Over de aansprakelijkheid van de beklagde op burgerlijk gebied

Overwegende dat beklagde betwist dat hij kan veroordeeld worden t.a.v. de burgerlijke partij en hierbij verwijst naar de orgaantheorie ; dat hij beweert als een orgaan van de Staat te moeten worden beschouwd in zijn functie van militair en dat het orgaan per definitie in de publieke rechtelijke persoon opgaat en dat de logische gedachtengang van de theorie van het orgaan de mogelijkheid uitsluit van een persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan ;

Dat hij, om die theorie te steunen, het werk van A. Mast (*Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, nr. 503) en een arrest van het Hof van Beroep te Gent van 2 april 1957 (*R.C.J.B.*, 1958, 21) inroept ;

Dat hij beweert dat het *in casu* van belang is na te gaan of hij al dan niet een zware fout heeft begaan, wat hij ten stelligste betwist ; dat zijn fout enkel kan beschreven worden als een lichte fout, dat hij als zodanig als orgaan niet rechtstreeks ter verantwoording kan worden geroepen en dat derhalve de vordering vanwege de burgerlijke partij tegen hem als beklagde, als onontvankelijk, minstens ongegrond dient te worden afgewezen en dat de burgerlijke partij zich rechtstreeks dient te richten tot de Belgische Staat ;

Overwegende dat die thesis van beklagde totaal ongegrond voorkomt ;

Overwegende dat het niet betwist wordt dat beklagde, militair in actieve dienst op het ogenblik der feiten, als wachtopgaande RP van het depot Vremde, bezig was zijn pistool GP 9 mm schoon te maken in het wachtlokaal, en dat hij ten gevolge van een vergissing en een gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg, onopzettelijke slagen of verwondingen aan Stephan T., heeft toegebracht ;

Overwegende dat het onderhouden, schoonmaken en controleren van zijn wapen ongetwijfeld uitgevoerd werden in de uitvoering van zijn dienst en dat hij op het ogenblik van de feiten, als orgaan van de Belgische Staat handelde;

Overwegende dat het feit dat de Belgische Staat rechtstreeks aansprakelijk is op grond van artikel 1382 B.W., geenszins de aansprakelijkheid van beklaagde voor de schadelijke gevolgen van zijn gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg uitsluit;

Dat de persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan steeds bestaat, ook als het als orgaan handelt, en dat de omstandigheid dat de Belgische Staat rechtstreeks aansprakelijk is op grond van artikel 1382 B.W., deze persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan niet uitsluit (zie o.m. Cass., 17 juni 1982, *R.W.*, 1984-85, 1143; Cass., 27 oktober 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 307);

Overwegende dat zowel op grond van de artt. 418 en 420 Sw. op strafgebied, als op grond van artikel 1382 B.W. op burgerlijk gebied, de beklaagde aansprakelijk is voor de lichtste fout die in oorzakelijk verband is met de verwondingen opgelopen door de burgerlijke partij;

Dat de vordering van de burgerlijke partij tegen de beklaagde dan ook ontvankelijk is;

...

III. Dagvaarding tot gedwongen tussenkomst en vrijwaring van de Belgische Staat

Overwegende dat de eerste rechter terecht deze vordering tot gedwongen tussenkomst van de Belgische Staat in de persoon van de minister van Landsverdediging ontoelaatbaar verklaard heeft;

Overwegende dat de tussenkomst voor de strafrechter geen vordering van burgerrechtelijke aard, die door geen enkele wettekst uitdrukkelijk aan de strafrechter toegewezen is (zoals bijvoorbeeld door artikel 9 van de wet van 1 juli 1956, betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen), aanhangig mag maken (zie Cass., 24 maart 1947, *Arr. Cass.*, 1947, 93, *Pas.*, 1947, I, 123);

Dat de burgerlijke rechtsvordering, ingesteld voor het strafgerecht, tot herstel van de schade door een misdrijf veroorzaakt, moet strekken;

Dat, wanneer de eis tot tussenkomst niet steunt op een nadeel dat de gedaagden hebben veroorzaakt, doch enkel gegrond is op de vordering de burgerlijke veroordelingen, of een gedeelte ervan, te dragen of de beklaagde tegen deze burgerlijke veroordelingen te vrijwaren, of beklaagde en gedaagde in solidum te doen veroordelen, het strafgerecht ter zake onbevoegd is;

Dat die vordering tot vrijwaring dan ook niet ontvankelijk is;

IV. Dagvaarding tot gedwongen tussenkomst en vrijwaring van de N.V. De V.

Overwegende dat de eerste rechter eveneens terecht deze vordering tot gedwongen tussenkomst en vrijwaring ontoelaatbaar heeft verklaard;

Overwegende dat, zoals hierboven reeds verklaard voor wat de dagvaarding in gedwongen tussenkomst en vrijwaring van de Belgische Staat betreft, het gaat over een kwestie van burgerlijke aard tussen de beklaagde en de verzekeringsmaatschappij, die op grond van een familiale polis, de aansprakelijkheid van de beklaagde dekt;

Dat de eis tot tussenkomst aldus niet steunt op een nadeel dat de gedaagden hebben veroorzaakt, doch enkel gegrond is op de vordering de burgerlijke veroordelingen door de verzekeringsmaatschappij te doen dragen, geheel of gedeeltelijk;

Dat het strafgerecht ter zake onbevoegd is (zie o.m. *A.P.R.*, *Tussenkomst van derden voor de strafrechter*, blz. 27);

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER – 15 FEBRUARI 1990

Voorzitter: de h. Bijl

Raadsheren: de hh. Rozie (rapporteur) en L. Van Gelder
Openbaar ministerie: mevr. Dekkers

Advocaten: mrs. Smeets loco de Liedekerke en Marissens
loco Rosius

Merk – Namaking – Klachtvereiste

Uit de bewoordingen van art. 14 van de wet van 1 april 1879 kan worden afgeleid dat de klacht van de benadeelde partij aan de uitoefening van de strafvordering moet voorafgaan.

Met het uitoefenen of instellen van de strafvordering wordt hier bedoeld het vorderen van een gerechtelijk onderzoek, de vordering tot verwijzing naar het vonnisgerecht of de rechtstreekse dagvaarding voor de correctionele rechtbank door de procureur des Konings.

N.V. L. e.a. t/ C.

Overwegende dat beklaagde ervan verdacht wordt te H. op 8 februari 1988 wetens produkten met een nagemaakt of bedrieglijk aangebracht merk te hebben verkocht, te koop gesteld of in de handel gebracht, meer bepaald de merken (...);

Overwegende dat voor voormelde feiten, die strafbaar worden gesteld door artikel 8, vierde lid, van de wet van 1 april 1879 betreffende de fabrieks- en handelsmerken, de uitoefening van de strafvordering afhankelijk is van een klacht van de benadeelde (artikel 14 van de Merkenwet); dat uit de tekst zelf van de wet afgeleid kan worden dat de klacht anterior moet zijn aan de uitoefening van de strafvordering;

Overwegende dat met het uitoefenen of instellen van de strafvordering te dezen bedoeld wordt: het vorderen van een gerechtelijk strafonderzoek, de vordering tot verwijzing naar de correctionele rechtbank of politierechtbank en de rechtstreekse dagvaarding voor de correctionele rechtbank door de procureur des Konings;

Overwegende dat de procureur des Konings te Turnhout op 27 juli 1988, na het indienen van een klacht door elk van de benadeelden, bevel heeft gegeven de beklaagde C. voor de correctionele rechtbank te dagvaarden; dat de rechtspleging dan ook een regelmatig verloop heeft gekend en er geen redenen zijn om de vaststellingen, opsporingen en onderzoeksverrichtingen van de politie nietig te verklaren omdat ze aan het indienen van de klachten zijn voorafgegaan;

...

NOOT – In dezelfde zin : Corr. Luik, 12 december 1911, *Pas.*, 1912, III, 70; Corr. Gent, 13 maart 1930, *J.T.*, 1930, 328; Mil. Hof Luik, 4 juni 1948, *Pas.*, 1948, II, 86; J. HOEF-FLER, *Traité de l'instruction préparatoire*, p. 71; R. DECLERCO, *Strafvordering*, 8e druk, I, 28; A. VANDEPLAS, «Klachtmisdrij-ven in de merkenwetgeving», *R.W.*, 1973-74, 612, nr. 28.

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER – 27 APRIL 1990

Voorzitter : de h. Mertens

Raadsheren : de hh. Staessens en Van Peteghem

Openbaar ministerie : de h. De Wilde

Advocaat : mr. Daenen

Landmeter – Regeling van het beroep – Eed

Het K.B. van 31 juli 1825 heeft een geheel van maatregelen getroffen tot regeling van het beroep van landmeter, o.m. straf-bepalingen.

Die maatregelen, die kracht van wet hadden onder het po-litieke regime dat het land toen beheerste, kunnen sedert de Grondwet van 7 februari 1831 slechts door wetgevende bepa-lingen worden gewijzigd en niet door de koninklijke besluiten 1 december 1921 en 18 mei 1936.

Ongegrond is het verzoek van de landmeter om bij de recht-bank van eerste aanleg de eed als landmeter af te leggen.

De Z.

Advies van de advocaat-generaal L. de Wilde

Het cassatiearrest van 27 april 1964 (*Pas.*, I, 907) evenals de arresten nrs. 13.554 en 13.555 van 14 mei 1969 van de Raad van State (Verzam. 1969, blz. 539) beslissen in over-eenstemmende bewoordingen dat het K.B. van 31 juli 1825, houdende bepalingen betreffende het uitoefenen van be-roep van landmeter, genomen op grond van artikel 73 van de Fundamentele Wet (= Grondwet) van 24 augustus 1815, dezelfde bindende kracht heeft als een wet. Bedoeld besluit van 1825 maakt een volledig geheel uit, dat de uitoefening van het beroep van landmeter reglementeert.

Bij gebrek aan wet die de Koning machtigt om dit beroep te reglementeren, missen de K.B. van 1 december 1921 en 18 mei 1936, die dit wel doen op een met het K.B. 1825 strij-dige wijze, elke wettelijke grondslag.

In een artikel «Exercice de la profession de géomètre-ex-pert immobilier» in de *Revue pratique du notariat belge* (1964, 341) komt de auteur eveneens tot het besluit dat voornoemd K.B. van 1921 en 1936 onwettig zijn en hij merkt op dat de doctrine reeds de mening was toegedaan sinds 1936, onmid-dellijk na de publikatie van het K.B. van 18 mei 1936.

Het O.M. mag dus de eedaflegging niet vorderen, en de rechtbank mag deze eedaflegging niet aanvaarden, van de kandidaten landmeters-experts die erom verzoeken. Zij ver-keren immers niet in de wettelijke voorwaarden om de eed te mogen afleggen en ze zijn bovendien strafbaar op grond van art. 1 van de wet van 6 maart 1818, indien ze het beroep uitoefenen. Het is hun anderzijds niet mogelijk het diploma te behalen waarvan sprake is in het enige nog steeds gelden-

de K.B. van 31 juli 1825, aangezien de examencommissie, die daartoe in deze wetgeving is voorzien, op onwettige wijze werd opgeheven en vervangen bij het voornoemd K.B. van 18 mei 1936, derhalve geen wettige diploma's kan afleveren. En nochtans levert zij er nog steeds af : de houders ervan komen bedrogen uit.

Weliswaar werd er een besluit van de Vlaamse Executieve van 14 februari 1990 getroffen tot wijziging van het konink-lijk besluit van 20 september 1978 ter uitvoering van art. 2, § 1, 2°, 3° en 4°, van de wet van 18 februari 1977 betreffende de inrichting van het hoger onderwijs en inzonderheid van het technisch hoger en het agrarisch hoger onderwijs van het lange type, maar de wijziging heeft pas uitwerking vanaf het schooljaar 1990-1991, zodat het zonder invloed blijft op de onderhavige zaak.

Advies : ongegrond hoger beroep.

Arrest

Bij verzoekschrift van 23 januari 1990 heeft Winfred de Z. hoger beroep ingesteld tegen een vonnis van 14 november 1988 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk, in raadkamer, waarbij zijn verzoek om de eed te mogen afleg-gen als landmeter werd afgewezen als ongegrond.

Dit verzoekschrift is regelmatig naar de vorm en ook tijdig daar niet blijkt dat de griffier van de rechtbank van eerste aanleg heeft gehandeld zoals voorgeschreven door artikel 1030 van het Gerechtelijk Wetboek, zodat de in artikel 1031 van zelfde wetboek bepaalde termijn van één maand om ho-ger beroep in te stellen geen aanvang heeft kunnen nemen.

1. De grieven van appellant tegen het bestreden vonnis zijn de volgende :

- hij verkreeg het diploma na het afleggen van be-kwaamheidsproeven en, indien aangenomen wordt dat de koninklijke besluiten van 2 december 1921 en van 18 mei 1936 onwettig zijn, schept zulks rechtsonzekerheid ;

- een aantal landmeters werden na het arrest van het Hof van Cassatie van 27 april 1964, waarbij vastgesteld werd dat de koninklijke besluiten van 1921 en van 1936 geen wet-telijke grond vinden in het koninklijk besluit van 31 juli 1825, wel beëdigd, waardoor zij een groter professioneel voordeel krijgen ;

- verschillende wetteksten en circulaires maken melding van de «beëdigde landmeter», hetgeen geen enkele zin zou hebben indien dit beroep niet zou bestaan ;

- voor het beroep van landmeter wordt een leeftijdsver-eiste gesteld in het koninklijk besluit van 18 mei 1936 ;

- uit een circulaire van 20 augustus 1862 van de minister van Justitie blijkt dat de eed in wezen een politieke hande-ling is en daarom slechts kan worden afgenomen van meer-derjarigen ;

- de Overheid schrijft jaarlijks het examen uit op grond van het koninklijk besluit van 18 mei 1936 en is door haar handelwijze van oordeel dat dit koninklijk besluit moet wor-den nageleefd in al zijn aspecten, waaronder de beëdiging.

2. Het koninklijk besluit van 31 juli 1825 heeft een geheel van maatregelen getroffen tot regeling van het beroep van landmeter, o.m. ook strafbepalingen.

Deze maatregelen, die kracht van wet hadden onder het politiek regime dat ons land toen beheerste, kunnen sedert de Grondwet van 7 februari 1831 slechts door wetgevende bepalingen wijzigingen ondergaan en niet door de koninklij-ke besluiten van 1921 en van 1936.

Deze koninklijke besluiten zijn immers méér dan loutere uitvoeringsmaatregelen daar zij grondige wijzigingen aanbrengen in de wijze waarop de bekwaamheidsproeven worden afgenomen, wat gelijk te stellen is met de opheffing van vroegere wetteksten.

Aldus kon artikel 67 van de Grondwet niet van toepassing zijn.

Daarenboven heeft, krachtens artikel 78 van de Grondwet, de Koning geen andere macht dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen.

Gelet op het feit dat de Koning noch ingevolge de Grondwet noch ingevolge de wet bevoegdheid heeft gekregen om in deze materie regelend op te treden, is de wetgever, gelet op zijn residuaire bevoegdheid, uitsluitend bevoegd.

De koninklijke besluiten van 1 december 1921 en van 18 mei 1936 moeten derhalve als onwettig worden aangemerkt, hetgeen overigens reeds herhaaldelijk is vastgesteld (cf. Cass., 27 april 1964, *Pas.*, 1964, I, 907; Arresten R.v.St., nrs. 13554 en 13555, Verzameling 1969, blz. 539).

Bij gebrek aan tussenkomst van de wetgever geldt in de besproken materie dientengevolge nog steeds het koninklijk besluit van 31 juli 1825, dat op onwettige wijze werd opgeheven.

3. De bewering van appellant dat de onwettigheid van de besproken koninklijke besluiten «rechtsonzekerheid» zou scheppen, is mogelijk juist doch «rechtsonzekerheid» als zodanig doet niets af aan het verbod onwettige koninklijke besluiten toe te passen (art. 107 van de Grondwet) en het is niet omdat een aantal rechtbanken desalniettemin toch zijn overgegaan tot de beëdiging van landmeters, die niet in de wettelijke voorwaarden verkeren om de eed te mogen afleggen en die daardoor een groter professioneel voordeel zouden verkrijgen, dat deze onwettige handelwijze mag worden bestendigd.

Het behoeft geen nader betoog dat de verwijzing in wetteksten en in «circulaires» naar het beroep van beëdigd landmeter en/of naar het karakter van hun eed, geen afbreuk kan doen aan de onwettigheid van de koninklijke besluiten van 1921 en van 1936.

Het feit dat de Overheid examens uitschrijft op grond van het onwettig koninklijk besluit nr. 384 van 18 mei 1936, waarin ook de voorwaarden bepaald zijn om toegelaten te worden tot de eedaflegging, kan evenmin iets veranderen aan de onwettigheid van de aangehaalde koninklijke besluiten, op grond waarvan landmeters geen wettelijk diploma kunnen behalen.

Het is de landmeters overigens vooralsnog niet mogelijk geweest enig wettelijk diploma te behalen aangezien de examencommissie, die werd ingesteld door het koninklijk besluit van 31 juli 1825, dat nog steeds kracht van wet heeft, op onwettige wijze werd opgeheven.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 11 OKTOBER 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplass
Raadsheren: de hh. Luyckx en Renaers
Openbaar ministerie: de h. De Swaef
Advocaat: mr. Meeus

Dwangsom – Strafzaken – Art. 1385bis Ger. W.

Ook in strafzaken vermag de rechter niet van ambtswege een dwangsom op te leggen. Luidens art. 1385bis Ger. W. kan de rechter slechts op vordering van één der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd.

De W.

Overwegende dat de beklaagde toestemming had gekregen om op het betrokken perceel een houten loods op te richten tijdens de bouwwerkzaamheden die hij aan het uitvoeren was; dat hij echter op het bouwwerk en daarrond op het perceel een stortplaats heeft ingericht waar allerlei afvalstoffen werden opgeslagen; dat hij er oud ijzer, ethyleenbuizen, rot hout, lege vaten, steenpuin, kasseien e.d. heeft opgestapeld;

Overwegende dat de beklaagde herhaalde malen werd aangemaand deze afval te verwijderen en dat hij daar geen gevolg aan heeft gegeven; dat ook thans nog talloze afvalstoffen op dit perceel liggen en dat de beklaagde ten onrechte beweert dat het om bouw materiaal gaat;

...

Overwegende dat de eerste rechter niet vermocht de beklaagde van ambtswege een dwangsom op te leggen; dat luidens artikel 1385bis van het Gerechtelijk Wetboek de rechter slechts op vordering van één der partijen de wederpartij kan veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd;

Overwegende dat het onontbeerlijk is dat de verwijdering van de afvalstoffen wordt bevolen en dat bij gebreke van verwijdering van deze stoffen, de verwijdering op kosten van de veroordeelde wordt uitgevoerd;

...

CORRECTIONELE RECHTBANK TE TONGEREN

3e KAMER – 22 JUNI 1988

Voorzitter: de h. Jadoul

Rechters: mevr. Noben en de h. Sas

Advocaten: mrs. Stas en Ilse loco Renier

Onrechtmatige daad – 1. Schade en schadeloosstelling – Immobilisatie van beschadigd materieel van de N.M.B.S. – Duur van de gebruiksduur – 2. Oorzakelijk verband – Wettelijke en/of statutaire verplichting van de N.M.B.S. om reservematerieel te bezitten en te onderhouden

1. De immobilisatie van beschadigd materieel van de N.M.B.S. strekt zich uit over zowel de herstellingsduur als de tijd die nodig is voor de overbrenging van het beschadigde materieel naar de gespecialiseerde werkplaats. Deze immobilisatie vereist het inzetten van reservematerieel, dat telkens een volledige kalenderdag wordt gebruikt ten einde tot een maximale rendabiliteit te komen.

2. De wettelijke en/of statutaire verplichting van de N.M.B.S. om reservematerieel te bezitten en te onderhouden, doorbreekt niet het oorzakelijk verband tussen de schade door gebruiksduur en het ongeval, omdat niet alleen onderhoudsbeurten en

technische herstellingen, maar ook de talrijke ongevallen door derden veroorzaakt aan dit reservepark ten grondslag liggen.

N.M.B.S. t/ V.-C.

Overwegende dat de eerste rechter terecht de vordering van de burgerlijke partij, de N.M.B.S., ten bedrage van 42.820 frank, ontvankelijk en volledig gegrond heeft verklaard;

Dat genoemd bedrag een vergoeding wegens gebruiksderiving betreft voor een elektrische locomotief gedurende twee dagen (2 x 21.198 frank);

Overwegende dat beklagde betwist gehouden te zijn tot vergoeding van deze schadepost, bewarend: 1. dat de schade zich beperkt tot een gebarsten ruit, die in een tijdsduur van 2 uur en 50 minuten hersteld werd; 2. Dat er geen oorzakelijk verband is tussen deze schade en het ongeval;

1) Overwegende dat de burgerlijke partij ter voldoening van recht aantoonde dat de herstelling van de beschadigde locomotief in de werkplaats te Oostende een immobilisatie van twee dagen met zich meebracht;

Dat immers niet alleen de effectieve herstelduur (2.50') in rekening gebracht dient te worden;

Dat een dergelijke herstelling noodzakelijk uitgevoerd diende te worden in de *in casu* verafgelegen gespecialiseerde werkplaats (Oostende);

Dat de immobilisatie van het beschadigde materieel voor de duur en de overbrenging en herstelling, het inzetten van reservematerieel met zich meebrengt ten einde te voldoen aan de noodwendigheden van het treinverkeer;

Dat het reservematerieel dient te worden ingezet per volledige kalenderdag ten einde tot een maximale rendabiliteit te komen;

Dat gelet op deze specifieke omstandigheden een gebruiksderiving van twee dagen volkomen verantwoord is;

Overwegende dat de becijfering van het dagbedrag der gebruiksderiving op zichzelf niet betwist wordt en voor geen kritiek vatbaar is;

2) Overwegende dat beklagde vervolgens opwerpt dat er geen oorzakelijk verband is tussen de gevorderde gebruiksderiving en het ongeval;

Dat hij ten onrechte stelt dat, daar de N.M.B.S. statutair en wettelijk verplicht is reservematerieel te bezitten en te onderhouden, het inschakelen van dit beschikbare materieel (tengevolge van door derden veroorzaakte schade) geen bijkomend verlies of schade betekent;

Overwegende dat deze Rechtbank, de zienswijze van de eerste rechter volgend, van oordeel is dat *in casu* het oorzakelijk verband niet doorbroken wordt door de statutaire en/of wettelijke verplichting reservematerieel te bezitten;

Dat de N.M.B.S. — die gehouden is de continuïteit van het treinverkeer te verzekeren — niet alleen wegens onderhoudsbeurten en technische herstellingen van het effectief materieel, genoodzaakt is een reservepark te onderhouden;

Dat de talrijke ongevallen door derden veroorzaakt mede aan deze noodzaak ten grondslag liggen;

Overwegende dat het beroep dan ook als ongegrond dient te worden afgewezen;

BURGERLIJKE RECHTBANK TE GENT

15e KAMER — 25 OKTOBER 1988

Voorzitter: de h. De Buck

Advocaten: mrs. Moreau en Carneval

1. Aanneming van werk — Contract met projectbureau — Onderscheid — Keuze van architect — 2. Woningbouw — Wet van 9 juli 1971 — Niet-vermelding van de in art. 7 bepaalde gegevens — Nietigheid — Gevolg

1. Het onderscheid tussen een aannemingscontract en een contract met een projectontwikkelaar is o.m. hierin gelegen dat bij dit laatste contract de projectontwikkelaar zelf de architect aanstelt en ervoor waakt dat deze zijn wettelijke opdracht uitvoert.

2. Een overeenkomst die onderworpen is aan de wet van 9 juli 1971, is nietig als daarin niet de in art. 7 van de wet opgesomde vermeldingen voorkomen.

De verkoper of aannemer die foutief heeft gehandeld door zijn wederpartij een contract te laten sluiten dat niet beantwoordt aan de voorschriften van de wet, moet haar vergoeden voor de B.T.W. die hij haar heeft doen betalen op basis van een nietig contract.

D. en De W. t/ N.V. V.

Op 24 juli 1986 ondertekenden de eisers een overeenkomst voor de bouw van een huis op het lot nr. 13 te D. in een verkaveling. De totale prijs was bepaald op 2.400.000 fr., welk bedrag in verschillende gedeelten zou dienen te worden betaald. In deze prijs waren de architectkosten begrepen, zo blijkt althans uit artikel 2 van de overeenkomst. De eisers betaalden meteen de B.T.W. van 6% op het bedrag van 2.400.000 fr. De verweerster vroeg naderhand aan de eisers om een blanco-exemplaar van een architectencontract op naam van architect H. te ondertekenen. Bij schrijven van 19 december 1986 lieten de eisers aan de verweerster weten dat het contract strijdig is met artikelen 4 en 6 van de wet van 20 februari 1939 en derhalve nietig is.

De eis strekt ertoe:

— te doen zeggen voor recht dat de overeenkomst van 24 juli 1986 tussen partijen nietig is, minstens dat de betrokken overeenkomst ontbonden wordt ten laste aan de verweerster;

— de verweerster te doen veroordelen tot terugbetaling van 144.000 fr. met moratoire interesten vanaf 24 juni 1986, minstens vanaf 19 december 1986 tot de dag der dagvaarding en met de gerechtelijke interesten vanaf de dag der dagvaarding;

— de verweerster tevens te doen veroordelen tot betaling van een schadevergoeding voor genotsderiving ten belope van 250.000 fr. met de gerechtelijke interesten vanaf de dag der dagvaarding.

De verweerster stelt dat de eisers weigerden een bouw-aanvraag in te dienen en dat zij het contract eenzijdig hebben verbroken. Zij maakt voorbehoud om de schade wegens stijging van lonen en bouwmaterialen te verhalen op de eisers. Haar tegeneis, ingesteld bij conclusies van 24 maart 1987, strekt ertoe de eisers te doen veroordelen tot betaling van 1 fr. als provisie.

De partijen verschillen van mening over de kwalificatie van de overeenkomst van 24 juli 1986. De verweerster, die beseft dat een aannemingsovereenkomst volgens welke de keuze en de betaling van de architect aan de aannemer wordt overgelaten, nietig is, stelt dat de partijen een promotiecontract sloten, waarbij zij als bouwpromotor een resultaatverbintenis heeft aangegaan onder de wettelijke voorwaarden en rechtsgevolgen als geregeld door de wet van 9 juli 1971. De eisers betwisten deze stelling: volgens hen is de overeenkomst een loutere aannemingsovereenkomst. Deze zienswijze wordt door de rechtbank gedeeld. De bijzondere reden daarvoor is de volgende: een promotor heeft geen enkele reden om de opdrachtgever een architectencontract op naam van de door de promotor gekozen architect te laten ondertekenen, omdat de promotor zelf de architect aanstelt en ervoor waakt dat hij zijn wettelijke opdracht uitvoert. De promotor vervult ook zelf de formaliteiten met betrekking tot de bouwvergunning (zie K. Ver Berne, «Promotor», in *Het onroerend goed in de praktijk*, hoofdstuk 4, Kant en klaar-woning).

Deze twistvraag verloor haar belang op het ogenblik dat de eisers de nietigheid van de overeenkomst inriepen op grond van art. 13 van de Wet Breyne. De partijen zijn het erover eens dat, ongeacht de juridische kwalificatie van de overeenkomst, deze wel in alle geval toepasselijk is op de litigieuze overeenkomst. In dat geval moet de overeenkomst op straffe van nietigheid omvatten o.a.

- de identiteit van de eigenaar van de grond;
- de datum van uitgifte van de bouwvergunning en de voorwaarden van die vergunning;
- als bijlage, de nauwkeurige plannen en bestekken ondertekend door een tot de uitoefening van dit beroep in België toegelaten architect.

Deze zaken ontbreken in de litigieuze overeenkomst en op die grond moet de nietigheid van de overeenkomst uitgesproken worden, omdat de eisers zich daarop uitdrukkelijk hebben beroepen.

De verweerster beweert dat zij de 144.000 fr., die betaald werd als B.T.W. op de factuur van 28 juli 1986 gestort heeft aan de Belgische Staat en dat de eisers deze B.T.W. niet van de verweerster kunnen terugvorderen. De verweerster heeft foutief gehandeld door de eisers een contract te laten sluiten dat niet beantwoordde aan de voorschriften van de Wet Breyne. De eisers kunnen niets verschuldigd geweest zijn op basis van het contract omdat dit nietig is. Het blijkt ook niet dat door de verweerster prestaties zijn geleverd die voor de eisers enige waarde vertegenwoordigen en waarvoor BTW verschuldigd was. De verweerster moet de eisers vergoeden voor de B.T.W. die ze hen heeft doen betalen op basis van een nietig contract. Na betaling van deze vergoeding zal ze voor haarzelf de terugvordering van de B.T.W. als zodanig kunnen benaastigen.

De verweerster stelde dat de bijkomende vordering van de eisers tot betaling van een schadeloosstelling van 250.000 fr. wegens zogenaamde «genotsderving» elke grond mist daar eisers geen enkele schade of genotsderving hebben geleden.

Na deze opmerking lieten de eisers nog steeds na enig bewijs te leveren in verband met deze schadepost. Dat deel van de vordering kan niet worden ingewilligd.

Gelet op de nietigheid van het contract ontbreekt de grondslag waarop de tegeneis gebaseerd werd.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

23e KAMER – 10 FEBRUARI 1989

Rechter: mevr. Bax

Advocaten: mrs. Peeters en De Cannière

Stedebouw – Meerwaarde – Bepaling

De bevoegdheid om de geldsom te bepalen, gelijk aan de meerwaarde die het goed door een overtreding van de Stedebouwwet heeft verkregen, komt blijkens art. 65 van de wet van 29 maart 1965 uitsluitend aan de strafrechter toe. Het Vlaamse Gewest heeft daartoe geen bevoegdheid.

Als de beslissing van de strafrechter in kracht van gewijsde is gegaan, kan geen vergelijk in de zin van art. 65, § 3, van de wet van 29 maart 1965 worden getroffen met de minister of met de gemachtigde ambtenaar.

Van S. t/ Het Vlaamse Gewest

Overwegende dat de vordering ertoe strekt te doen zeggen voor recht dat eiseres ingevolge de gesloten transactie niets meer verschuldigd is uit hoofde van de bouwovertredding te (...);

Overwegende dat, bij een in kracht van gewijsde gegaan arrest van 30 april 1986 van het Hof van Beroep te Antwerpen, eiseres veroordeeld werd om aan verweerder een geldsom van 600.000 fr. te betalen wegens een bouwovertredding indien het gebouw in kwestie niet binnen een jaar in de vorige staat zou worden hersteld;

Overwegende dat, blijkens voormeld arrest, de gemachtigde ambtenaar van het Bestuur van Stedebouw en Ruimtelijke Ordening en het college van burgemeester en schepenen van E. in gemeen overleg verkozen hebben te vorderen dat eiseres bij wijze van herstel een geldsom zou betalen die gelijk is aan de meerwaarde van het goed die door het misdrijf is verkregen; dat de omvang van deze meerwaarde door het hof werd bepaald;

Overwegende dat eiseres aanvoert dat, parallel met deze zaak, een voorstel werd uitgewerkt waarbij verweerder zich verbond slechts 235.440 fr. te zullen vorderen op voorwaarde dat eiseres zich verbond op het gehele perceel geen ander bouwwerk op te richten of geen verkaveling van dit perceel te zullen aanvragen; dat dit bedrag door eiseres werd betaald op 5 augustus 1987; dat verweerder het bedrag van 368.982 fr. als saldo (4.422 fr. gedingkosten inbegrepen) opeist;

Overwegende dat verweerder niet de bevoegdheid heeft om het bedrag van de meerwaarde, waarnaar art. 65 van de wet op de stedebouw verwijst, te bepalen; dat deze bevoegdheid duidelijk blijkens de tekst aan de rechter werd overgelaten (Senaat, parlementaire handelingen, vergadering 20 oktober 1970, blz. 82); dat enkel voor de overtredingen begaan vóór de inwerkingtreding van de wet van 22 december 1970, waarbij in art. 65 Stedebouwwet het selsel van de herstelmaatregelen werd versoepeld en waarvan het herstel reeds vóór die inwerkingtreding door een definitief vonnis of arrest van een straf- of burgerlijke rechtbank was bevolen, de gemachtigde ambtenaar met instemming van het schepencollege en van de benadeelde derde van de uitvoering van het vonnis kan afzien op voorwaarde dat de veroordeel-

de het bepaalde transactiebedrag betaalt en de bouw- of aanpassingswerken uitvoert die hij voorschrijft;

Overwegende dat het in casu gaat om de bouwovertredding die zich heeft voorgedaan na de inwerkingtreding van de wet van 22 december 1977; dat bijgevolg geen toepassing kan worden gemaakt van voormelde overgangsregeling (art. 76bis Stedebouwwet);

Overwegende dat art. 65, § 3, Stedebouwwet de mogelijkheid biedt een vergelijk te treffen dat de strafvordering en de overheidsvordering tot herstel doet vervallen; dat dit vergelijk wordt voorgesteld door de minister of de gemachtigde ambtenaar en de instemming vergt van het schepencollege, hetgeen in casu is gebeurd; dat echter bovendien overeenkomstig de circulaire O.W. van 3 juli 1971 betreffende de straffen (B.S., 27 augustus 1971) het transactievoorstel moet worden voorgelegd voor advies van de procureur des Konings; dat met een gezamenlijke beslissing het vergelijk toe te staan de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen de procureur verzoeken de strafvordering te schorsen tot na het verstrijken van de termijn die zij de overtreder hebben verleend om het transactiebedrag te betalen; dat blijkbaar deze formaliteit niet werd vervuld zodat de strafvordering niet werd geschorst en een strafrechtelijke veroordeling door voormeld arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen werd uitgesproken; dat van een vergelijk in de zin van art. 65, § 3, Stedebouwwet dan ook geen sprake kan zijn bij gebreke van een definitief akkoord;

Overwegende dat het arrest van 30 april 1986 definitief is zodat over de toenmalige vordering niet opnieuw kan worden beslist en de onderhavige huidige vordering onontvankelijk is;

...

NOOT – De meerwaarde in de Stedebouwwet

1. Art. 65, § 3, Stedebouwwet laat toe dat de minister of de gemachtigde ambtenaar, met instemming van het college van burgemeester en schepenen, in bepaalde gevallen een vergelijk sluiten met de overtreder tegen wie straffen en herstelmaatregelen kunnen worden gevorderd. Het sluiten van een dergelijk vergelijk schort de publieke vordering op en de uitvoering van het vergelijk doet de publieke vordering vervallen (voor meer over het vergelijk, zie Merckx, D., «Over de transactie inzake stedebouwkundige misdrijven», *R.W.*, 1988-89, 856-858; Hubeau, B. en Peremans, R., *De sanctionering van stedebouwmisdrijven*, Brugge, 1990, 108-118; Vekeman R., *Ruimtelijke Ordening en Stedebouw*, Antwerpen, 1983, 296-298; Wastiels, F., *Administratieve Handleiding voor de Ruimtelijke Ordening en Stedebouw*, Heule, IV-IX, 10-12).

2. In bovenstaand vonnis komen voornamelijk twee overigens samenhangende juridische kwesties omtrent het vergelijk aan de orde.

Allereerst rijst de vraag of de overeenkomst waarnaar eiseres verwijst, iets afdoet aan het recht van het bestuur om tot de uitvoering van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest waarbij de overtreder reeds tot een herstelmaatregel is veroordeeld, over te gaan. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat desbetreffende overeenkomst niet kan ressorteren onder het juridisch gevolg dat de wet aan het vergelijk verbindt. Art. 65, § 3, in fine, bepaalt dat de publieke vordering en het recht van de overheid om enig verder herstel te eisen, vervallen door de betaling. In casu gaat

het om een overeenkomst tussen de overtreder en het bestuur, die misschien wel werd gesloten vóór de veroordeling, maar pas is uitgevoerd na de veroordeling door het Hof van Beroep te Antwerpen. De rechtsleer is weliswaar verdeeld over de vraag wanneer het vergelijk moet worden gesloten. Sommigen stellen dat het vergelijk reeds moet bestaan vóór de dagvaarding (zie De Suray, J., *Droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Brussel, 1974, 264, nr. 1015; Haumont, F., «Urbanisme», in *Rép. Not.*, XIV, 463, nr. 711; Merckx, D., *l.c.*, 857); anderen stellen dat het vergelijk kan zolang de rechtbank geen vonnis heeft gewezen (zie De Cordier P. en Lievens, H., «Sancties en herstelmaatregelen», in Seutin, B. en Vande Lanotte, J., *De recente evoluties en knelpunten in de ruimtelijke ordening en stedebouw*, 59, nr. 123; Vanden Borre, P., «Les permis de bâtir, de lotir, les certificats d'urbanisme et les sanctions», in *Le droit de la construction et de l'urbanisme*, Brussel, 1976, 337; Wastiels, F., *o.c.*, IV-IX, 8). Welk standpunt men hier ook inneemt, het doet niet af aan het feit dat de uitvoering van het vergelijk geschied moet zijn vóór de veroordeling.

Men zou zich kunnen afvragen of de overeenkomst waarnaar eiseres verwijst, het bestuur niet bindt als gewone contractspartij en of het bestuur derhalve niet moet afzien van de uitvoering van het arrest. Ook hier moet het antwoord negatief luiden. De stedebouwwet kent slechts aan het vergelijk het specifieke rechtsgevolg van het opschorten en, na betaling, het vervallen van de publieke vordering en van de herstelmaatregel toe. Voor zover niet voldaan is aan de wettelijke vereisten die aan het vergelijk worden gesteld, kan deze overeenkomst geen rechtsgevolgen hebben voor de uitvoerbaarheid van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest. Anders redeneren zou in strijd zijn met het openbare-ordekarakter van de stedebouwwetgeving.

3. De tweede kwestie behelst een vormvereiste van het vergelijk, nl. het voorleggen van het voorstel tot vergelijk voor advies aan de procureur des Konings. Dit vormvereiste werd opgelegd door een ministeriële circulaire van 3 juli 1971. In het Waalse Gewest werd deze circulaire vervangen door de circulaire van 13 mei 1977, waarin de vermelding van dit vormvereiste is weggefallen. Niettemin is het inwinnen van een advies van het O.M. ook daar in de praktijk blijven bestaan (zie Hubeau, B. en Peremans, R., *o.c.*, 73).

Over de vraag of behoudens het louter inwinnen van advies ook de instemming van de procureur des Konings is vereist, is de rechtsleer verdeeld (wel vereist: Vanden Borre, P., «Les permis de bâtir», in Flamme, M.-A., *Le droit de la construction et de l'urbanisme*, 1976, 338; Orban de Xivry, E., «Les sanctions administratives en droit de l'environnement», in Jadot B., *La répression des infractions en matière d'environnement*, 1987, 19; niet vereist: De Cordier, P. en Lievens, H., «Sancties en herstelmaatregelen», in Seutin, B. en Vande Lanotte, J., *De recente evoluties en knelpunten in de ruimtelijke ordening en stedebouw*, 1988, 60, nr. 128).

In deze zaak rijst de kwestie omtrent al dan niet instemming vanwege de procureur des Konings echter niet. Het sluiten van de bewuste overeenkomst werd immers niet aan de procureur des Konings meegedeeld, zodat het O.M. niet in de mogelijkheid verkeerde om te weten of de publieke vordering – zo er een was, het vonnis is hieromtrent onduidelijk – al dan niet moest worden opgeschort.

Prof. dr. B. Bouckaert
RUG

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Rb. Hasselt (Beslagrechter), 27 april 1990

Burgerlijke rechtspleging – Bewarend beslag op roerend goed – Beslag op de handelswaarde van voetballers

Verzoeker is schuldeiser van de V.Z.W. L., een voetbalvereniging. Deze vereniging kampt met financiële moeilijkheden en het enig actief is de waarde van haar elftal. De schuldeiser vreest dat deze spelers zullen worden «verkocht» aan andere clubs nu de transferperiode aanbreekt. Hij vraagt dan ook bewarend beslag te mogen leggen op de handelswaarde van deze voetballers op de transfermarkt. Dit beslag wordt toegestaan door de beslagrechter:

«Machtigen de verzoekende partij tot het leggen van bewarend beslag op de handelswaarde van de voetballers eigendom van de schuldenaar, de V.Z.W. L., en meer bepaald op: Q.S., B.J., ...»

(Beslagrechter: de h. Rotsaert – Advocaten: mr. Binne-mans – In de zaak: S. t/ V.Z.W. L.)

Arbrb. Antwerpen (12e Kamer), 17 mei 1990

Burgerlijke rechtspleging – Arbeidsgerecht – Bevoegdheid – Geschillen inzake arbeidsovereenkomsten – Aanvullend bovenwettelijk pensioen

Ten aanzien van de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank m.b.t. een vordering van een gepensioneerde, gewezen werknemer, gericht tegen zijn gewezen werkgever, tot verhoging van een aanvullend bovenwettelijk pensioen, beslist de rechtbank:

«Verweerster stelt dat de arbeidsrechtbank niet bevoegd is om kennis te nemen van de vordering, omdat eiser op het ogenblik dat de vordering werd ingesteld noch als arbeider noch als bediende beschouwd kon worden en het gestelde probleem niet rechtstreeks voortvloeit uit de bestaande arbeidsrelatie tussen de eisende en de verwerende partij en/of haar oorsprong vindt in een contractuele arbeidsrelatie.

...

«Wat de exceptie van onbevoegdheid betreft, is de Rechtbank van oordeel dat zij bevoegd is om kennis te nemen van de vordering, en dit op grond van artikel 578, 1°, van het Ger.W.

«Het recht dat eiser vordert is immers ontstaan naar aanleiding van de arbeidsovereenkomst.»

(Voorzitter: de h. Goemans – Advocaten: mrs. Lenaerts en Mathijs – In de zaak: B. t/ N.V. C.)

BOEKEN

Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen: Frankreich, Österreich, Schweiz, UdSSR, USA; HEIKE JUNG (red.) met bijdragen van MARTIN FINCKE, Heike JUNG, Robert HAUSER, Reinhard MOOS, Joachim HERRMANN en ANDRÉ VITU, Walter de Gruyter, Berlijn/New York, 1990, 164 pp.

Het boek *Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen* bevat een inleidend overzicht van de strafprocesrechtssystemen van de landen Frankrijk, Oostenrijk, Zwitserland, de Sowjetunie en de Verenigde Staten. De keuze is op deze strafprocesrechtssystemen gevallen omdat deze, aldus de inleider Heike Jung, voor de (Duitse) lezer van extra betekenis kunnen zijn. Dit laatste moet dan gezien worden in het licht van de educatieve functie van het boek. Een blik over de grenzen van het eigen nationale (i.c. Duitse) rechtsgebied kan volgens Jung leiden tot een beter inzicht in de grondslagen van niet alleen andere rechtssystemen, maar ook van het eigen rechtssysteem. Dit verklaart de keuze van rechtsstelsels die – althans op het eerste gezicht – duidelijk van het Duitse strafprocesrechtstelsel verschillen. Zo wordt het Amerikaanse strafproces als meer accusatoir beschouwd, terwijl het Oostenrijkse strafproces ten opzichte van het Duitse meer inquisitoir is. Ook het, op het communistische ideaal gebaseerde, strafprocesstelsel van de Sowjetunie verschilt natuurlijk in belangrijke mate van het Duitse stelsel. Voor het Zwitserse strafprocesrecht is gekozen, omdat dit – in vergelijking met Duitsland – meer gedecentraliseerd is. Voor het Franse strafprocesrechtstelsel is gekozen, niet zozeer vanwege de verschillen met het Duitse stelsel, maar omdat belangrijke beginselen, die in het Duitse strafprocesrecht voorkomen, hun wortels vinden op Franse bodem.

Behalve een beter inzicht in de grondslagen van het eigen (Duitse) strafprocesrechtstelsel heeft het boek volgens de inleider een tweede doel. Het beoogt te voorzien in een informatie lacune. De rechtsvergelijking zal, aldus Jung, gelet op de internationalisering een steeds belangrijker rol gaan spelen. Weliswaar zijn er al veel rechtsvergelijkende stukken geschreven, maar deze betreffen veelal specifieke deelgebieden van een buitenlands rechtstelsel, waarbij de algemene grondslagen van het betreffende strafprocesrechtstelsel veelal onderbelicht blijven, terwijl juist deze zo belangrijk zijn voor een goed begrip van dat stelsel. Het boek wil daarom een inleidende beschouwing geven over de algemene grondslagen van de betreffende vijf buitenlandse strafrechtstelsels.

Het eerste strafprocesrechtstelsel dat aan de orde komt is het Franse en wordt besproken door André Vitu (pp. 7-46). De auteur spitst zijn betoog toe op de volgende volgens hem belangrijke grondslagen van het Franse strafprocesrechtstelsel:

- de nauwe samenhang tussen de verschillende soorten strafbare feiten en de rechterlijke bevoegdheidsregeling;
- de sterke positie van het openbaar ministerie;
- het inquisitoire karakter van het voorbereidend onderzoek;
- het accusatoire karakter van het onderzoek ter terechtzitting;
- de toenemende invloed van het slachtoffer binnen het strafprocesrecht.

Het tweede stuk (pp. 47-82) is van de hand van Reinhard Moos en betreft het Oostenrijkse strafprocesrecht. De rode draad van het verhaal betreft de relatief sterke gelding van inquisitoire elementen binnen het Oostenrijkse strafprocesrecht. Zo zijn de onderzoeksrechter en de rechter die het eindonderzoek ter terechtzitting leidt, veelal een en dezelfde persoon. De gedachte hierachter is dat de onderzoeksrechter, vanwege de reeds door hem tijdens het vooronderzoek vergaarde kennis, beter in staat is de «waarheid» te vinden en beter de «juiste» straf kan toemeten. Beslissend in het Oostenrijkse strafprocesrechtstelsel is het vooronderzoek en niet het (openbare en meer op accusatoire leest geschoeide) eindonderzoek. Tijdens het eindonderzoek worden veelal geen getuigen gehoord. Het voorlezen van de processen-verbaal van de in het vooronderzoek gehoorde getuigen wordt voldoende geacht en zelfs dat voorlezen wordt ook wel – op basis van de (veronderstelde) toestemming van partijen – achterwege gelaten. De verdachte mag zich in het vooronderzoek laten bijstaan door een raadsman, zij het dat de bevoegdheden van de raadsman tot een minimum beperkt zijn. Onder druk van de Straatsburgse jurisprudentie mag de raadsman in

sommige gevallen nu wel bij het verhoor van getuigen in het vooronderzoek aanwezig zijn. Moos wijt het vasthouden aan inquisitoire elementen binnen het Oostenrijkse strafproces aan de veronderstelling dat toekenning van rechten aan de verdachte de waarheidsvinding maar belemmert en aan het grote vertrouwen in de rechter; de verdachte wordt voldoende beschermd, zo is de algemene opvatting, door zijn lot in handen van de rechter te leggen. Moos besluit met voorstellen tot veranderingen van het Oostenrijkse strafprocesrecht. Het zal niet verbazen dat deze voorstellen zien op een sterkere rechtspositie van de verdachte ten koste van de almacht van de Oostenrijkse strafrechter.

Het derde stuk (pp. 83-99) gaat over de strafprocesrechtstelsels in *Zwitserland* en is geschreven door Robert Hauser. Wellicht het meest opvallend aan het Zwitserse strafprocesrecht is de invloed van de federale staatsinrichting hierop. De met deze staatsinrichting samenhangende decentralisatie heeft ertoe geleid dat er verscheidene duidelijk van elkaar verschillende strafprocesrechtregelingen bestaan. Voorts maakt de federale staatsinrichting een vergaande invloed van het volk op zowel wetgeving als rechtspraak mogelijk. Het volk kan door middel van referenda direct invloed uitoefenen op het wetgevingsproces. Volgens Hauser is de stijl waarin de wet wordt opgesteld, beslissend voor het lot ervan; de wet moet eenvoudig en begrijpelijk zijn. Dit betekent wel, aldus Hauser, dat veelal gewerkt wordt met vage termen. Het gevaar voor rechtsonzekerheid, dat verbonden is aan het gebruik van deze vage termen, is volgens Hauser in de relatief kleine kantonale gemeenschappen minder groot dan dat in grotere gemeenschappen het geval zou zijn. De invloed van het volk op de rechtspraak bestaat eruit dat rechters gekozen worden voor een bepaalde tijd en daarna eventueel herkozen kunnen worden.

Het vierde stuk (pp. 101-131) betreft het strafprocesrecht in de *Sowjetunie* en is van de hand van Martin Finke. Hoewel ook voor een goed begrip van het sowjetrecht kennis van de staatsinrichting en de daaraan ten grondslag liggende ideeën van groot belang is, beperkt Finke zich meer tot de concrete uitwerkingen in het strafprocesrecht. Twee van die uitwerkingen betreffen de paternalistische en pedagogische grondslagen van het strafprocesrecht. In de Sowjetunie worden eventuele belangentegenstellingen in het strafproces ontkend; het strafproces is uiteindelijk ook in het belang van de verdachte. Het strafproces en de op te leggen straf dienen ertoe de verdachte op te voeden tot een waardig lid van de maatschappij. Behalve het ten laste gelegde feit staan in het proces ook de delictsoorzaak en de voorwaarden waaronder het delict gepleegd is centraal. In een «bijzonder besluit» kan de rechtbank bevelen aan derden dat die oorzaken en/of voorwaarden zoveel mogelijk worden weggenomen. Terechtingszittingen zijn weliswaar openbaar, maar deze openbaarheid dient niet de controle op het rechterlijk handelen en het procesgebeuren, doch veel meer het pedagogisch effect ervan op het publiek. Dit is ook de reden waarom de terechtzitting vaak van het gerechtshof verplaatst wordt naar bijvoorbeeld de werkplaats van de betrokkene. Op basis van het feit dat belangentegenstellingen binnen het strafproces worden ontkend, kan ook een verklaring gevonden worden voor het gebrek aan onpartijdigheid bij de rechterlijke macht. Zo komt het voor dat de rechters, voordat zij vonnis wijzen, telefonisch contact hebben met zowel hogere rechters als partijleden, teneinde de (politieke) aanvaardbaarheid van het vonnis zeker te stellen.

De laatste bijdrage (pp. 133-160) is van Joachim Herrmann en betreft het strafprocesrechtstelsel van de *Verenigde Staten*. Decentralisatie en het ontbreken van een hiërarchisch opgebouwde organisatie zijn volgens Herrmann belangrijke kenmerken van het Amerikaanse strafproces. Uitgangspunt is dat criminaliteitsbestrijding een plaatselijke aangelegenheid is. Aanklagers worden door de plaatselijke bevolking gekozen. Rechters worden hetzij gekozen door de plaatselijke bevolking, hetzij benoemd door regering of parlement. Ten slotte wordt ook de jury samengesteld uit de plaatselijke bevolking. Het ontbreken van een hiërarchisch opgebouwde organisatie leidt ertoe dat zowel op het handelen van de politie als op dat van de aanklager weinig controle bestaat. Dit gebrek aan controle is evenwel in de rechtspraak gedeeltelijk gecompenseerd; onrechtmatig verkregen bewijs wordt uitgesloten. Een derde en volgens Herrmann het belangrijkste kenmerk van het Amerikaanse strafprocesrecht is de waarde die toegekend wordt aan de eigen verantwoordelijkheid van de individuele verdachte. Dit laatste is een uitvloeisel van het klassieke liberale gedachtegoed. Binnen dit ge-

dachtengoed is voor een paternalistische overheid nauwelijks ruimte. Het belang dat toegekend wordt aan de eigen verantwoordelijkheid van de verdachte, verklaart ook waarom de verdachte veel makkelijker dan bijvoorbeeld op het Europese continent het geval is, afstand kan doen van de hem toegekende rechten. Zowel de «guilty plea» als de «plea bargaining» zijn gebaseerd op de gedachte dat de verdachte zelf het beste zijn eigen belangen kan nastreven. Bij de «guilty plea» doet de verdachte afstand van zijn recht de vraag of hij schuldig is te laten beoordelen door hetzij de rechter, hetzij de jury. De mogelijkheid van de «guilty plea» heeft geleid tot «plea bargaining»; de verdachte zegt toe afstand te doen van zijn recht op een beoordeling van zijn zaak door een rechter of jury, terwijl de aanklager in ruil hiervoor bijvoorbeeld een minder zwaar delict ten laste legt.

Lezing van de vijf bijdragen maakt duidelijk dat zij geschreven zijn met het oog op de Duitse jurist. Vaak worden er vergelijkingen gemaakt tussen het behandelde strafprocesrechtstelsel enerzijds en het Duitse recht anderzijds, waarbij kennis van het laatste wordt verondersteld. Dit is wellicht een nadeel maar de toespelingen op het Duitse recht zijn niet zodanig dat het boek voor degenen die niet op de hoogte zijn van het Duitse strafprocesrecht, onbegrijpelijk is. Een groot pluspunt van het boek is dat de daar beoefende rechtsvergelijking geen wetsvergelijking is, maar vooral een vergelijking betreft tussen de grondslagen van de verschillende strafprocesrechtstelsels. Mijns inziens is inzicht in de grondslagen van het te onderzoeken buitenlandse rechtstelsel onontbeerlijk voor een vruchtbare rechtsvergelijking. Nu zijn er weliswaar een aantal Nederlandstalige boeken waarin in het algemeen ingegaan wordt op grondslagen van verscheidene buitenlandse rechtstelsels, maar daarvan is geen enkel toegespitst op strafprocesrechtstelsels. De gene die wil beginnen met een rechtsvergelijkend onderzoek op het gebied van het Franse, Oostenrijkse, Zwitserse, Sowjet of Amerikaanse strafprocesrecht doet er denk ik goed aan de betreffende in dit boek opgenomen bijdrage eens door te lezen. Ten tweede kan het boek de door Jung voorgestane en hierboven genoemde educatieve functie vervullen; kennis van andere strafprocesrechtstelsels leidt veelal tot meer inzicht in het eigen nationale strafprocesrecht. Ten slotte kan het boek, denk ik, een functie hebben voor degenen die zich bezighouden op het gebied van artikel 6 E.V.R.M. en de daarbij ontwikkelde jurisprudentie. Daar waar in de Straatsburgse jurisprudentie vaak geschipperd moet worden tussen inquisitoire trekjes van een nationaal rechtstelsel en het meer op het accusatoire procesmodel geschoede artikel 6 E.V.R.M. kan wellicht enige kennis van meer en minder accusatoire processtelsels tot een beter begrip leiden van die Straatsburgse jurisprudentie en van de daaraan ten grondslag liggende problemen.

Anita den Hartog
Rijksuniversiteit Leiden

A.J.M. MACHIELSE, **Een requiem voor het gerechtelijk vooronderzoek**, Uitgeversmaatschappij Gouda Quint BV Arnhem, 1989, 47 pp.

Het boek is de tekst van een rede uitgesproken door mr. A.J.M. Machielse ter gelegenheid van de aanvaarding van het ambt van buitengewoon hoogleraar in het straf- en strafprocesrecht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen op woensdag 1 maart 1989.

Niet alleen in België maar ook in Nederland bestaat er onvrede over het verloop van het gerechtelijk vooronderzoek in strafzaken. Vanuit het oogpunt zowel van de normenhandhaving als van de rechtsbescherming komt het gerechtelijk vooronderzoek onder druk te staan.

Op 20 oktober 1988 installeerde de Nederlandse minister van Justitie de commissie Moons, die o.a. als opdracht kreeg te onderzoeken of er knelpunten zijn in de regeling van het gerechtelijk vooronderzoek die een wijziging van die regeling nodig maken. De rede van mr. Machielse wil een bijdrage leveren tot de gedachtenvorming.

Het werk van mr. Machielse is dan ook een kritische benadering van de huidige functie en betekenis van het gerechtelijk vooronderzoek als bevoegdhedenkader voor de rechter-commissaris als zelfstandig instruerend rechterlijk ambtenaar.

Bij de inrichting van het gerechtelijk vooronderzoek had de wetgever een rechtspolitiek en een pragmatisch doel voor ogen:

Vanuit rechtspolitiek standpunt moest het instituut van de onderzoekende rechter een waarborg zijn voor objectiviteit en onpartijdigheid. Op het pragmatische vlak werd, door tijdsbesparing en centralisatie van bevoegdheden, gestreefd naar meer efficiency en vaart in het gerechtelijk vooronderzoek.

Aan de hand van enkele voorbeelden komt de auteur tot de vaststelling dat noch het ene noch het andere niet altijd verwezenlijkt wordt in de praktijk.

Het bevel om dwangmaatregelen toe te passen tegen de verdachte diskwalificeert de rechter-commissaris als objectief en onpartijdig magistraat. Ook het verhoor onder ede van een getuige buiten aanwezigheid van de verdachte of diens raadsman zonder vermelding van de persoonsgegevens van de getuige kan de verdachte verontnuden over de loop die aan het gerechtelijk vooronderzoek wordt gegeven.

Op het pragmatische vlak komt de auteur enerzijds tot de vaststelling dat in het Nederlandse strafprocesrecht een verdachte in voorlopige hechtenis kan worden genomen zonder dat een gerechtelijk onderzoek tegen hem is gevorderd en anderzijds dat de zelfstandig instruerende rechterlijke ambtenaar niet ambtshalve een verdachte in bewaring kan doen nemen.

De koppeling aan een gerechtelijk vooronderzoek kan het effectief opsporen via een telefoontap illusoir maken, indien de verdachte er vroegtijdig lucht van krijgt dat een gerechtelijk vooronderzoek tegen hem gaande is. Een telefoontap zou dus ook buiten het gerechtelijk vooronderzoek moeten kunnen worden gerealiseerd.

Ook de officier van justitie kan onder bepaalde voorwaarden overgaan tot huiszoeking. Het is zelfs niet uitgesloten dat een huiszoeking wordt verricht zonder dat nadien een gerechtelijk vooronderzoek volgt.

Verder bestaat de mogelijkheid van een parallelle opsporing door openbaar ministerie en politie die een zelfstandig opsporingsonderzoek mogen verrichten tijdens het gerechtelijk vooronderzoek.

De bewering dat het gerechtelijk vooronderzoek door getuigenverhoor bijdraagt tot een ontlasting van de terechtzitting blijkt in de praktijk niet altijd bewaarheid. De strikte maximumtermijn van de voorlopige hechtenis maakte het de overbelaste en onderbezette rechter-commissaris moeilijk zoniet onmogelijk om alle relevante getuigen te horen in een strafzaak. De auteur acht het niet ondenkbaar een constructie op te bouwen waarin openbaar ministerie en verdachte het initiatief kunnen nemen om getuigen te horen buiten het gerechtelijke vooronderzoek.

Het gerechtelijk onderzoek biedt de mogelijkheid aan de rechter-commissaris om als tijdsbewaker op te treden en het onderzoek te bespoedigen, maar ook artikel 6, lid 1, E.V.R.M. garandeert een vlotte afhandeling door de verplichting een strafzaak af te handelen binnen een redelijke termijn.

Ook voor de inwendige openbaarheid, d.w.z. de mate waarin het strafonderzoek openlijk tegenover de verdachte en diens raadsman plaatsvindt, betekent de afschaffing van het gerechtelijke vooronderzoek niet dat de verdachte met lege handen staat. De eis van de «equality of arms», neergelegd in het «fair-trialbeginsel» van artikel 6, lid 1, E.V.R.M. verbiedt het afwikkelen van delen van het onderzoek waarbij wel het openbaar ministerie, maar niet de verdachte tegenwoordig of vertegenwoordigd is. Openbaar ministerie en verdediging moeten gelijkelijk toegang hebben tot de processtukken.

De auteur heeft ook enkele rechtsvergelijkende beschouwingen gegeven door verwijzing naar het gerechtelijk vooronderzoek in het Antilliaanse ontwerp wetboek van strafvordering en in de Strafprozeßordnung (StPO).

Verder wordt een bespreking gewijd aan artikel 316 WvSv. waarbij de rechter-commissaris met een gerechtelijk onderzoek wordt belast nadat het onderzoek ter terechtzitting is aangevangen in het licht van artikel 6 E.V.R.M.-kennisvoorsprong van een lid van het vonnisrecht als element om te twijfelen aan de onpartijdigheid). Mr. Machiels is van mening dat het verhoor van getuigen door een van de vonnisrechters in opdracht van het college waarin hij zitting heeft, geen schending uitmaakt van artikel 6 E.V.R.M. Hij verwijst ter zake naar artikel 40, lid 4, van het door het Europees Hof zelf opgestelde reglement betreffende de te volgen procedure luidens

welke het Hof in ieder stadium van de procedure een van zijn leden met een onderzoeksoverdracht kan belasten.

De auteur komt tot het besluit dat de rechtspolitieke opzet van de wetgever niet verwezenlijkt is. De rechter-commissaris kan niet zelfstandig en onpartijdig aan alle touwtjes trekken. Hij ziet in het E.V.R.M. een voldoende basis om het gerechtelijke vooronderzoek af te schaffen. De rechter-commissaris zal bij afschaffing van het gerechtelijk onderzoek telkens bij afzonderlijk verzoek of afzonderlijke vordering per incident geadieerd moeten worden.

Deze verhandeling is belangwekkend omdat zij, vanuit het Nederlandse strafprocesrecht, een nieuw licht werpt op de actuele betekenis van het gerechtelijk vooronderzoek in strafzaken tegen de achtergrond van het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens. De behandelde problematiek vertoont ook tal van raakvlakken met onze rechtspleging zodat er voor de Belgische penalisten heel wat denkstof voorhanden is. De frisse manier van benadering en de talrijke en uitvoerige voetnoten die het werk omkaderen en verhelderen maken dit «Requiem» tot een document dat een volwaardige plaats bekleedt in elke strafrechtsbibliotheek.

J. Luyckx

R. DAVID en G. GRASMAN, *Einführung in die grossen Rechtssystemen der Gegenwart*, tweede druk, München, Beck, 1989

Prof. René David wenste aan zijn werk *Les grands systèmes de droit contemporains* een wereldwijde verspreiding te geven. Hij slaagde erin rechtsvergelijkers uit andere taalgebieden te enthousiasmeren om een bewerking van zijn boek in hun taal uit te brengen. David wenste geen letterlijke vertalingen of bewerkingen die nauwgezet zijn ideeën volgden. Hij liet de auteurs de ruimste vrijheid, uitgaand van zijn concept, om hun eigen accenten te leggen en zijn werk met hun rechtsvergelijkende kennis te verbeteren. De werken die op deze wijze werden uitgegeven, zijn dan ook geen vertalingen, maar bijna nieuwe werken die dikwijls meer informatie en inzicht verschaffen dan hun Frans schoolvoorbeeld.

Onder leiding van prof. Grasmann van de Universiteit Würzburg brengen een aantal vooraanstaande Duitse auteurs thans een tweede druk van de Duitse uitgave. Daarbij baseren ze zich, althans volgens het titelblad, op de achtste Franse uitgave van David en Jauffret-Spinosi, die in 1982 in Parijs werd gepubliceerd (ondertussen werd de negende Franse uitgave in 1988 uitgegeven).

De nieuwe Duitse druk verschilt erg van de Franse uitgave, en dit is reeds te merken aan het algemeen deel van de hand van prof. Neumayer die de algemene problematiek van de rechtsvergelijking uiteenzet (geschiedenis, verhouding van rechtsvergelijking tot andere disciplines, indeling in rechtsfamilies). In een erg dogmatisch doordacht geheel, dat zijn Frans voorbeeld verre overtreft, slaagt Neumayer erin, gebruik makend van zijn uitmuntende historische kennis, het relatieve en het evolutieve van de indeling in rechtsfamilies aan te duiden.

Na deze inleidende uiteenzetting behandelen Grasmann en Müller-Guggenberger de Romaans-Germaanse rechtsfamilie, Will en Cloidt de common law (de eerste het Engelse, de tweede het Amerikaanse recht), Westen de socialistische familie, Stucker het Chinese recht, Grasmann het Japanse en het Indische recht, Klingmüller het islamitische recht en Wähler het Afrikaanse recht. Ook al zijn de bijdragen van Will en Cloidt reeds in 1984 afgesloten (met verouderde bibliografie: zo wordt Lawson, *Introduction to the Law of Property*, aangehaald met de editie van 1958, terwijl een editie uit 1982 op de markt is) en werden de andere bijdragen tot 1988 bijgewerkt — wat na de recente ontwikkelingen ook hier voor het socialistische recht, dat nochtans meer informatie bevat dan het Franse voorbeeld, weerom achterstand betekent —, kan men dit werk alleen erg positief beoordelen. Het overstijgt meermaals de macro-vergelijking en geeft onschatbare informatie over specifieke rechtsfiguren en hun achtergrond. Elke rechtsvergelijker zal deze Duitse versie van David's meesterwerk als een autonoom standaardwerk consulteren.

W. Pintens