

DE INTERNATIONALE STRAFRECHTELIJKE SAMENWERKING BIJ DE BESTRIJDING VAN DE E.E.G.-FRAUDE *.

I. Inleiding

De E.E.G. is een gemeenschap zonder strafrecht¹. Vooralsnog bezit de E.E.G. geen legislatieve, uitvoerende of rechterlijke bevoegdheden op strafrechtelijk gebied. Het gevolg hiervan is dat de handhaving van het E.E.G.-recht op strafrechtelijk gebied een louter nationale aangelegenheid is gebleven: het zijn de Lid-Staten die hiervoor de exclusieve verantwoordelijkheid dragen. Sedert het arrest van het Hof van Justitie in de Mais-zaak² is het duidelijk dat deze verantwoordelijkheid ook positieve verplichtingen omvat: uit het beginsel van de gemeenschapstrouw (art. 5 E.E.G.-Verdrag) vloeit voort dat de Lid-Staten de nodige (straf)wetgeving moeten afkondigen en zorgen voor een adequaat toepassingssysteem (opsporing, vervolging, berechting)³.

In de mate waarin E.E.G.-fraude een grensoverschrijdend fenomeen is vloeit m.i. uit de Mais-zaak niet alleen een louter nationale handhavingsverplichting voort: hoewel het Hof zich hierover niet uitdrukkelijk uitspreekt, omvat de handhavingsverplichting van de Lid-Staten m.i. ook de verplichting tot het organiseren van een adequaat internationaal samenwerkingsstelsel voor de bestrijding van de E.E.G.-fraude, niet alleen op administratief gebied⁴, maar ook, waar nodig, op het gebied van het strafrecht. Aangezien

de E.E.G. zelf daartoe niet de bevoegdheid heeft⁵, en er dus van een «verticaal» georganiseerde tussenstaatse samenwerking op strafrechtelijk gebied voorlopig geen sprake is, moet deze samenwerking thans verlopen via «horizontale» kanalen, langs de weg van de tussenstaatse samenwerking in strafzaken.

In deze bijdrage wordt onderzocht welke vormen deze samenwerking kan aannemen en hoe zij in de praktijk verloopt. Eerst wordt een status quaestionis opgemaakt van de bestaande modaliteiten van samenwerking op strafrechtelijk gebied en wordt kort aangegeven welk praktisch belang zij voor België vertonen. Vervolgens wordt een overzicht gegeven van recente initiatieven binnen en buiten de E.E.G. die een repercussie zouden kunnen hebben op de internationale samenwerking tussen de Lid-Staten ter bestrijding van de E.E.G.-fraude. In de laatste paragraaf wordt nagegaan welke conclusies hieruit voor België voortvloeien.

II. Internationale samenwerking in strafzaken: een status quaestionis van het Belgische rechtshulprecht gezien vanuit het oogpunt van de bestrijding van de E.E.G.-fraude

Omdat «E.E.G.-fraude» als dusdanig geen bestaand juridisch concept is in het communautair recht, geschiedt de kwalificatie van de daden die onder dit concept vallen naar het intern recht van de Lid-Staten. Hoewel het vaak om strafrechtelijk gesanctioneerde inbreuken gaat, zal de bejegening in vele gevallen een administratief, of een semi-administratief karakter hebben, zoals bv. de Ordnungswidrigkeiten in Duitsland⁶. T.a.v. de voorwaarde van dubbele incriminatie, die doorgaans gesteld wordt m.b.t. de internationale rechtshulp in strafzaken, kan dit een probleem opleveren, omdat meestal wordt vereist dat het feit waarvoor de samenwerking wordt gevraagd, strafbaar is in de strikte betekenis naar het recht van zowel de verzoekende als van de aangezochte staat. Voor louter administratieve inbreuken bestaan er afzonderlijke samenwerkingskanalen, bv. tussen de douane-autoriteiten van de Lid-Staten⁷. Voor semi-

* Tekst van een op 19 september 1991 uitgebracht referaat op een in het Europacollege te Brugge georganiseerde studiedag door de Commissie van de Europese Gemeenschappen en het Centrum voor de studie van de toepassing van het gemeenschapsrecht in financiële en strafrechtelijke aangelegenheden

¹ SCHUTTE, J.J.A., «The European Market of 1993: a test for a regional model of supranational criminal justice or of inter-regional cooperation», *International workshop on principles and procedures for a new criminal law*, Freiburg, 1991, getikte tekst, p. 1.

² Hof van Justitie, 21 september 1989, zaak nr. 68/88 (Commissie/Griekenland).

³ Zie algemeen VERVAELE, J., *EEG fraude en Europees economisch strafrecht*, Europese Monografieën, Deventer, Kluwer, 1991, 297 p. Zie ook de bijdragen in *Bestrijding van E.E.G.-fraude*, DE DOELDER, H. (red.), Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1990, 152 p.; *Legal protection of the financial interests of the Community* (Proceedings of the seminar organized by the Directorate-General for financial control and the Legal Service of the Commission of the European Communities on 27, 28 and 29 November 1989 in Brussels), Luxembourg, Office for Official publications of the European Communities, 1990, in het bijzonder de bijdrage van K. TIEDEMANN, «The Level of protection afforded to the community in financial interests: criminal and administrative sanctions», 131-152.

⁴ VAN GERVEN, W. en WILS, G., «Case law of the Court of Justice and the protection of Community finances», in *Legal protection of the financial interests of the Community*, o.c., 343; PIPKORN, J., «Interpenetration of Community law and national law», in *Legal protection of the financial interests of the Community*, o.c., 33.

⁵ Hof van Justitie, 14 november 1978, zaak nr. 1/78, hierover SCHUTTE, o.c., 11.

⁶ Ordnungswidrigkeiten zijn in wezen administratieve inbreuken, waarop administratieve boeten staan die door de administratie worden opgelegd. Hiertegen staat echter een beroep bij de strafrechter open. De rechter die kennis neemt van het beroep kan de administratieve inbreuk als een strafbaar feit beschouwen en een strafrechtelijke sanctie uitspreken. Zie hierover DE NAUW, A., «L'évolution législative vers un système positif administratif», *R.D.P.*, 1989, 337-339. Zie ook VERVAELE, o.c., 82.

⁷ Zie bv. de douane overeenkomst van Napels, die in 1967 werd afgesloten tussen de Beneluxlanden, West-Duitsland, Frankrijk en Italië. Zie ook E.E.G.-verordening nr. 1468/81 betreffende de We-

administratieve en strafrechtelijke inbreuken kunnen deze kanalen doorgaans niet worden gebruikt, zodat een beroep moet worden gedaan op de regels inzake de internationale rechtshulp in strafzaken.

Internationale samenwerking in strafzaken kan verschillende vormen aannemen. Meestal geschiedt deze samenwerking op grond van een internationaal verdrag, doch zij kan ook soms op «autonome» wijze plaatsvinden, d.w.z. los van een verdrag, louter op basis van het interne recht.

Een *autonome rechtshulpwetgeving* is in België zo goed als niet bestaande. Naast de — grotendeels verouderde — Uitleveringswet van 1874⁸ en enkele bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek is er niets. België heeft, in tegenstelling tot vele Westeuropese landen, geen moderne rechtshulpwet waarin de verschillende vormen van internationale rechtshulp in strafzaken op een algemene, systematische wijze worden geregeld⁹.

De belangrijkste thans geldende *internationale verdragen* m.b.t. de internationale samenwerking in strafzaken zijn opgemaakt binnen het kader van de Raad van Europa¹⁰. België heeft echter slechts een beperkt aantal van deze verdragen geratificeerd, en heeft hierbij een achterstand op de overige E.E.G.-partners. Hierdoor is België, minder dan zijn buurlanden, juridisch gewapend in de strijd tegen de E.E.G.-fraude.

I.v.m. de bestrijding van het fenomeen van de E.E.G.-fraude kunnen de volgende rechtshulpmodaliteiten worden vermeld:

De politieke rechtshulp

De rechtshulp tussen politiediensten is amper geregeld, noch in het internationaal verdragsrecht, noch in het interne recht. Deze hulp bestaat voornamelijk in het uitwisselen van informatie, maar zij kan ook meer operationele vormen aannemen¹¹. Zij onderscheidt zich van de hierna genoemde justitiële rechtshulp doordat zij ook los van een onderzoek in strafzaken kan worden verleend. Het feit dat de politieke rechtshulp niet of amper geregeld is, heeft de laatste tijd een reeks vragen doen rijzen i.v.m. de wettelijkheid ervan, we-

gens het feit dat in verscheidene Lid-Statens de politie-activiteit niet alleen gericht is op het voorkomen en opsporen van strafbare feiten, maar eveneens op het zg. «pro-actieve» politiewerk¹², waardoor de actieradius van de politie aanzienlijk wordt vergroot¹³.

De justitiële rechtshulp

De voornaamste bron van justitiële rechtshulp, d.w.z. de rechtshulp tussen gerechtelijke autoriteiten in het kader van een strafprocedure, is het Europees Verdrag betreffende de rechtshulp in strafzaken¹⁴. Dit is een van de weinige verdragen van de Raad van Europa op strafrechtelijk gebied die door België zijn geratificeerd. België is echter geen partij bij het Aanvullend Protocol bij dit verdrag, waarin een reeks beletsels zijn weggewerkt die een belangrijke hinderpaal kunnen zijn bij de bestrijding van de E.E.G.-fraude¹⁵. Justitiële rechtshulp wordt traditioneel immers alleen maar voor strafbare feiten verleend, niet voor semi-administratieve inbreuken. Een ander beletsel bij de rechtshulp inzake E.E.G.-fraude is de exceptie m.b.t. fiscale misdrijven, nu deze fraude in vele gevallen fiscaal gekleurd zal zijn. In het aanvullend protocol bij het Europees Rechtshulpverdrag wordt het eerste beletsel weggewerkt. Het is dus bijzonder jammer dat België dit protocol niet heeft geratificeerd.

Een autonome, interne wetgeving over rechtshulp, zoals die bv. in Nederland bestaat¹⁶, bestaat niet in België.

Uitlevering

De uitleveringsrelaties tussen de E.E.G. Lid-Statens worden geregeld door de Europese Uitleveringsconventie van de Raad van Europa¹⁷. België is de enige E.E.G.-Lid-Staat die geen partij is bij deze conventie. De doorgaans aange-

¹² Met pro-actief politiewerk wordt verwezen naar het politieoptreden dat niet zozeer gericht is op de voorkoming van misdrijven, doch dat anticipeert op toekomstige strafbare feiten waardoor het gerechtelijk optreden in bepaalde gevallen kan worden voorbereid. Zie hierover SILVIS, J., «Naar een strafrecht met onbegrensd mogelijkheden», *Panopticon*, 1989, 429. Deze vorm van politieoptreden is in verscheidene landen in opmars, voornamelijk i.v.m. de drugbestrijding (bv. inzake de zg. «gecontroleerde zendingen»).

¹³ SWART, A.H.J., «Politie en veiligheid in het Akkoord en de Overeenkomst van Schengen», *Nederlands Juristenblad*, 1989, 209-216 (Engelse vertaling: SWART, A.H.J., «Police and security in the Schengen Agreement and the Schengen Convention», in MEIJERS, H., e.a. (red.), *Schengen: internationalisation of central chapters of the law on aliens, refugees, privacy, security and the police*, Deventer, 1991). Zie ook SILVIS, J., o.c.

¹⁴ Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken, Straatsburg, 20 april 1959, *E.T.S.*, nr. 30. Zie ook het Verdrag aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafzaken tussen het Koninkrijk België, het Groot-Hertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden, Benelux, 27 juni 1962, *B.S.*, 24 oktober 1967.

¹⁵ Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag inzake de wederzijdse rechtshulp in strafzaken, Straatsburg, 17 maart 1978, *E.T.S.*, nr. 99.

¹⁶ Zie SJOERNA, J., *De kleine rechtshulp*, Gouda-Quint, Arnhem, 1991, 383 p.

¹⁷ Europees uitleveringsverdrag, Parijs, 13 december 1957, *E.T.S.*, nr. 24. Voor de Benelux, zie het hierboven vermelde verdrag inzake uitlevering en wederzijdse rechtshulp in strafzaken.

derzijdse bijstand tussen de administratieve autoriteiten van de Lid-Statens en samenwerking tussen deze autoriteiten en de Commissie, met het oog op de juiste toepassing van de douane- en landbouwvoorschriften, *P.B.*, 1981, L 144/1.

⁸ Wet 15 maart 1874 op de uitleveringen, *B.S.*, 17 maart 1874, gew. wet 31 juli 1985, *B.S.*, 7 september 1985. Zie hierover VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu uitgevers, 1991, 823-838.

⁹ THOMAS, F., «Een juridisch braakland: het Belgisch internationaal strafrecht», in *Bij deze stand van zaken. Opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem, Gouda Quint, 1982, 515-530.

¹⁰ Zie alg. THOMAS, F., *De Europese rechtshulpverdragen in strafzaken*, Gent, R.U.G., Story-Scientia, 1980, 536 pp. Zie ook SCHUTTE, J., «Legal cooperation across borders in Europe», *Association of European lawyers for the protection of the financial interests of the Community*, Cambridge, 14-15 maart 1991, getikte tekst, 19 pp. Voor recente ontwikkelingen binnen de E.E.G. en in het kader van de politieke samenwerking tussen de Lid-Statens, zie hierna, § 3.

¹¹ Zie bv. artt. 16-24 van de Overeenkomst inzake de administratieve en strafrechtelijke samenwerking op het gebied van de regelingen die verband houden met de verwezenlijking van de doelstellingen van de Benelux Economische Unie, Benelux, 29 april 1969, *B.S.*, 17 februari 1971.

haalde bezwaren tegen de ratificatie van deze conventie overtuigen niet ¹⁸.

Of de uitlevering echter een aangepast instrument is voor de bestrijding van de E.E.G.-fraude blijft echter de vraag. E.E.G.-fraude zal in de praktijk, behalve in zeer ernstige gevallen, meestal slechts met pecuniare straffen worden gestraft, waarvoor uitlevering niet geschikt is. Dit belet niet dat de meer ernstige gevallen (bv. ernstige gevallen van subsidiebedrog in Duitsland zijn strafbaar met straffen tot tien jaar ¹⁹) een beroep op de uitlevering als samenwerkingsinstrument wenselijk kan zijn.

De beletsels op dit stuk zijn dezelfde als die welke hierboven zijn vermeld m.b.t. de rechtshulp: voor de beoordeling van de voorwaarde van de dubbele incriminatie volstaat het doorgaans niet dat de inbreuk krachtens het strafrecht van de aangezochte staat een semi-administratieve inbreuk is, en bovendien is er de traditionele exceptie m.b.t. de fiscale misdrijven. In het Tweede Aanvullend Protocol bij de Europese Uitleveringsconventie ²⁰ is enkel het tweede, niet het eerste beletsel weggewerkt ²¹.

Overdracht van strafvervolgelingen

Overdracht en overname van strafvervolgeling kan in vele gevallen zonder verdragsbasis geschieden, bv. in het geval waarin de staat die de vervolging overneemt op grond van zijn intern recht bevoegd is kennis te nemen van het misdrijf. Dit zou bv. het geval zijn wanneer België op grond van het actief personaliteitsbeginsel (art. 7 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering) een Belg zou vervolgen die zich in Italië of in Spanje aan E.E.G.-fraude schuldig heeft gemaakt. Wanneer het intern recht echter geen aanknopingspunt biedt voor de uitoefening van strafrechtelijke bevoegdheid, dan is men aangewezen op internationale verdragen dienaangaande. Dit zou bv. het geval zijn wanneer een in België gevestigde Nederlander die in België een landbouwbedrijf exploiteert, zich op Frans grondgebied aan E.E.G.-fraude schuldig maakt: het actief personaliteitsbeginsel zoals het in de Belgische wetgeving is geformuleerd maakt het immers niet mogelijk niet-Belgische ingezetenen die in

het buitenland een misdrijf hebben gepleegd, hier te lande te vervolgen ²².

In de Raad van Europa bestaat hierover het Europees verdrag inzake de overdracht van strafvervolgeling ²³. Ook in de Benelux werd hierover een verdrag opgemaakt ²⁴. België heeft geen van beide geratificeerd. Overdracht van strafvervolgeling zou echter een zeer adequaat, misschien het meest adequate samenwerkingsinstrument kunnen zijn bij de bestrijding van de E.E.G.-fraude: aangezien uitlevering doorgaans een veel te «zware» maatregel zal zijn, gelet op de aard van het delict, zal het in vele gevallen verkieselijk zijn de vervolging en berechting te doen plaatshebben in het land waar de verdachte/beklaagde verblijft.

De hierboven aangehaalde beletsels i.v.m. semi-administratieve inbreuken bestaan niet in het Europees Verdrag inzake de overdracht van strafvervolgelingen: het verdrag is toepasselijk op semi-administratieve inbreuken (art. 1). Wel bevat het een exceptie voor zuiver fiscale misdrijven, wat de samenwerking bij de bestrijding van E.E.G.-fraude aanzienlijk kan bemoeilijken.

In tegenstelling tot de Europese Verdragen inzake rechtshulp en uitlevering behoort het Europees Verdrag inzake de overdracht van strafvervolgelingen tot de «minder succesrijke» Europese rechtshulpverdragen, als men voortgaat op het aantal staten die tot ratificatie zijn overgegaan. Naast de ingewikkeldheid van het verdrag hebben sommige staten ook bezwaren van meer principiële aard: zo is de idee van een overdracht of overname van strafvervolgeling vooralsnog ondenkbaar in een Angelsaksische procedure, waarin de hele rechtsgang op de volledige oraliteit van de debatten gebaseerd is. Ook wordt in de «common law»-landen een strikt territorialiteitsbeginsel gehanteerd, waardoor een strafrechtelijke vervolging op een plaats die verschilt van de locus delicti moeilijk denkbaar is ²⁵.

Voor België bestaan deze bezwaren echter niet. Voor zover ik weet, bestaan er in dit land, anders dan t.a.v. het Europees uitleveringsverdrag, geen principiële bezwaren tegen de ratificatie van het Europees Verdrag inzake de overdracht van strafvervolgelingen. Het is dan ook vreemd vast te stellen dat sedert de ondertekening van beide verdragen (Raad van Europa en Benelux) nu bijna twintig jaar geleden, geen enkele stap werd ondernomen om aangepaste interne wetgeving uit te vaardigen ten einde de ratificatie mogelijk te maken.

Overdracht van strafexecutie

Door de procedure van overdracht van strafexecutie kan de vervolging en berechting in de ene staat geschieden, meestal de locus delicti, en de strafuitvoering in een andere staat, meestal de staat waar de veroordeelde zijn verblijft.

²² Zie de artt. 6-14 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering. Hierover *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, o.c., 118 e.v.

²³ Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolgeling, Raad van Europa, Straatsburg, 15 mei 1972, *E.T.S.*, nr. 73.

²⁴ Benelux-verdrag inzake het overnemen van strafvervolgelingen, Brussel, 11 mei 1974, *Benelux Publicatieblad*, basisteksten.

²⁵ SCHUTTE, J., «Legal cooperation across borders in Europe», in *Association of European lawyers for the protection of the financial interests of the Community*, 19 pp., Cambridge, 14-15 maart 1991, getikte tekst, p. 5.

¹⁸ Een van de bezwaren is dat landen zoals Italië en Oostenrijk reserves hebben gemaakt t.a.v. de Europese uitleveringsconventie m.b.t. de doodstraf, waardoor uitlevering in de praktijk minder gemakkelijk aan België zou worden toegestaan dan op grond van de bestaande bilaterale verdragen. België is immers een van de weinige landen die de doodstraf nog niet uitdrukkelijk hebben afgeschaft. In werkelijkheid verloopt de uitlevering vanuit de betrokken landen op grond van de bilaterale landen ook nu reeds stroef, zodat een ratificatie van het Europees Uitleveringsverdrag daaraan niet veel zou veranderen. Zie bv. de weigering van Italië de Turk Demirkaja, verdacht van de moord op journalist Stéphane Steinier, uit te leveren. Bovendien heeft België in het akkoord van Schengen aanvaard het Europees uitleveringsverdrag te zullen toepassen t.a.v., o.m., Italië. Hierdoor heeft België zijn negatieve houding t.a.v. het Europees Uitleveringsverdrag zelf ondergraven.

¹⁹ Art. 264, § 2, StGB.

²⁰ 17 maart 1978, *E.T.S.*, nr. 99.

²¹ Volgens het Verklarend Rapport bij het Tweede Aanvullend Protocol zou het begrip «strafbaar feit» echter in die zin moeten worden begrepen dat het ook de semi-administratieve inbreuken omvat. Zie hierover SWART, A.H.J., *Nederlands Uitleveringsrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1986, 183.

plaats heeft. Overdracht van strafexecutie kan een oplossing bieden in die gevallen waarin zowel de uitlevering als de overdracht van strafvervolgning onmogelijk of inopportuun zijn. Ook hierover bestaan, zowel in de Benelux²⁶ als in de Raad van Europa²⁷ verdragen.

Anders dan bij de overdracht van strafvervolgning kan de overname/overdracht van strafexecutie moeilijk op autonome basis, los van een verdrag, geschieden. De procedure verloopt ingewikkelder, omdat de staat waar de strafuitvoering geschiedt telkens zal moeten overgaan tot de omzetting van de straf die in de *locus delicti* was opgelegd, naar een straf die in de staat van tenuitvoerlegging kan worden uitgevoerd. Ratificatie van voornoemde verdragen vereist dan ook doorgaans een uitgebreide implementatiewetgeving. Verschillende Europese landen, zoals o.m. Nederland, hebben in een recent verleden een dergelijke wetgeving uitgewerkt²⁸. In België bestaan voor zover ik weet geen initiatieven in die richting.

Een bijzonder geval van de overdracht van strafexecutie betreft de overbrenging van veroordeelde gedetineerden. Het verdrag dat hierover door de Raad van Europa is opgesteld²⁹, is wel door België geratificeerd, en op het interne vlak is hierover een implementatiewetgeving opgesteld³⁰. Deze wet is echter een gelegenheidswet³¹, die geenszins past in een algemene visie i.v.m. het rechtshulprecht. Voor de bestrijding van de E.E.G.-fraude is dit verdrag slechts van marginaal belang, omdat het gaat om de uitvoering van vrijheidsstraffen, wat in de praktijk slechts een kleine minderheid van de gevallen zal uitmaken. Bovendien vertoont het verdrag een lacune: het is niet van toepassing op veroordeelde gedetineerden die zich door ontsnapping aan de tenuitvoerlegging van hun straf hebben onttrokken³².

III. Internationale samenwerking in strafzaken voor de bestrijding van de E.E.G.-fraude: initiatieven de lege ferenda

In de loop van de laatste twee decennia zijn verschillende initiatieven genomen om de samenwerking in strafzaken tus-

sen de E.E.G. Lid-Staten te verbeteren. Sommige onder deze initiatieven beoogden specifiek de samenwerking voor de bestrijding van de E.E.G.-fraude. Veel concrete resultaten hebben zij echter niet opgeleverd, zodat een uitgebreide bespreking van weinig praktisch nut is. Toch loont het de moeite de betrokken initiatieven even te bekijken, omdat de redenen waarom zij soms gestrand zijn, meteen de mogelijkheden en de beperkingen van de inter-Europese samenwerking op strafrechtelijk gebied aangeven. Hierna volgt een beknopt overzicht van de verschillende initiatieven en van de verdragen die eruit zijn voortgevloeid. Geen van deze verdragen is voornamelijk in werking getreden.

A. De zg. «*espace judiciaire européen*»

Eind jaren '70, begin jaren '80 bestond in het kader van de Europese politieke samenwerking tussen de E.E.G.-Lid-Staten een werkgroep die zich bezighield met het uitwerken van verdragsteksten ter oprichting van de zg. «*espace judiciaire européen*». Bedoeling was tussen de E.E.G.-Lid-Staten een rechtsruimte tot stand te brengen waarin de samenwerking op strafrechtelijk gebied nog verder zou worden doorgedreven dan reeds het geval was op grond van de reeds bestaande verdragen tussen de Lid-Staten van de Raad van Europa.

Op de «*espace judiciaire européen*» werd in de literatuur veel principiële kritiek geleverd³³. In de praktijk leverden de werkzaamheden bovendien weinig concrete resultaten op: spoedig bleek immers dat het onmogelijk was om tussen de E.E.G.-Lid-Staten verder te gaan dan datgene wat reeds bereikt was binnen het kader van de Raad van Europa. De werkzaamheden van de werkgroep werden dan ook begin jaren '80 gestaakt. Het enige concrete resultaat van deze werkgroep werd verwezenlijkt in een materie die op het eind van de jaren '70 hoog op de politieke agenda van de Twaalf stond, nl. de bestrijding van het terrorisme, waarover in 1977 in de Raad van Europa reeds een verdrag was opgesteld³⁴; in het zg. akkoord van Dublin verbinden de E.E.G.-Lid-Staten zich ertoe het anti-terrorisme verdrag van de Raad van Europa op een enigszins verdergaande manier toe te passen³⁵. Het betreft in wezen niet meer dan een toepassingsakkoord van een reeds bestaand verdrag. Omdat het pas in werking kan treden na ratificatie van alle Lid-Staten, is het Akkoord van Dublin voorlopig zonder veel belang voor de praktijk.

In een recent verleden heeft de werkgroep «*Judicial co-operation*», die is opgericht in het kader van de zg. Europese Politieke Samenwerking, een buitencommunautair, intergouvernementeel samenwerkingskader waaraan ook een delegatie van de E.E.G.-commissie deelneemt, de draad van de «*espace judiciaire européen*»-werkzaamheden weer op-

²⁶ Benelux-Verdrag inzake de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in strafzaken, Benelux, Brussel, 26 september 1968, *Publicatieblad, basisteksten*.

²⁷ Europees Verdrag inzake de internationale geldigheid van strafvonnissen, Raad van Europa, Den Haag, 28 mei 1970, *E.T.S.*, nr. 70.

²⁸ M.n. de wet van 10 september 1986 betreffende de overname van tenuitvoerlegging van buitenlandse strafrechtelijke beslissingen en de overdracht van de tenuitvoerlegging van Nederlandse beslissingen naar het buitenland, verkort aangeduid met het letterwoord WOTS, *Staatsblad*, 1986, nr. 464.

²⁹ Verdrag inzake de overbrenging van geïnterneerde personen, Raad van Europa, Straatsburg, 21 maart 1983, *E.T.S.*, nr. 112, goedgekeurd door de wet van 19 juni 1990, *B.S.*, 15 december 1990.

³⁰ Wet 23 mei 1990 inzake de overbrenging tussen Staten van de geïnterneerde personen, *B.S.*, 20 juli 1990.

³¹ Zij werd geïntroduceerd toen de Regering een oplossing zou vinden voor de tenuitvoerlegging van de straffen die zouden worden uitgesproken tegen de Britse hooligans die in België wegens hun betrokkenheid bij het Heizeldrama terechtstonden.

³² Deze lacune wordt aangevuld in de Overeenkomst van Schengen; zie *infra*, 3.3.

³³ Zie o.m. THOMAS, F., «*L'espace judiciaire européen*». Een *ali-bi* ?», *Delikt en Delinkwent*, 1981, 543-553; VAN DEN WYNGAERT, C., «*L'espace judiciaire Européen* : vers une fissure au sein du Conseil de l'Europe ?», *R.D.P.*, 1981, 511.

³⁴ Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme, Raad van Europa, Straatsburg, 27 januari 1977, *E.T.S.*, nr. 90, *B.S.*, 5 februari 1986.

³⁵ Overeenkomst betreffende de toepassing van het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme tussen de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen, Dublin, 4 december 1979, *B.S.*, 5 februari 1986.

genomen³⁶. Sedert 1989 zijn er in het kader van de Europese Politieke Samenwerking een reeks verdragen gesloten tussen de E.E.G.-Lid-Staten die in wezen samenwerkingsakkoorden zijn m.b.t. reeds in het kader van de Raad van Europa bestaande rechtshulpconventies op het gebied van het strafrecht. Hoewel de bedoeling van deze akkoorden is de samenwerking te verbeteren (door het beperken van de mogelijkheden tot het weigeren of het versoepelen van de procedure) gaan zij in werkelijkheid weinig verder dan de reeds bestaande teksten van de Raad van Europa. Omdat ook hier doorgaans vereist wordt dat alle E.E.G.-Lid-Staten ratificeren opdat het akkoord in werking kan treden, is ook hier het praktische belang ervan voorlopig nihil.

De tot nog toe afgesloten toepassingsakkoorden zijn:

- de conventie over het *non bis in idem* (1987): het betreft hier een akkoord waarbij de clausules betreffende het *non bis in idem* uit de Europese Verdragen inzake overdracht van strafvervolgingen en van tenuitvoerlegging van vreemde strafvonnissen, toepasselijk worden gemaakt tussen de E.E.G.-Lid-Staten;

- de zg. telefax-conventie, die de vereenvoudiging en de modernisering beoogt van de wijze waarop uitleveringsverzoeken worden overgezonden;

- de conventie over de overbrenging van gedetineerden, die een aanvulling vormt op de bestaande Raad van Europa-conventie over dit onderwerp;

- de conventie over de tenuitvoerlegging van strafvonnissen (1990): het betreft hier een toepassingsakkoord van de Raad van Europa-Conventie inzake de overdracht van strafvervolgingen. Een soortgelijk toepassingsakkoord m.b.t. de overdracht van tenuitvoerlegging is in de maak.

Als men kijkt naar de concrete verwezenlijking die m.b.t. deze toepassingsakkoorden zijn geboekt, rijst de vraag of de kritieken die vroeger t.a.v. het project «*espace judiciaire européen*» zijn geformuleerd, hier niet kunnen worden herhaald. Het gaat hier immers over een modernisering en versoepeling die evenzeer in het kader van de Raad van Europa had kunnen worden gerealiseerd: ware het niet verkieselijk de betrokken instrumenten in dat regionaal kader verder uit te bouwen, eerder dan een nieuw regionaal samenwerkingskader tot stand te brengen tussen een bepaald aantal leden van de Raad van Europa, die op strafrechtelijk gebied niet meer gemeen schijnen te hebben dan de lidstaten van de moederorganisatie zelf, de Raad van Europa³⁷? Hoewel dit laatste misschien enigszins genuanceerd moet worden in het licht van de recente toetreding van een reeks Oosteuropese staten tot de Raad van Europa, hebben de E.E.G.-lidstaten vooralsnog geen duidelijke blijk gegeven van een nauwere samenhang op strafrechtelijk gebied, dan de samenhang die reeds bestaat tussen de Lid-Staten van de Raad van Europa.

Naast het principiële bezwaar tegen de werkwijze waarop deze verdragen tot stand komen, nl. in werkgroepen die samengesteld zijn uit experts zonder dat de nationale parlementen of het Europees Parlement erbij worden betrokken, is er ook een praktisch bezwaar: het resultaat van deze,

vooral op pragmatische leest geschoeide werkwijze, is een opeenstapeling van internationale verdragen tussen dezelfde partners in elkaar overlappende regionale verbanden. Welke practicus raakt nog wijs uit de wirwar van verdragen die binnenkort zullen bestaan in de verschillende regionale kaders waarvan wij deel uitmaken, als daar zijn de Raad van Europa, de E.E.G., de Schengen-groep, de Benelux?

Tot slot valt aan te stippen dat geen enkele van de hierboven vermelde werkzaamheden specifiek gericht is op de bestrijding van de E.E.G.-fraude, wat op z'n minst gezegd merkwaardig is nu dit probleem toch meer en meer als een centrale bezorgdheid van de E.E.G.-Lid-Staten wordt voorgesteld.

B. Het project «Eurocrimes»

In 1974 had de Commissie een voorstel klaar waarin specifiek het probleem van de E.E.G.-fraude werd aangepakt³⁸. Centraal in het voorstel stonden twee beginselen: het assimilatiebeginsel en het universaliteitsbeginsel:

- krachtens het *assimilatiebeginsel* zouden de Lid-Staten zich ertoe verbinden de bestaande nationale delictomschrijvingen inzake fraude te verruimen tot E.E.G.-fraude. Van een plicht tot harmonisering was zelfs geen sprake: het enige dat werd gevraagd was dat de staten hun bestaande nationale strafbaarstelling zouden uitbreiden om de betegeling van E.E.G.-fraude mogelijk te maken³⁹;

- voor de E.E.G.-fraude zou, m.b.t. de toepasselijkheid van de strafwet *ratione loci*, een Europese territorialiteit gelden, in die zin dat de nationale bepalingen inzake E.E.G.-fraude toepasselijk zouden zijn op alle gevallen van E.E.G.-fraude die zich binnen het grondgebied van de E.E.G. zouden voordoen. Er zou dus sprake geweest zijn van een *regionaal universaliteitsbeginsel* inzake E.E.G.-fraude.

Vanwege de aard van de misdrijven waarvan sprake (feiten meestal enkel strafbaar met geldboete, niet met gevangenisstraf), werd wat betreft de internationale samenwerking in strafzaken, het accent gelegd op de overdracht van strafvervolgung, en niet op de uitlevering⁴⁰.

Anders dan de sub A besproken voorstellen en verdragen in het raam van de «*espace judiciaire européen*», die tot stand kwamen binnen het kader van de Europese Politieke Samenwerking, dus los van het communautair kader, was het voorstel van de Commissie betreffende de Eurocrimes binnen het communautaire kader gesitueerd: het zou wor-

³⁶ Zie algemeen DE SCHOUTHEETE, P., *La coopération politique européenne*, Brussel, Labor, 1980, 236 p.

³⁷ Cf. VAN DEN WYNGAERT, C., «L'espace judiciaire Européen: vers une fissure au sein du Conseil de l'Europe?», o.c.

³⁸ Voor de voorgeschiedenis van dit ontwerp, zie o.m. VAN BINSBERGEN, W.C., «Le droit pénal des communautés européennes», in *Droit Pénal Européen*, Brussel, Presses Universitaires, 1970, 203-228.

³⁹ Cf. in dit verband art. 9 van de Overeenkomst inzake de administratieve en strafrechtelijke samenwerking op het gebied van de regeling die verband houden met de verwezenlijking van de doelstellingen van de Benelux Economische Unie, Benelux, 29 april 1969, B.S., 17 februari 1971.

⁴⁰ Zie alg. VAN DEN WYNGAERT C., «Droit pénal et communautés européennes, R.D.P., 1982, 837-862; VAN DEN WYNGAERT, C., «Criminal Law and the Communities: Defining the Issues», *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, 1983, 247-270; VERVAELE, J., «EEG - Fraudebestrijding en Europees Strafrecht», *Nederlands Juristenblad*, 1989, 818-823; VERVAELE J., *EEG-fraude en Europees economisch strafrecht*, Europese Monografieën, Deventer, Kluwer, 1991, 71 e.v.

den ingevoerd in de vorm van een verdragswijziging, d.m.v. een aanvullend protocol bij het Verdrag van Rome. Dit zou met zich hebben gebracht dat de betrokken regels tot het E.E.G.-recht behoord zouden hebben waardoor het Hof van Justitie de bevoegdheid verkregen zou hebben om te oordelen over de interpretatie van het protocol en over eventuele schendingen ervan, wat niet het geval is voor verdrags teksten die in het kader van de Europese politieke samenwerking tot stand komen.

Het voorstel van de Commissie werd in 1976 gepubliceerd⁴¹. In 1979 schaarde het Europees Parlement zich erachter. In zijn advies nopens het voorstel werden een reeks amendementen voorgesteld⁴². Het voorstel strandde echter in de Raad. De werkgroep, die in de Raad met de behandeling van het voorstel belast was, schortte onverrichte zaken zijn werkzaamheden op in 1984. De moeilijkheden waren vooral hierin gelegen dat de overdracht van strafvervolgning geen aanvaardbare samenwerkingsmodaliteit was voor de «common law»-landen vanwege het strikt contradictoir en dus mondeling karakter van de rechtspleging. Een ander bezwaar werd geopperd tegen de vorm van het verdrag, omdat de bevoegdheid die het Hof van Justitie hierdoor zou verkrijgen, voor verschillende staten onaanvaardbaar was⁴³.

Op het congres over E.E.G.-fraude, dat eind 1989 door de Commissie te Brussel werd georganiseerd, bleek een hernieuwde belangstelling voor het voorstel⁴⁴. Concrete stappen werden er echter sedertdien niet meer gezet. Het Nederlandse Voorzitterschap van de E.E.G.-Raad heeft echter aangekondigd het voorstel opnieuw, in een gewijzigde vorm, te zullen opnemen. Op 9 september 1991 werden de werkzaamheden hiertoe formeel aangevat.

C. De Schengen-overeenkomsten

Het Akkoord van Schengen werd in 1985 gesloten tussen de drie Beneluxlanden, Frankrijk en Duitsland⁴⁵. Het is een

internationaal verdrag, dat los van de E.E.G. en buiten het kader van de Europese Politieke Samenwerking tot stand kwam. Het valt dus buiten het communautaire recht en de controle van het Hof van Justitie. Het vindt zijn oorsprong in een bilaterale overeenkomst tussen Frankrijk en Duitsland, het Akkoord van Saarbrücken (1984), dat tot stand kwam na een protestactie van vrachtwegenchauffeurs tegen de tijdrovende douanecontroles aan de Frans-Duitse grens⁴⁶.

In het Akkoord van Schengen, dat inmiddels reeds gedeeltelijk in werking is getreden, worden een reeks maatregelen afgesproken ter compensatie van de afschaffing van de douanecontroles aan de gemeenschappelijke grenzen. De doelstellingen van Schengen vallen op dit punt samen met de oogmerken van de Europese Commissie in haar Witboek van 1985, dat de aanloop vormt tot de Europese Akte van 1986, waarin wordt bepaald dat de Gemeenschap tegen eind 1992 de nodige maatregelen zal treffen om de overgang naar de eengemaakte interne markt mogelijk te maken (zie art. 8 A van het E.E.G.-Verdrag)⁴⁷. Het verschil is echter dat de Schengen-groep slechts een deel van de Lid-Staten van de E.E.G. omvat, namelijk de hierboven vermelde landen, plus Italië, Spanje en Portugal, die op een later tijdstip zijn toegetreden.

In het Akkoord van Schengen komen de Lid-Staten overeen nadere regelingen te scheppen op het gebied van de politieke en justitiële samenwerking (art. 18), alsook de interne wetgeving op bepaalde gebieden te harmoniseren, m.n. inzake verdovende middelen, wapens en explosieven en registratie van reizigers in hotels (art. 19). Het is opvallend dat de harmonisatie van de nationale strafbepalingen inzake fraude en meer bepaald E.E.G.-fraude niet in de opsomming is opgenomen.

De in 1985 vooropgestelde doelstellingen werden verder concreet uitgewerkt in de Aanvullende Overeenkomst van Schengen van 19 juni 1990⁴⁸. Hierin wordt vorm gegeven aan de politieke en justitiële samenwerking, en wordt tevens de basis gelegd voor de harmonisering van de wetgeving op voornoemde gebieden.

Hoewel Schengen niet rechtstreeks op de E.E.G.-fraude slaat, bevat de Aanvullende Overeenkomst toch een reeks bepalingen die van belang kunnen zijn voor de fraudebestrijding binnen de Schengen-groep. Een onderscheid kan hierbij worden gemaakt tussen de bepalingen inzake de politieke samenwerking en de bepalingen inzake de justitiële samenwerking.

Wat de *politieke samenwerking* betreft, is de Aanvullende Overeenkomst van Schengen vernieuwend in die zin dat de politieke samenwerking voor het eerst op een gedetailleerde wijze wordt geregeld. De samenwerking bestaat niet alleen in informatieuitwisseling (art. 39), maar kan tevens een operationeel karakter hebben (grensoverschrijdende observatie

⁴¹ Voorstel van een Verdrag houdende wijziging van de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen met het oog op de vaststelling van een gemeenschappelijke regeling betreffende de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen der Gemeenschappen en de vervolging van inbreuken op de bepalingen van de genoemde verdragen, PB C 222 van 22 september 1976.

⁴² PB C 39 van 12 februari 1979. In het boek van VERVAELE worden beide teksten, het voorstel van de Europese Commissie en de voorstellen tot wijziging van het Europees Parlement, naast elkaar afgedrukt. Zie VERVAELE, o.c., 237 e.v.

⁴³ Zie hierover SCHUTTE, J.J.A., «The European Market of 1993: a test for a regional model of supranational criminal justice or of inter-regional cooperation», in *International workshop on principles and procedures for a new criminal law*, Freiburg, 1991.

⁴⁴ *Legal protection of financial interests of the Community* (Proceedings of the seminar organized by the Directorate-General for financial Control and the Legal Service of the Commission of the European Communities on 27, 28 and 29 November 1989 in Brussels), Luxemburg, Office for Official publications of the European Communities, 1990, 368.

⁴⁵ Akkoord tussen de Regeringen van de Staten van de Benelux Economische Unie, van de Bondsrepubliek Duitsland en van de Franse Republiek betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen, Schengen, 14 juni 1985.

⁴⁶ Zie THOMAS, F., «Rechtshulp versus rechtsbescherming in Schengenland», *Panopticon*, 1991, 221-232.

⁴⁷ Zie hierover SCHUTTE, o.c.

⁴⁸ Overeenkomst ter uitvoering van het tussen de Regeringen van de Staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland, en de Franse Republiek op 14 juni 1985 te Schengen gesloten akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen, Schengen, 19 juni 1990.

(art. 40), achtervolgingsrecht (art. 41), samenwerking bij het volgen van gecontroleerde zendingen (art. 73). De hier georganiseerde samenwerking betreft vooral de politiekorpsen met een algemene bevoegdheid, en niet de meer gespecialiseerde politiediensten die doorgaans belast zijn met de opsporing van fraudegevallen (ambtenaren van de verschillende bevoegde ministeries (Economische Zaken, Landbouw, Douane en Accijnzen, BTW, enz.)), wat waarschijnlijk niet belet dat deze ambtenaren via de door Schengen geschapen kanalen informatie uitwisselen. Deze diensten zullen waarschijnlijk ook mee kunnen profiteren van de voorzieningen die strekken tot verbetering van de communicatie tussen politiediensten, m.n. het aanleggen van rechtstreekse verbindingen (art. 44) en de uitwisseling en detachering van contactambtenaren (art. 47). Belangrijk is ook dat de informatie niet alleen wordt verschaft op verzoek, maar dat ook in de mogelijkheid tot spontane informatie-uitwisseling wordt voorzien. Hoewel zoals gezegd de gespecialiseerde diensten die betrokken zijn bij de bestrijding van de E.E.G.-fraude, mee zullen kunnen profiteren van de mogelijkheden die worden gecreëerd m.b.t. de algemene politieke rechtshulp, toch blijft het m.i. een nadeel dat de samenwerking niet meer toegespitst is op de betrokken gespecialiseerde opsporingsdiensten ⁴⁹.

M.b.t. het onderdeel politieke samenwerking zijn in de literatuur terecht wenkbrauwen gefronst ⁵⁰. Het is hier niet de plaats om daarop dieper in te gaan. Een van de belangrijke problemen t.a.v. de bestrijding van de E.E.G.-fraude lijkt mij dat de verdachte geen zelfstandige toegang krijgt tot de samenwerkingskanalen: hij kan wel vragen dat bepaalde informatie die in het buitenland beschikbaar zijn via de Schengen-kanalen worden opgevraagd, maar is voor de inwilliging van een dergelijk verzoek afhankelijk van de goodwill van de betrokken politiediensten ⁵¹. Hierdoor kan, bij de latere procesvoering voor de rechter ten gronde, de eerbiediging van het beginsel van de *equality of arms* ter discussie worden gesteld. Ook de vraag naar de gevolgen van schendingen, gepleegd in de ene Lid-Staat t.a.v. de bewijsvoering in de andere Lid-Staat (probleem van het onrechtmatig verkregen bewijs) is niet geregeld ⁵². Wel zijn in de overeenkomst een aantal waarborgen voor de rechtsonderhorige ingebouwd: zo is er een specialiteitsbeginsel ingelast, om te vermijden dat de politieke samenwerking in de plaats van de justitiële zou komen. Hiertoe wordt uitdrukkelijk gesteld dat de verstrekte informatie slechts als bewijs in een strafzaak kan worden gebruikt met de toestemming van de bevoegde justitiële autoriteiten van de aangezochte staat (art. 39 (2)).

⁴⁹ Cf. artt. 16-24 van de Overeenkomst inzake de administratieve en strafrechtelijke samenwerking op het gebied van de regelingen die verband houden met de verwezenlijking van de doelstellingen van de Benelux Economische Unie, Benelux, 29 april 1969, B.S., 17 februari 1971.

⁵⁰ Zie o.m. PARIDAENS, D.J.M.W., SWART, A.H.J. en VAN WIJCK, G.J.M., «Het Europa van de burger en het Strafrecht», *Nederlands Juristenblad*, 1989, 791-796; SWART, A.H.J., «Politie en veiligheid in het Akkoord en de Overeenkomst van Schengen», *Nederlands Juristenblad*, 1989, 209-216. Zie ook de bijdragen in het boek van MOLS, G. (red.), *Dissonanten bij het akkoord van Schengen*, Deventer, Kluwer, 102 p.

⁵¹ Hierover SWART, o.c., 216.

⁵² *Ibid.*

De artikelen inzake de *justitiële samenwerking* zijn uitdrukkelijk bedoeld als aanvulling op de reeds bestaande rechtshulpverdragen van de Raad van Europa en de Benelux (zie hierboven, § 2). De overeenkomst bevat bepalingen inzake de (justitiële) rechtshulp, de uitlevering en de overdracht van tenuitvoerlegging van strafvonnissen. T.a.v. de bestaande verdragen is de Aanvullende Overeenkomst echter niet meer dan een «inhaaloperatie»: wat binnen de Schengengroep werd gerealiseerd had waarschijnlijk even goed binnen de ruimere context van de Raad van Europa kunnen worden verwezenlijkt. Sommige van de versoepelingen waren trouwens reeds in de vorm van aanvullende Protocollen bij de verdragen van de Raad van Europa gerealiseerd ⁵³.

— I.v.m. de *kleine rechtshulp* wordt door de Aanvullende Overeenkomst van Schengen een rechtshulpverplichting gecreëerd in een aantal gevallen die door het Europees rechtshulpverdrag niet zijn opgenomen of zelfs zijn uitgesloten (art. 49). Belangrijk i.v.m. de E.E.G.-fraude zijn in dit verband: rechtshulp wordt ook mogelijk voor semi-administratieve inbreuken; de mogelijkheden tot weigering van rogatoire commissies worden beperkt, en de rechtshulpexceptie voor het fiscale delict wordt beperkt tot de directe belastingen: voor indirecte belastingen moet volgens de overeenkomst voortaan rechtshulp worden verschaft ⁵⁴. De overeenkomst bevat ook enkele bepalingen t.a.v. het *non bis in idem*-beginsel, die rechtstreeks geïnspireerd zijn op de bepalingen uit het Europees Verdrag betreffende de Overdracht van Strafvollelingen en uit het Europees Verdrag betreffende de Internationale Gelding van Strafvonnissen ⁵⁵.

— I.v.m. de *uitlevering* (art. 55-66) worden eveneens enkele klassieke hinderpalen weggewerkt. Belangrijk is dat uitlevering mogelijk wordt voor semi-administratieve inbreuken. Opvallend is dat België de verplichting op zich neemt de Europese Uitleveringsconventie t.a.v. de Schengen-partners toe te passen. De bezwaren die golden t.a.v. de ratificatie van deze conventie in het globale kader van de Raad van Europa zijn hier blijkbaar weggevallen. Nu Italië echter tot de Overeenkomst van Schengen is toegetreden is een

⁵³ SWART, o.c., 214.

⁵⁴ Op dit punt gaat de Overeenkomst van Schengen minder ver dan het Aanvullend Protocol bij het Europees Rechtshulpverdrag, waarin de rechtshulp ook t.a.v. de directe belastingen mogelijk wordt gemaakt. Hoewel de oorspronkelijke versie van de Schengen-overeenkomst deze bepaling had overgenomen, werd zij op aandringen van Luxemburg gewijzigd.

⁵⁵ Indien alle verdragen op dit punt worden geratificeerd zal het *non bis in idem* voortaan geregeld zijn in vijf verdragsteksten: de twee bestaande en reeds in werking getreden verdragen van de Raad van Europa (supra, § 2), de conventie m.b.t. het *non bis in idem* die door de Lid-Staten van de Europese Gemeenschap in het kader van de Europese Politieke Samenwerking werd opgemaakt (supra, § 3.1), de Aanvullende Overeenkomst van Schengen en de Overeenkomst inzake de administratieve en strafrechtelijke samenwerking op het gebied van de regelingen die verband houden met de verwezenlijking van de doelstellingen van de Benelux Economische Unie, van 29 april 1969. Hoewel een regeling van het probleem van het *non bis in idem* ten eerste gewenst is, rijst m.i. toch de vraag of deze vermenigvuldiging van teksten niet te veel van het goede is, gezien het feit dat het hier steeds over dezelfde verdragspartners gaat.

verdere weigering van ratificatie van het verdrag van de Raad van Europa niet langer verdedigbaar ⁵⁶.

— I.v.m. de *overdracht van tenuitvoerlegging van strafvonnissen* bevat de overeenkomst een belangrijke aanvulling t.a.v. het Europees Verdrag inzake de overbrenging van gevonnisde personen (artt. 67-69). Het is van toepassing op de personen die zich door ontvluchting aan de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf of een maatregel hebben onttrokken, zonder dat de toestemming van de betrokkene vereist is.

Het is hier niet de plaats om de principiële bezwaren die in de literatuur naar voren zijn gebracht tegen de Aanvullende Overeenkomst van Schengen, te herhalen ⁵⁷. Ik beperk me hier tot de vaststelling dat de Aanvullende Overeenkomst voor de bestrijding van de E.E.G.-fraude m.i. slechts een marginaal belang heeft: de afgesproken samenwerkingsmodaliteiten houden weinig rekening met de specifieke behoeften inzake de bestrijding van E.E.G.-fraude, en, anders dan voor verdovende middelen (artt. 70-74) hebben de Schengen-partners het blijkbaar niet nodig gevonden bepalingen in te lassen betreffende de harmonisering van de nationale wetgevingen inzake E.E.G.-fraude.

Voorts kan ook t.a.v. de Schengen-akkoorden de vraag worden gesteld, net zoals hierboven t.a.v. de in het kader van de Europese Politieke Samenwerking afgesloten toepassingsconventies, of er wel echt behoefte bestond aan wederom nieuwe verdragsrechtelijke afspraken tussen dezelfde partners die elkaar in wisselende regionale fora ontmoeten ⁵⁸. Nogmaals de positie van de practicus die al deze verdragen zal moeten toepassen in de toekomst, is weinig benijdenswaardig.

IV. Conclusie

Het probleem van de samenwerking tussen de Lid-Staten bij de bestrijding van de E.E.G.-fraude wordt voorlopig blijkbaar alleen ter harte genomen door de E.E.G.-Commissie en het Europees Parlement. De E.E.G.-Ministerraad en de Lid-Staten verenigd in het kader van de Europese Politieke Samenwerking geven blijk van weinig concrete belangstelling voor het probleem. De lotgevallen van het commissievoorstel inzake de «Eurocrimes» ⁵⁹ zijn hiervoor kennelijk schetsend. Ook in het meer beperkte regionale kader van de Schengen-groep blijkt geen uitdrukkelijke bezorgdheid m.b.t. het probleem van de E.E.G.-fraude te bestaan: de teksten van de twee Schengen-overeenkomsten laten hiervan immers zeer weinig blijken. Het is dan ook verheugend te vernemen dat het Nederlands voorzitterschap van de E.E.G.-Raad (tweede helft 1991) concrete initiatieven heeft aangekondigd. Hopelijk is deze niet hetzelfde lot beschoren als het initiatief «Eurocrimes».

Toch blijft, zoals in de inleiding geponeerd, m.i. de op indirecte wijze uit de Mais-zaak voortvloeiende verplichting bestaan tot het uitwerken van een adequaat internationaal samenwerkingsstelsel voor de bestrijding van de E.E.G.-fraude. Staten hoeven hierbij niet bij de pakken te gaan zit-

ten en te wachten tot de E.E.G. zelf of de Lid-Staten in het kader van de Europese Politieke Samenwerking tot meer concrete afspraken komen. Door een aanpassing van de interne wetgeving kunnen, op autonome basis, belangrijke stappen worden gezet voor de verbetering van de samenwerking met andere Lid-Staten ter bestrijding van de E.E.G.-fraude. De Duitse wetgeving is hiervan een goed voorbeeld: ook al werd het voorstel van verdragswijziging i.v.m. de Eurocrimes niet gerealiseerd, toch werd de Duitse wetgeving in die zin aangepast dat de voornaamste doelstellingen van het verdrag werden gerealiseerd, door de invoering van een op de E.E.G.-fraude toegesneden strafbaarstelling van de subsidiefraude, en door een communautair territorialiteitsbeginsel ⁶⁰.

Hierna volgen de m.i. voor België belangrijkste wetswijzigingen op korte termijn:

— België zou, naar Duits voorbeeld ⁶¹, een *aparte incriminatie* m.b.t. subsidiefraude moeten invoeren. Los van de wenselijkheid hiervan voor de handhaving van het E.E.G.-recht op het nationale vlak, is een dergelijke strafbaarstelling noodzakelijk om de internationale samenwerking met andere staten mogelijk te maken. Zonder nationale strafbaarstelling zal België immers niet kunnen overgaan tot het inwilligen van verzoeken tot samenwerking inzake E.E.G.-fraude op strafrechtelijk gebied, bij gebrek aan dubbele incriminatie.

— België moet dringend werk maken van de *ratificatie van de rechtshulpverdragen van de Raad van Europa*. Nu België het Europees uitleveringsverdrag heeft aanvaard in het kader van de Aanvullende Overeenkomst van Schengen, komen de bezwaren tegen de ratificatie van het Europees uitleveringsverdrag des te minder overtuigend over.

— Er is in België een dringende behoefte aan een *algemene rechtshulpwet*, naar het voorbeeld van de wetten die hierover gedurende de laatste decennia in een aantal Europese landen zijn aangenomen: in deze wet zouden alle rechtshulpmodaliteiten op een coherente en consistente wijze moeten worden geregeld, en zou bijzondere aandacht moeten worden besteed aan de rechtsbescherming van de personen (verdachte, getuige, slachtoffer, derde benadeelde) die in een transeuropese strafprocedure verwikkeld kunnen raken.

Ik ben de mening toegedaan dat, op langere termijn, het strafrecht tot de bevoegdheid van de E.E.G. zou moeten behoren. Daartoe zijn echter belangrijke institutionele hervormingen vereist: in de eerste plaats zou het Europees Parlement een eigenlijke wetgevende bevoegdheid moeten krijgen, anders is een strafwetgeving die het beginsel *nullum crimen sine lege* wil respecteren, ondenkbaar. Ook is vereist dat de E.E.G.-organen, in de eerste plaats de Commissie, in hun optreden jegens de burger gebonden zouden zijn door het E.V.R.M. Daarom zou ik het ten zeerste toejuichen indien België de op dit gebied bestaande initiatieven in het kader van de Europese Raad zou steunen, en ook zelf de nodige voorstellen zou doen.

Prof. Chris VAN DEN WYNGAERT
Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

⁵⁶ Cf. supra, noot 18.

⁵⁷ Zie de werken aangehaald supra, noot 50.

⁵⁸ Zie bv. supra, noot 55 i.v.m. het *non bis in idem*.

⁵⁹ Supra, § 3.2.

⁶⁰ VERVAELE, o.c., 101.

⁶¹ Art. 264, § 2, StGB. Zie hierover TIEDEMANN, o.c.

DE TOEGANG TOT DE OPENBARE DIENST VOOR EG-ONDERDANEN: MACHT EN ONMACHT VAN HET EUROPESE GEMEENSCHAPSRECHT

Een van de fundamentele «vrijheden» uit het E.E.G.-Verdrag is het vrije verkeer van werknemers (art. 48 E.E.G.-Verdrag). Dit vrije verkeer houdt enerzijds het recht in voor de werknemers der Lid-Staten ¹ om in een andere Lid-Staat werk te gaan zoeken en te aanvaarden en anderzijds het recht op gelijke behandeling m.b.t. de werkgelegenheid, beloning en overige arbeidsvoorwaarden ^{2,3}. Dit onderdeel van het Europese gemeenschapsrecht heeft directe werking en kan dus door de rechthebbenden rechtstreeks worden ingeroepen in geschillen voor de rechtbanken, in weerwil van ermee strijdige nationale bepalingen ⁴.

Dit vrije werknemersverkeer is evenwel onderworpen aan een dubbel voorbehoud. Allereerst kan het beperkt worden uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid (art. 48, lid 3, E.E.G.-Verdrag) ⁵. Daarnaast is het vrije werknemersverkeer evenmin van toepassing op betrekkingen in overheidsdienst (art. 48, lid 4, E.E.G.-Verdrag). Deze tweede beperking werd door geen enkele regelgevende of interpretatieve tekst uit het gemeenschapsrecht nader gepreciseerd dit in tegenstelling tot het voorbehoud uit art. 48, lid 3. Toch betreft het hier een zeer belangrijke uitzondering op het vrije werknemersverkeer omdat het be-

trekking heeft op de grootste arbeidsmarkt van de Gemeenschap.

Het kon dan ook niet anders dan dat er over de juiste draagwijdte van deze bepaling een felle discussie zou losbarsten. Deze discussie werd vooral gevoed door de rechtspraak die het Hof van Justitie in de jaren tachtig over deze materie wees ⁶. Het rechtsgeleerde en politieke debat hierover kwam overigens ook maar goed op gang vanaf 1981 ⁷.

⁶ Van belang voor deze materie zijn H.v.J., 12 februari 1974, Sotgiu t. Deutsche Bundespost, zaak 152/73, *Jur.*, 1974, 153 (verder arrest Sotgiu (152/73) te noemen); H.v.J., 17 december 1980, Commissie t. Koninkrijk België, zaak 149/79, *Jur.*, 1980, 3881 (verder arrest Com. t. België (149/79) I te noemen); H.v.J., 26 mei 1982, Commissie t. Koninkrijk België, zaak 149/79, *Jur.*, 1982, 1845 (verder arrest Com.t.België (149/79) II te noemen); H.v.J., 3 juni 1986, Commissie t. Franse Republiek, zaak 307/84, *Jur.*, 1986, 1725 (verder arrest Com. t. Frankrijk (307/84) te noemen); H.v.J., 3 juli 1986, Lawrie-Blum t. Land Baden-Württemberg, zaak 66/85, *Jur.*, 1986, 1741 (verder arrest Lawrie-Blum (66/85) te noemen); H.v.J., 16 juni 1987, Commissie t. Italiaanse Republiek, zaak 225/85, *Jur.*, 1987, 2625 (verder arrest Com. t. Italiaanse Republiek (225/85) te noemen); H.v.J., 30 mei 1989, Alluè en Coonan t. Università degli Studi di Venezia, zaak 33/88, *Jur.*, 1989, 1591 (verder arrest Alluè (33/88) te noemen) en H.v.J., 28 november 1989, Groener t. Minister van Onderwijs en Commissie van beroepsonderwijs van de stad Dublin, zaak 379/87, niet gepubl. (verder arrest Groener (379/87) te noemen).

⁷ Voor de belangrijkste rechtsleer zie BERCKX, P., «De nationaliteitsvereiste voor betrekkingen in overheidsdienst en het vrije verkeer van werknemers binnen de E.E.G.», *T.B.P.*, 1982, 246-260; BLECKMANN, A., «L'arrêt de la Cour de Justice du 17 décembre 1980 et le droit allemand des fonctionnaires», *Adm. Publ. (T)*, 1982, 36-42; CURRALL, J., «La Communauté et les fonctions publiques nationales (l'article 48, § 4 du traité CEE)», *Rev.Fr.Adm.Publ.*, 1988, 573-582; DE DORLODOT, F., «Les exceptions aux règles de la libre circulation des personnes dans le traité CEE», *Adm. Publ. (T)*, 1981, 246-248; DE MEYER, J., «'Betrekkingen in overheidsdienst', een opmerkelijk arrest», in *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 49-67; DESOLDRE, G., *La libre circulation et ses impasses : critère de nationalité et administration publique. Les arrêts du 17 décembre 1980 et du 26 mai 1982 de la Cour de Justice des C.E.*, Brussel, U.L.B., 36 pp.; DRUESNE, G., «La liberté de circulation des personnes dans la CEE en les 'emplois dans l'administration publique'», *Rev.Trim.Dr.Eur.*, 1981, 286-300; DUBOIS, L., «La notion d'emplois dans l'Administration publique (art. 48, § 4 traité C.E.E.) et l'accès de ressortissants communautaires aux emplois publics», *Rev.Fr.Dr.Adm.*, 1987, 949-962; GIUSEPPIN, P., *Het EEG-Verdrag en de discriminatie van EEG-onderdanen in dienst van de Nederlandse overheid*, Leiden, Rijksuniversiteit, 1986, 49 pp.; HANDOLI, J., «Article 48 (4) EEC and Non-National Access to Public Employment», *E.L.Rev.*, 1988, 223-241; KARPENSTEIN, P., «Zur Tragweite des Art. 48 abs. EWG-Vertrag», in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, LÜCKE, G. e.a. (red.), Keulen, Heymanns, 377-392; LENZ, B., «The Public Service in Article 48(4) EEC with special Reference

¹ Volgens de heersende opvatting betekent dit de werknemers-onderdanen der Lid-Staten. Hiertoe behoren vanaf 1 januari 1992 ook de Spaanse en Portugese onderdanen. De oorspronkelijk in de Toetredingsakte bepaalde overgangperiode tot 31 december 1992 werd door Verordening nr. 2194/91 van de Raad van 25 juni 1991, *P.B.L.*, 29 juli 1991, nr. 206/1, verkort tot 31 december 1991.

De beperking van het toepassingsgebied van het vrije werknemersverkeer tot de onderdanen der Lid-Staten betekent dat werknemers van derde landen die reeds tot de arbeidsmarkt van een der Lid-Staten behoren, geen recht op vrij verkeer in de Gemeenschap kunnen laten gelden. Voor een betwisting van dit uitgangspunt zie VERSCHUEREN, H., *Internationale arbeidsmigratie. De toegang tot de arbeidsmarkt voor vreemdelingen naar Belgisch, internationaal en Europees gemeenschapsrecht*, Brugge, Die Keure, 1990, 302-305.

² Zie uitgebreid hierover VERSCHUEREN, H., o.c., 329-358.

³ Deze verdragsbepalingen zijn definitief uitgevoerd in het secundaire gemeenschapsrecht door Verordening nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, *P.B.L.*, 19 oktober 1968, nr. 257/2 en Richtlijn nr. 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, *P.B.L.*, 19 oktober 1968, nr. 257/13.

⁴ Zie o.m. H.v.J., 4 april 1974, Commissie t. Franse Republiek, zaak 167/73, *Jur.*, 1974, 359, later herhaaldelijk bevestigd.

⁵ De inhoud en toepassingsmogelijkheid van deze bepaling is nader gepreciseerd in Richtlijn nr. 64/221 van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor de vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van de verplaatsing en verblijf die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, *P.B.*, 4 april 1964, 850.

We zullen in deze bijdrage op de eerste plaats ingaan op de juiste juridische inhoud van het voorbehoud. België is immers een van de vele Lid-Staten die zijn wetgeving en praktijk (nog) niet volledig heeft aangepast aan de rechtspraak van het Hof van Justitie. De betrokkenen moeten zich dus vaak nog rechtstreeks op het Europese gemeenschapsrecht beroepen. Vervolgens zullen we nader ingaan op de problemen die blijven bestaan bij de toepassing van de uitgangspunten van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Hierbij werden en worden verschillende oplossingen voorgesteld. De vraag is echter of het principe zelf van het voorbehoud niet op de helling moet komen te staan.

I. HET VOORBEHOUD VOOR BETREKKINGEN IN OVERHEIDSDIENST VOLGENS DE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE

A. Uitgangspunten van deze rechtspraak

1. Functionele benadering

De vragen die bij de interpretatie en de toepassing van art. 48, lid 4, E.E.G.-Verdrag rijzen, hebben op de eerste plaats betrekking op de omvang van de bevoegdheid van de Lid-Staten om autonoom inhoud te geven aan die bepaling. In een resolutie van 19 januari 1972 stelde het Europese Parlement ⁸ dat de betrekking in overheidsdienst moet worden beschouwd als iedere betrekking die als zodanig door de betrokken Lid-Staat wordt erkend, ongeacht de inhoud van de werkzaamheden (punt 4 en 7) ⁹. Het E.P. gaf wel tegelijk de wens te kennen dat de Lid-Staten de toepassing van art. 48, lid 4, zoveel mogelijk moeten beperken (punt 11) ¹⁰.

Dit standpunt werd met veel klem verdedigd door België en de andere tussenkomende Lid-Staten in de zaak Com.

t. België (149/79) I ¹¹. Hierbij wezen ze o.m. op het verschil tussen art. 48, lid 4, en art. 55, eerste lid, E.E.G.-Verdrag. Dit laatste kent een gelijkaardig voorbehoud m.b.t. tot de uitoefening van het vrije verrichten van diensten. Dit zou niet mogelijk zijn voor «werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag». Deze formulering duidt volgens hen op een functionele benadering van het voorbehoud (enkel zeer specifieke werkzaamheden zijn voorbehouden) terwijl art. 48, lid 4, het heeft over de betrekkingen in het algemeen, d.w.z. over alle betrekkingen ¹². Een onderscheid binnen de openbare dienst zou nationaalrechtelijk onmogelijk zijn. Het zou een ernstige verstoring teweegbrengen in de meestal op institutionele of organieke leest geschoeide organisatie ervan.

Bovendien moet de nationaliteitsvoorwaarde die de Lid-Staten in hun openbare dienst stellen, waarborgen dat hun ambtenaren de nodige loyaliteit t.a.v. hun werkgever aan de dag leggen. Het is aan de Lid-Staten zelf om uit te maken waar deze loyaliteit in de vorm van de nationaliteit vereist is. Desnoods zouden de Lid-Staten vreemdelingen tot de openbare dienst wel willen toelaten via een arbeidsovereenkomst, zonder dat zij evenwel over dezelfde rechten en waarborgen beschikken als de benoemden ¹³⁻¹⁴.

In feite repliceerden de Lid-Staten hiermee op de stellingen die vroeger reeds door adv.-gen. Mayras in de zaak Sotgiu (152/73) werden ingenomen en in de zaak Com. t. België (149/79) I grotendeels werden herhaald en ondersteund door de Commissie. Zij gaan ervan uit dat de Lid-Staten aan het begrip «overheidsdienst» niet autonoom inhoud kunnen geven, omdat dit aan hen de vrije hand zou geven in de bepaling van de omvang ervan ¹⁵. Wegens het uitzonderingskarakter t.a.v. het fundamenteel principe van het vrije verkeer van werknemers moet deze bepaling eng geïnterpreteerd worden en op uniforme wijze vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht ¹⁶. Zulk een interpretatie kan dan ook geen rekening houden met de wijze waarop in de verschillende Lid-Staten de openbare dienst is georganiseerd,

to the Law in England and in the Federal Republic of Germany», *L.L.E.I.*, 1989, 75-122; LOUIS, J.-V., «L'accès de ressortissants communautaires aux emplois publics», in *Honderd jaar Belgisch sociaal recht*, Brussel, Bruylant, 1986, 813-829; LYON-CAEN, G., «Un arrêt d'une interprétation difficile : l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire des 'Chemins de fer belges' confronté au droit français», in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Parijs, Pédone, 1984, 271-288; O'KEEFE, D., «Practical Difficulties in the Application of Article 48 of the EEC Treaty», *C.M.L.Rev.*, 1982, 53-59; MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, «Organes de l'état et condition de nationalité», in *Vade-mecum droit administratif*, nr. 5, *Organes et préposés. Responsabilité et nationalité*, Brussel, 1988, 49-71; SECHE, J.-Cl. «L'apport de l'arrêt de la Cour de Justice du 17 décembre 1980 (Commission c. Belgique, 149/79; *Adm. Publ. (T)*, 1981, 249-252; WITKOPP, U., *Wirtschaftliche Freizügigkeit und Nationalstaatsvorbehalte. Eine Untersuchung zu den Artikeln 48 Absatz 4 und 55 Absatz 1 des E.W.G.-Vertrages*, Baden-Baden, Nomos, 1977, 255 pp.; WYATT, D., «Article 48 (4) EEC: scope of the public service proviso», *E.L.Rev.*, 1981, 459-463.

⁸ *P.B.C.*, 5 februari 1972, nr. 10/4. Deze resolutie werd genomen op basis van het verslag BROEKZ, *Zit. Doc.*, 1971-72, nr. 225/71.

⁹ Zie dezelfde opvatting in WOHLFARTH, E. e.a., *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Kommentar zum Vertrag*, Berlijn, Vahlen, 1960, 159-160.

¹⁰ DRUESNE stelt dat door deze toevoeging deze resolutie geen eenduidige interpretatierichtlijnen geeft: *l.c.*, 290.

¹¹ België stelde overigens dat art. 48, lid 4, duidelijk en precies genoeg is en geen verdere uitleg vereist: *Jur.*, 1980, 3887. Zie tevens de standpunten van het Verenigd Koninkrijk, *l.c.*, 3893, van de Bondsrepubliek Duitsland, *l.c.*, 3894 en van Frankrijk, *l.c.*, 3897.

¹² Zie tevens SMIT, H. en HERZOG, P., *The Law of the European Economic Community*, New York, Bender, 2-474, die wijzen op de institutionele formulering van art. 48, lid 4.

¹³ Deze verschillende argumenten werden door Frankrijk nog eens op een rijtje gezet in de zaak Com. t. Frankrijk (307/84): conclusie adv.-gen. MANCINI, *Jur.*, 1986, 1728-1729.

¹⁴ Het grote economische belang van de tewerkstelling in overheidsdienst is wellicht niet vreemd aan de stellingen van de verschillende Lid-Staten. De overheidsdiensten fungeren vaak als economische bufferzone in tijden van hoge werkloosheid: DUBOIS, L., *l.c.*, 950; HANDOLL, J., *l.c.*, 223 en O'KEEFE, D., *l.c.*, 56. Dit is evenwel een bij uitstek onaanvaardbaar argument in een gemeenschapsrechtelijke context. Het vrije verkeer van werknemers is immers een fundamenteel recht dat niet afhankelijk kan worden gemaakt van nationale economische overwegingen.

¹⁵ *Jur.*, 1974, 169 en *Jur.*, 1981, 3886. Zie tevens conclusies adv.-gen. MANCINI in de zaak Com. t. Frankrijk (307/84), *l.c.*, 1729-1730.

¹⁶ *Jur.*, 1974, 158 en 169 en *Jur.*, 1981, 3890, 3891 en 3914. Zie tevens conclusie adv.-gen. MANCINI, *l.c.*, 1729.

maar wel met de inhoud van de onderscheiden betrekkingen¹⁷.

In deze discussie staat de institutionele opvatting m.b.t. de interpretatie van het begrip «overheidsdienst» tegenover de functionele benadering. Het Hof van Justitie heeft hierin ondubbelzinnig voor de functionele benadering gekozen. Reeds in het arrest Sotgiu (152/73) legde het Hof de basis voor deze benadering door te stellen dat art. 48, lid 4, geen draagwijdte mag worden toegekend die verder gaat dan het doel ervan, zodat de Lid-Staten slechts *bepaalde* werkzaamheden aan eigen onderdanen kunnen voorbehouden (ov. 4)¹⁸. Het voorbehoud moet dus eng geïnterpreteerd worden. Bovendien is de aard van de rechtsverhouding tussen de werknemer en het bestuur hiervoor niet van belang (ov. 5-6). Dit zou het de Lid-Staten immers mogelijk maken om naar believen het toepassingsgebied van dit voorbehoud in te vullen door het al dan niet toekennen van een publiekrechtelijk karakter aan de betrokken arbeidsverhouding¹⁹.

Vooraf in het arrest Com. t. België (149/79) I preciseert het Hof de inhoud van deze functionele benadering²⁰. Wil aan art. 48 niet alle nuttige werking ontnomen worden dan kan het begrip «overheidsdienst» niet louter op basis van nationale criteria worden bepaald (ov. 19)²¹. Rekening houdend met de enorme uitbreiding van het actieterrain van de nationale overheden, ook op economische en sociale gebieden, zou een institutionele, nationale interpretatie betekenen dat een groot aantal betrekkingen aan de toepassing van

het vrije verkeer van werknemers wordt onttrokken (ov. 11). Hiervoor bestaat geen rechtvaardiging, bv. door het vereiste van een bijzondere band van solidariteit ten opzichte van de staat en de wederkerigheid van de rechten en plichten (ov. 10). Bovendien zou dit leiden tot een zeer verscheiden toepassing ervan in de verschillende Lid-Staten²². Aan het begrip «overheidsdienst» moet dan ook een in de gehele Gemeenschap eenvormige interpretatie worden gegeven, rekening houdend met de aard van de uitgeoefende werkzaamheden (ov. 12). Dit uitgangspunt werd nadien door het Hof telkens uitdrukkelijk bevestigd²³⁻²⁴⁻²⁵.

Uitgaande van de ruime interpretatie die het Hof in andere zaken reeds gegeven had aan het vrije verkeer van werknemers als een van de fundamenteën van het gemeenschapsrecht, met de enge interpretatie aan de afwijkingbepalingen²⁶ en tevens met de taak van het Hof om de eenheid van het gemeenschapsrecht te waarborgen kon het Hof moeilijk anders dan over te gaan tot dit functionele uitgangspunt²⁷. Niettemin kwam zelfs op dit vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht evidente uitgangspunt toch nog kritiek²⁸⁻²⁹.

²² DUBOUIS, L., *l.c.*, 954 en KARPENSTEIN, P., *l.c.*, 384.

²³ Arrest Com. t. Frankrijk (307/84), ov. 11 en 12; arrest Lawrie-Blum (66/85), ov. 26 en arrest Com. t. Italië (225/85), ov. 7-9.

²⁴ Het Hof deed geen uitspraak m.b.t. het verschil in formulering tussen art. 48, lid 4, en art. 55, eerste lid, maar achtte impliciet dit argument niet voldoende om daaruit tot een institutionele interpretatie van art. 48, lid 4 te komen. In art. 55, eerste lid, is er sprake van «werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag van de Staat», wat eerder op een functionele benadering zou wijzen. De Commissie wees er in de zaak Com. t. België (149/79) I op dat, voor het uitoefenen van zelfstandige activiteiten, het Verdrag alleen maar kon verwijzen naar «werkzaamheden» omdat deze activiteiten niet institutioneel aan de overheid gebonden kunnen zijn (*Jur.*, 1980, 3890). In de rechtsleer worden evenmin uit de verschillende formulering van deze twee verdragsbepalingen beslissende criteria gehaald om art. 48, lid 4, institutioneel te interpreteren: DUBOUIS, L., *l.c.*, 952; HANDOLL, P., *o.c.*, 228 (noot 28); KARPENSTEIN, P., *l.c.*, 387; LENZ, B., *l.c.*, 95, en 106-107 en WITTKOPF, H., *o.c.*, 206.

²⁵ In het argument van de Belgische regering dat art. 8 Verordening 1612/68 de mogelijkheid inhoudt om E.G.-werknemers uit te sluiten van de deelneming aan het bestuur van publiekrechtelijke lichamen alsook van de uitoefening van een publiekrechtelijke functie, ziet het Hof juist een bevestiging van zijn stelling, omdat deze uitsluiting slechts welbepaalde functies betreft (ov. 14-15).

²⁶ Zie, over de rechtspraak van het Hof m.b.t. het begrip «werknemer» en m.b.t. het voorbehoud van de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid; VERSCHUEREN, H., *o.c.*, 279-294 en 389-394.

²⁷ Zie conclusie adv.-gen. MANCINI in de zaak Com. t. Frankrijk (307/84), *l.c.*, 1731; DRUESNE, G., *l.c.*, 290-291; DUBOUIS, L., *l.c.*, 951 en 955, en LOUIS, J.-V., *l.c.*, 814.

²⁸ Deze kritiek kwam vooral van de Franse rechtsleer. Volgens een aantal auteurs zou een functionele opvatting onmogelijk toepasbaar zijn op de Franse openbare dienst met zijn sterke institutioneel opgebouwde organisatie (met o.m. het carrièrebeginsel). Zie LYON-CAEN, G., *l.c.*, 283-284 (volgens deze auteur kan het functionele criterium enkel een sociologische betekenis hebben en is het juridisch onbruikbaar; bovendien zou de continuïteit van de openbare dienst enkel door eigen onderdanen verzekerd kunnen worden) en SALON, M., «Le droit français», *Adm. Publ. (T)*, 1981, 269. Zie eveneens het volgehouden institutionele standpunt van de Franse regering in arrest Com. t. Frankrijk (307/84), ov. 7 en 8. Kritiek

¹⁷ *Jur.*, 1974, 159, 160 en 170; *Jur.*, 1981, 3916.

¹⁸ Een aanzet tot deze restrictieve interpretatie vond men reeds in MEGRET, J. e.a., *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, III, *Libre circulation des travailleurs*, Brussel, Ed. de l'U.L.B., 1974, 6.

¹⁹ Dezelfde argumentatie herhaalde het Hof in arrest Com. t. Frankrijk (307/84), ov. 11 en in arrest Com. t. Italië (225/85), ov. 8. Zie tevens de conclusie van adv.-gen. LENZ in de zaak Lawrie-Blum (66/85), die erop wijst dat ambtenaren werknemers zijn in de zin van art. 48 E.E.G.-Verdrag. Het Verdrag kent enkel het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen en geen derde categorie (ambtenaren) die daartussen zou zitten: *Jur.*, 1986, 2132-2133.

²⁰ Ten onrechte ziet Lyon-Caen in dit arrest een breuk met het arrest Sotgiu (152/73); LYON-CAEN, G., *l.c.*, 272. Zie overigens RIBAS, J.-J. e.a., *Traité de droit social européen*, Parijs, P.U.F., 1978, 206, die reeds spreekt van de materiële opvatting van het Hof na het arrest Sotgiu (152/73).

²¹ Het Hof zegt dus niet dat het begrip overheidsdienst enkel op grond van gemeenschapsrechtelijke elementen kan worden gedefinieerd (ten onrechte LYON-CAEN, G., *l.c.*, 272). Het Hof laat bij de beoordeling van elke zaak ruimte voor de wijze waarop de Lid-Staten hun overheidsdienst percipiëren, dit in tegenstelling tot de opvatting van adv.-gen. MAYRAS in de zaak Sotgiu (153/73), *l.c.*, 170. Zie tevens DUBOUIS, L., *l.c.*, 951 (deze auteur spreekt van «dialectique complexe»); HANDOLL, J., *l.c.*, 232; LENZ, B., *l.c.*, 91-92, en SUNDBERG-WEITMAN, B., *Discrimination on Grounds of Nationality: Free Movement of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty*, Amsterdam, North-Holland, 1977, 172-173. Plender gaat in dit verband uit van een rechtsvergelijkende benadering: PLENDER, R., «Freedom of Movement for Workers», in *Law of the European Communities*, VAUGHAN, D. (red.), Londen, Butterworth, 1986, 449. Lenz kwam evenwel na een vergelijking van het Duitse en het Engelse recht tot het besluit dat rechtvergelijking in dit geval weinig aangewezen is. Wegens de zeer uiteenlopende inhoud die aan het begrip overheidsdienst in de onderscheiden Lid-Staten wordt gegeven: LENZ, B., *l.c.*, 88-90.

2. Toepassing van het discriminatieverbod

In de zaak Sotgui (152/73) stelde de Duitse regering dat het niet-discriminatiebeginsel zoals het vervat ligt in art. 48, lid 2, E.E.G.-Verdrag en in Verordening 1612/68, niet van toepassing is op de betrekkingen in openbare dienst. De uitsluiting van het niet-discriminatiebeginsel zou niet alleen gelden voor de toegang tot de openbare dienst, maar ook voor de tewerkstellings- en arbeidsvoorwaarden³⁰. De Italiaanse regering achtte het discriminatieverbod enkel toepasbaar op een privaatrechtelijke overeenkomst³¹. Het Hof besliste echter ondubbelzinnig dat het discriminatieverbod slaat op alle arbeidsvoorwaarden ongeacht in welke juridische verhouding t.a.v. de werkgever de arbeid wordt uitgeoefend³². Dit discriminatieverbod verhindert eveneens dat E.G.-werknemers voor overheidsbetrekkingen in dienst zouden worden genomen in een administratief statuut dat verschilt van dat van de eigen onderdanen. Het Hof van Justitie bevestigde uitdrukkelijk dat dezelfde voordelen en waarborgen die in de overheidsdienst aan de eigen onderdanen worden toegekend, eveneens moeten worden toegekend aan de andere E.G.-werknemers, zelfs wanneer het om betrekkingen in overheidsdienst gaat waartoe de betrokken E.G.-werknemers ondanks het voorbehoud zijn toegelaten³³. Dit betekent een krachtige veroordeling van de praktijk van verschillende Lid-Staten om E.G.-onderdanen alleen via een arbeidsovereenkomst tot hun openbare dienst toe te laten.

Toch kan de functionele benadering van deze materie door het Hof tot een discriminatie tussen eigen en E.G.-werknemers leiden. Of een E.G.-werknemer toegang heeft tot een bepaalde betrekking hangt af van de concrete inhoud

ervan. Dit betekent dat het in de praktijk mogelijk is dat bij een eventuele promotie, die in overheidsdienst vaak automatisch gebeurt, de uitgeoefende betrekking wel onder het voorbehoud zou kunnen vallen, zodat de E.G.-onderdanen beperkt zouden zijn in hun promotiekansen. Dit was voor een aantal Lid-Staten een belangrijke reden om de functionele benadering af te wijzen. De carrièregebondenheid en de wisseling van de aan de ambtenaren opgedragen taken zou aldus een ingebouwde en onaanvaardbare discriminatie inhouden³⁴.

Het gaat hier inderdaad om een keuze die moet worden gemaakt tussen het vrije werknemersverkeer en het discriminatieverbod, een keuze die voortvloeit uit de functionele opvatting van het Hof. Het Hof heeft echter zeer duidelijk beslist dat in ieder geval voorrang moet worden gegeven aan het vrije werknemersverkeer, omdat de uitsluiting in het algemeen van E.G.-werknemers van overheidsbetrekkingen een nog veel verdergaande beperking van hun rechten zou inhouden. Het Hof erkent dus dat E.G.-werknemers kunnen worden uitgesloten van een eventuele bevordering tot functies die wel onder het functioneel opgevatte voorbehoud zouden vallen³⁵.

B. Inhoudsbepaling van het begrip «overheidsdienst»

Toen dit functionele standpunt eenmaal was ingenomen, rees natuurlijk de vraag welke precieze gemeenschapsrechtelijke inhoud eraan gegeven moet worden, welke gemeenschapsrechtelijke criteria moeten worden gehanteerd om betrekkingen als «overheidsdienst» in de zin van art. 48, lid 4, te kwalificeren. In koor bevestigde de rechtsleer de delicateit en moeilijkheid van deze opdracht³⁶. De moeilijkheid van deze opgave was voor enkele Lid-Staten overigens een beslissend argument of af te zien van deze functionele interpretatie³⁷.

Toch heeft het Hof zich gewaagd aan een definiëring van de basiscriteria hiervoor. Betrekkingen in «overheidsdienst» zijn die betrekkingen die, al dan niet rechtstreeks, deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden en die werkzaamheden omvatten strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de staat, waardoor een bijzondere band van solidariteit t.a.v. de staat van de betrokk-

kwam er ook wegens de onbruikbaarheid van de «case»-benadering van het Hof: O'KEEFFE, D., *l.c.*, 56.

²⁹ De kritiek op het functionele standpunt werd tevens gevoerd door een stellingname van het Hof van Justitie zelf in de zaak Lohmann (H.v.J., 8 maart 1979, Sociale Verzekeringsbank t. Lohmann, zaak 129/78, *Jur.*, 1979, 853). Hierbij oordeelde het Hof dat de uitsluiting uit het toepassingsgebied van Verordening 1048/71 (sociale zekerheid) van de bijzondere sociale-zekerheidsregelingen m.b.t. voor personen in overheidsdienst een logisch gevolg is van art. 48, lid 4, E.E.G.-Verdrag. Hierbij nuanceert het Hof niet volgens het functionele criterium (ov. 3). Zie LYON-CAEN, G., *l.c.*, 258 en LEENEN, A.T.S., noot onder H.v.J., 17 december 1980, Com. t. België, zaak 149/79, *S.E.W.*, 1981, 650-651. Adv.-gen. MAYRAS schijnt in zijn conclusie in de zaak Com. t. België (149/79) I ook aan te nemen dat de toepassing van een bijzondere sociale-zekerheidsregeling de betrokken werknemers onder het voorbehoud van art. 48, lid 4, zouden kunnen laten vallen: *Jur.*, 1980, 3918. Adv.-gen. MANCINI repliceert echter dat het hier gaat om een «lapsus calami» (conclusie in de zaak Com. t. Frankrijk (307/84), *l.c.*, 1731), een opvatting die in het licht van de latere rechtspraak van het Hof wellicht de juiste is..

³⁰ *Jur.*, 1974, 157.

³¹ *Jur.*, 1974, 158.

³² Arrest Sotgui (152/74), ov. 5 en 8.

³³ Arrest Com. t. Frankrijk (307/84), ov. 16. Zie tevens arrest Com. t. Italië (225/85), ov. 11-13, waar het Hof eveneens zijn afkeuring uitspreekt over het niet toekennen van de voordelen van de aanstelling in openbare dienst (zoals de vastheid van betrekking, de promotiekansen en de voordelige pensioensregeling) aan E.G.-onderdanen die eenmaal tot de overheidsdienst zijn toegelaten. Zie ook arrest Alluè (33/88), ov. 8 en conclusie adv.-gen. MANCINI in de zaak Com. t. Frankrijk (307/84), *l.c.*, 1732.

³⁴ Zie de standpunten van de verschillende tussenkomende regeringen samengevat in overweging 20 van het arrest Com.t. België (149/79)I.

³⁵ Arrest Com. t. België (149/79) I, ov. 21 en 22. Zie tevens KARPENSTEIN, P., *l.c.*, 381. Het Hof gaat hierbij in tegen de opvatting van adv.-gen. MAYRAS in deze zaak die toch een voorbehoud «a limine» gerechtvaardigd acht voor een aanstelling in een loopbaan die normaliter toegang verleent tot een met het openbaar gezag bekleed ambt: *l.c.*, 3917.

³⁶ BERCKX, P., *l.c.*, 253; BURROWS, F., *Free Movement in the European Community Law*, Oxford, Clarendon, 1987, 153; DE MEYER, J., *l.c.*, 66; DRUESNE, G., *l.c.*, 292; HANDOLL, J., *l.c.*, 233; LEENEN, A., *l.c.*, 653; LOUIS, J.-V., *l.c.*, 819; LYON-CAEN, G., *l.c.*, 272, en MAESTRIPIERI, C., *La libre circulation des personnes et la libre prestation des services dans la CEE*, Heule, UGA, 1972, 26.

³⁷ Zie o.m. het standpunt van België in de zaak Com. t. België (149/79) I, *Jur.*, 1980, 3889.

ken werknemer kan worden gevraagd³⁸. De interpretatie en toepassing van deze basiscriteria roepen natuurlijk nieuwe en belangrijke problemen op. We zullen ze hier nu verder onderzoeken. Wel kunnen we in het algemeen reeds stellen dat deze criteria op elke betrekking afzonderlijk moeten worden toegepast en dat hierbij geen rekening kan worden gehouden met de aard van de juridische band tussen de werknemer en de betrokken overheid. Het kan evenmin worden toegepast op een abstracte categorie van betrekkingen. Dit zou immers een terugverwijzing naar het institutionele criterium betekenen³⁹.

1. Uitoefening van het openbaar gezag

Bij zijn voorstel tot definiëring van het begrip «overheidsdienst» in zijn conclusie in de zaak Sotgiu (152/73), stelde adv.-gen. Mayras dat de betrokken werknemer een beslissingsbevoegdheid moet hebben jegens particulieren⁴⁰. Later interpreteerde deze adv.-gen. dit ruimer door te spreken van werkzaamheden van bestuurlijke aard⁴¹. De Commissie heeft het over het «soeverein optreden ten opzichte van privé-personen, waarbij onder bepaalde omstandigheden rechten zouden kunnen geschonden worden» en voegt eraan toe dat de uitoefening van het openbaar gezag ook gebeurt binnen die functies die direct of indirect samenhangen met de besluitvorming van de staat, wat het geval zou zijn voor de betrekkingen op het gebied van het staatsgeheim of de nationale veiligheid⁴². Later spreekt de Commissie van «rechtstreeks deelnemen aan de uitoefening van het openbaar gezag of jegens particuliere overheidsprerogatieven doen gelden»⁴³. Adv.-gen. Mancini acht uitoefening van openbaar gezag aanwezig indien wilsdaden aan particulieren kunnen worden opgelegd en zij, als zij niet gehoorzamen, tot conformering gedwongen kunnen worden. Mancini denkt hierbij op de eerste plaats aan politie, landsverdediging, rechtspraak en belastingheffing, maar dit is voor hem geen limitatieve lijst⁴⁴.

³⁸ Deze definitie werd voor het eerst geformuleerd in het arrest Com. t. België (149/79) I, ov. 10 en 12, en later steeds herhaald: arrest Com. t. Frankrijk (307/84), ov. 12; arrest Lawrie-Blum (66/85), ov. 27; arrest Com. t. Italië (225/85), ov. 9 en arrest Alluè (33/88), ov. 7.

³⁹ Zie adv.-gen. MAYRAS in de zaak Com. t. België (149/79) I, *Jur.*, 1980, 3911.

⁴⁰ *Jur.*, 1974, 172. Zie tevens zijn conclusie in de zaak Reyners (2/74), *Jur.*, 1974, 665.

⁴¹ Conclusie in de zaak Com. t. België (149/79) I, *Jur.*, 1980, 3916.

⁴² Standpunt in de zaak Sotgiu (152/73), *Jur.*, 1974, 159-160. Zie tevens O'KEEFE, D., *l.c.*, 57.

⁴³ Standpunt in de zaak Com. t. België (149/79) I, *Jur.*, 1980, 3886.

⁴⁴ Conclusie in de zaak Com. t. Frankrijk (307/84), *Jur.*, 1986, 1732. Zie tevens CURRALL, J., *l.c.*, 64; DRUESNE, G., *l.c.*, 289 (deze auteur definieert de uitoefening van het openbaar gezag als «pouvoir de décision à l'égard des particuliers»); HANDOLL, J., *l.c.*, 234-235; KARPENSTEIN, P., *l.c.*, 391; LOUIS, J.-V., *l.c.*, 826 (deze auteur voegt hieraan alle activiteiten toe die betrekking hebben op de regelgeving in de ruime betekenis van het woord en het toekennen van voordelen aan particulieren); SECHE, J.-Cl., *l.c.*, 251; SUNDBERG-WEITMAN, B., *o.c.*, 173 (deze auteur spreekt over «the direct use of prerogative powers in any field») en WYATT, D., *l.c.*, 462.

Het Hof zelf heeft enkel gepreciseerd dat «overheidsdienst» zowel betrekking heeft op de directe als op de indirecte uitoefening van het openbaar gezag⁴⁵. Een aanduiding van wat indirecte uitoefening van het openbaar gezag betekent, geeft het Hof in het arrest Com. t. Italië (225/85) door te zeggen dat functies die advisering van de staat in wetenschappelijke en technische aangelegenheden impliceren, als betrekkingen in overheidsdienst zijn te beschouwen (ov. 9)⁴⁶. Daarnaast valt uit de casuïstiek van het Hof af te leiden dat betrekkingen m.b.t. de uitoefening van toezicht en leiding op door de overheid uitgeoefende taken eveneens een deelname aan het overheidsgezag inhouden⁴⁷⁻⁴⁸. De mogelijkheid van een occasionele of subsidiaire uitoefening van het overheidsgezag is evenwel niet voldoende⁴⁹. Dit is onder meer het geval m.b.t. ziekenhuisverpleeg(st)ers⁵⁰ en leraars die de leerlingen beoordelen en meebeslissen over hun overgang naar een hogere klas⁵¹⁻⁵².

⁴⁵ Arrest Com. t. België (149/79) I, ov. 10; arrest Lawrie-Blum (66/85), ov. 27, en arrest Alluè (33/88) ov. 7.

⁴⁶ Zie tevens LOUIS, J.-V., *l.c.*, 827.

⁴⁷ Zie arrest Com. t. België (149/79) II, waar het Hof de betrekkingen van «controleur hoofd van het tekenbureau», «eerste controleur», «controleur», «controleur inventarissen», «nachtwaker» en «architect» als overheidsdienst beschouwt (ov. 8). Het Hof werd hierin overigens gesteund door de Commissie: *Jur.*, 1982, 1848. In het arrest Com. t. Italië (225/85) heeft het Hof het over «leidinggevende functies», ov. 9. Zie tevens ov. 27 van de conclusie van adv.-gen. LENZ in deze zaak. HANDOLL merkt op dat deze leidende functies ook als vallende onder het algemeen belang kunnen worden aangemerkt: *l.c.*, 235-236.

⁴⁸ Dit standpunt valt ook af te leiden uit de Verklaring van de Raad afgelegd ter gelegenheid van de aanneming der teksten betreffende de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten van artsen in de Gemeenschap (PB.C., 1 juli 1975, nr. 146/1). In deze verklaring suggereert de Raad eerst dat artsen werkzaam in openbare ziekenhuizen de status van overheidspersoneel hebben en uit dien hoofde onder art. 48, lid 4, *lijken* te vallen. De Raad neemt ervan akte dat de Lid-Staten zich ertoe te verbinden om desondanks deze werkzaamheden binnen drie jaar toch open te stellen voor de onderdanen van de overige Lid-Staten, behalve voor die werkzaamheden die de ziekenhuisarts verricht in een leidinggevende functie of waarbij hij, al dan niet incidentieel, deelneemt aan de uitoefening van het openbaar gezag. Zie tevens *Vr. en Antw.*, Senaat, 1984-85, 25 december 1984, 494 (Vr. nr. 46 Vandezande).

⁴⁹ Zie arrest Reyners (2/74), ov. 52-55. Zie tevens LENZ, B., *l.c.*, 104 en 108, en LOUIS, J.-V., *l.c.*, 827. *Contra*: SUNDBERG-WEITMAN, B., *o.c.*, 174.

⁵⁰ Arrest Com. t. Frankrijk (307/84), ov. 13. In dit laatste arrest gaat het om een impliciete stellingname van het Hof m.b.t. tot het occasionele karakter. Adv.-gen. MANCINI had wel uitdrukkelijk gesteld dat de eventuele occasionele of subsidiaire uitoefening van het overheidsgezag, geen reden was voor het stellen van een nationaliteitsvereiste. Dit zou immers in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel: *Jur.*, 1986, 1733.

⁵¹ Arrest Lawrie-Blum (66/85), ov. 24 en 28. Zie tevens arrest Alluè (33/88), ov. 7 en 9; DE GROOF, J., *Grondwetsherziening van 1988 en het onderwijs*, Gent, Story-Scientia, 1989, 183, en MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, *o.c.*, 67-68. In de zaak Alluè (33/88) verdedigde de Commissie nochtans het standpunt dat beslissingen m.b.t. de overgang van leerlingen en het nemen van tuchtmaatregelen wel als een uitoefening van het openbaar gezag te beschouwen zijn. Zie eveneens de conclusie van adv.-gen. LENZ in de zaak Lawrie-Blum (66/85), *Jur.*, 1986, 2134. In dezelfde zin KARPENSTEIN, P., *l.c.*, 391. In de Belgische rechtspraak bestaat er één voorbeeld waar-

Deze aanduidingen laten echter nog veel ruimte voor interpretatie. Hierop heeft de rechtsleer ingespeeld, zonder evenwel een sluitend criterium te kunnen bieden ⁵³.

Te midden van deze discussie kunnen we, rekening houdend met de standpunten van het Hof van Justitie, het begrip «uitoefening van het openbaar gezag» samenvatten als slaande op de regelgeving en de afdwinging ervan, alsmede op de advisering bij en het toezicht op de uitoefening van overheidsactiviteiten, zonder dat het evenwel mag gaan om een occasionele uitoefening ervan. Tevens moeten de taken m.b.t. de nationale veiligheid en de ordehandhaving daartoe gerekend worden. Wyatt heeft het over taken die *enkel* door de staat uitgeoefend kunnen worden. Dit betekent dat economische taken die eveneens door privé-personen kunnen of worden waargenomen niet onder het voorbehoud kunnen vallen ⁵⁴. Zo zullen activiteiten die in een Lid-Staat ook door particuliere ondernemingen verzekerd worden, er niet onder het voorbehoud kunnen vallen ⁵⁵. En indien door een indienstneming via een arbeidsovereenkomst vreemdelingen toegelaten worden tot bepaalde overheidstaken, volgt hieruit een vermoeden dat het niet meer gaat om overheidsdiensten in de zin van het E.E.G.-Verdrag ⁵⁶.

bij de rechter het stellen van het nationaliteitsvereiste voor de subsidiëring van de leerkrachten in het vrij onderwijs strijdig acht met art. 48, lid 4, E.E.G.-Verdrag: Brussel, kort geding, 22 maart 1988, *Rev. Liège*, 1988, 918.

⁵² M.b.t. het onderwijs stelt adv.-gen LENZ in zijn conclusie in de zaak Lawrie-Blum (66/85) dat alleen die ambtenaren die de fundamentele opvoedkundige optie en de algemene organisatie van het onderwijs kunnen bepalen, het openbaar gezag in deze sector uitoefenen: *l.c.*, 2135. Dit zou ingaan tegen de opvatting van het MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE dat de school- of instellingsdirecties en het hoger administratief personeel wel onder het voorbehoud zouden vallen; *l.c.*, 69-70. Ondertussen loopt er m.b.t. een leraar in het middelbaar onderwijs een prejudiciële vraag bij het Hof van Justitie: zaak 4/91, A. Bleis t. Ministerie van Nationale Opvoeding (Frankrijk), *P.B.C.*, 9 februari 1991, nr. 34/16.

⁵³ Zo zijn voor HANDOLL de taken van secretar(i)(e)ssen, deurenwachters, assistenten e.d. die helpen bij de uitoefening van het openbaar gezag, eveneens als overheidstaken te bestempelen: *l.c.*, 235. Zie tevens de onzekerheid van DE MEYER, die het houdt bij de «case by case»-benadering en eerder een breed toepassingsgebied van het voorbehoud suggereert: *l.c.*, 65. Hij hanteert hierbij het vaak even moeilijke onderscheid tussen de zuiver politieke taken van de overheid en de economische en sociale taken.

⁵⁴ WYATT, D., *l.c.*, 463. Zie tevens CURRALL, J., *l.c.*, 579. Zo bestaat er een grote eensgezindheid over het niet van toepassing zijn van het voorbehoud op de industriële en handelsactiviteiten van de overheid: conclusie adv.-gen. MAYRAS in de zaak Com. t. België (149/79), I, *l.c.*, 3916; MAESTRIPIERI, C., *o.c.*, 25; SECHE, J.-Cl., *l.c.*, 251; SMIT, H. en HERZOG, *o.c.*, 2-476 en SUNDBERG-WEITMAN, B., *o.c.*, 170. De afwisselende nationaliserings- en privatiseringen zouden hen aldus telkens wel en niet onder het voorbehoud brengen: BURRELLS, F., *o.c.*, 151. Zie tevens de procedure die de Commissie op 12 maart 1986 heeft ingesteld tegen België m.b.t. het nationaliteitsvereiste voor bepaalde betrekkingen bij de A.S.L.K., die volgens de Commissie evenzeer in de particuliere sector worden uitgeoefend (zaak 75/86, *P.B.C.*, 26 april 1986, nr. 98/6). Deze zaak werd op 3 oktober 1986 reeds doorgehaald, wellicht omdat de A.S.L.K. het nationaliteitsvereiste had laten vallen (*P.B.C.*, 6 november 1986, nr. 280/9).

⁵⁵ LENZ, B., *l.c.*, 94.

⁵⁶ HANDOLL, J., *l.c.*, 231.

2. Bescherming van het algemene belang van de staat of van andere openbare lichamen.

De tweede voorwaarde waaraan een functie moet voldoen om onder het begrip «overheidsdienst» te vallen, is dat zij betrekking moet hebben op de bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen. Het Hof heeft door deze formulering afstand genomen van de suggestie van adv.-gen. Mayras om het voorbehoud te laten slaan op de betrekkingen waarmee *nationale* belangen gemoeid zijn, met name de binnen- en buitenlandse veiligheid ⁵⁷. Het Hof ziet het duidelijk ruimer door te spreken van *algemeen* belang, dat bovendien eveneens betrekking kan hebben op overheidslichamen andere dan de staat (bedoeld zijn o.m. de regionale en lokale overheden en het algemeen belang in regionale en lokale betekenissen).

Hiermee heeft het Hof een zeer ruim interpreteerbaar criterium ingevoerd dat op een groot deel van de overheidsactiviteiten zou kunnen slaan. Dit geldt niet alleen voor de klassieke overheidssectoren, maar ook op die overheidsactiviteiten die liggen in de economische en sociale sfeer (zoals het onderwijs) en betrekking kunnen hebben op de bescherming van de algemene belangen ⁵⁸. Dit zou zelfs kunnen leiden tot een uitholling van het functionele criterium. Het Hof geeft immers geen nadere precisering hoe het begrip «algemeen belang» moet worden uitgelegd en laat daardoor een ruime vrijheid aan de Lid-Staten. Deze zouden zelfs kunnen stellen dat elke activiteit waarvan de overheid vindt dat zij die zelf moet waarnemen, tot doel heeft het algemene belang te beschermen.

3. Cumulatieve toepassing

Zulk een interpretatie zou een volledige miskennis betekenen van de andere uitgangspunten van het Hof in deze kwestie. Daarom ook steunen wij de opvatting dat het Hof bij de koppeling van het vereiste van de bescherming van het algemene belang aan de uitoefening van het openbare gezag, een cumulatief vereiste heeft willen instellen. Het Hof gebruikt bij de binding van deze twee voorwaarden immers het woord «en» ⁵⁹. Toch zou hierover twijfel kunnen ontstaan n.a.v. de bewoordingen van het arrest Com. t. Italië (225/86), waar het Hof in overweging 9 het woord «of» gebruikt bij de verbinding van deze twee elementen en dit na een uitdrukkelijke bevestiging van adv.-gen. Lenz dat het

⁵⁷ Conclusie in de zaak Sotgiu (152/73), *Jur.*, 1974, 172. Zie tevens DRUESNE, G., *l.c.*, 289 en KARPENSTEIN, P., *l.c.*, 390 (deze auteur benadrukt dat in deze diensten alle functies, hoe onbelangrijk ook, aan eigen onderdanen kunnen worden voorbehouden, wegens het vertrouwelijk karakter ervan). Zie eveneens HANDOLL, J., *l.c.*, 235. De Commissie brengt dit soort functies onder het begrip «uitoefening van het openbaar gezag», standpunt in de zaak Sotgiu (152/73), *Jur.*, 1974, 160.

⁵⁸ Zie de ruime interpretatie bij DE MEYER, J., *l.c.*, 65-66.

⁵⁹ Arrest Com. t. België (149/79) I, ov. 10 en 12; arrest Com. t. Frankrijk (307/84) ov. 12; arrest Lawrie-Blum (66/85), ov. 27 (hierin antwoordt het Hof uitdrukkelijk bevestigend op de stelling van de Commissie inzake het cumulatieve karakter van deze voorwaarden: zie ov. 25 en 27) en arrest Alluè (33/88), ov. 7.

hier gaat om een cumulatieve voorwaarde⁶⁰⁻⁶¹. Toch herhaalde het Hof op 30 mei 1989 in de zaak Alluè (33/88) het begrip «en» (ov. 7), zodat de bewoordingen van het arrest Com. t. Italië (225/87) in dezen alleenstaand zijn⁶².

Het cumulatieve karakter van deze twee voorwaarden volgt ons inziens vooral uit de te ruime draagwijdte die aan het begrip algemeen belang kan worden toegekend en de grote uitbreiding van het voorbehoud indien de bescherming van het algemene belang reeds een voldoende voorwaarde zou zijn om een betrekking aan eigen onderdanen te kunnen voorbehouden.

Dit betekent dat enkel die betrekkingen die een uitoefening van het openbaar gezag inhouden aan eigen onderdanen kunnen worden voorbehouden die *tevens* een bescherming van de algemene belangen van de staat of andere overheidslichamen inhouden. Zo vallen ons inziens de toekenning van bepaalde rechten en voordelen die enkel de bescherming van particuliere belangen inhouden, niet meer onder de gestelde voorwaarden.

4. Band van solidariteit

Het tot nu toe laatste arrest dat door het Hof in dezen is gewezen, verbindt aan de twee voorgaande voorwaarden nog een derde, namelijk de noodzaak van het bestaan van een bijzondere band van solidariteit t.a.v. de Staat, alsmede de wederkerigheid van de rechten en plichten⁶³. Het eventueel beschouwen van deze bijzondere band van solidariteit als een derde en eveneens cumulatieve voorwaarde, zou een nog verdere inperking van het voorbehoud betekenen. Van het betrokken personeelslid moet niet alleen verwacht worden dat hij het vertrouwen waard is m.b.t. de uitoefening van zijn taken⁶⁴, maar er moet omwille van deze taken een *bijzonder* vertrouwen in hem kunnen worden gesteld. Dit kan

alleen betekenen dat hij bij de uitoefening van het openbare gezag en de bescherming van de algemene belangen een beslissingsautonomie bezit die niet aan onmiddellijke controle is onderworpen en dus op vertrouwelijke basis aan hem is gegeven. Het is evenwel niet duidelijk of het Hof deze weg verder zal inslaan.

II. PATSTELLING EN MOGELIJKE UITWEGEN

A. Verwarring en beperkte toepassing door de Lid-Staten

Ondanks de talloze bladzijden standpunten en commentaren in deze materie is het onbetwistbaar dat er grote verwarring bestaat over de interpretatie en de toepassing van het functionele criterium dat het Hof van Justitie hanteert⁶⁵. Dit criterium laat onvermijdelijk een «grijze zone» achter waarvan het moeilijk is om uit te maken of de betrekkingen die erin vallen als «overheidsdienst» moeten worden beschouwd⁶⁶. Dit blijkt niet alleen uit de tot nog toe niet geslaagde pogingen van de rechtspraak en de rechtsleer om hier eenduidigheid te brengen, maar vooral uit de onwil⁶⁷ of onmacht⁶⁸ van de Lid-Staten om hun nationale wetgeving en praktijk aan te passen⁶⁹. Enkel Nederland heeft zijn wetgeving aangepast⁷⁰.

De houding van de Belgische overheden is dubbelzinnig. Op 8 november 1987 werd art. 6, tweede lid, tweede zinsdeel, door de preconstituante voor herziening vatbaar verklaard⁷¹. De bedoeling was om deze grondwetsbepaling, krachtens welke enkel Belgen tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar zijn, aan te passen aan de hier besproken eisen van het Europese gemeenschapsrecht. Er werden hiervoor twee voorstellen tot wijziging door parlementsleden ingediend⁷². De regering zelf heeft in deze materie evenwel geen initiatief genomen en tot dusver is het nog niet tot een aanpassing van deze grondwetsbepaling ge-

⁶⁰ Conclusie ov. 25. Zie tevens zijn conclusie in de zaak Lawrie-Blum (66/85), *I.c.*, 2135.

⁶¹ Voor een aantal commentatoren was dit voldoende om van een ommekeer in de rechtspraak van het Hof te spreken en zelfs victorie te kraaien: MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, *o.c.*, 56-57. Zie tevens commentaar van de Commissie, die erop wijst dat een alternatieve toepassing van deze voorwaarden tot een aanzienlijke uitbreiding van het voorbehoud zou leiden: *Bull. E.G.*, 1987, nr. 7/8, 121.

⁶² Het cumulatieve karakter van deze voorwaarden werd eveneens gesteund door adv.-gen. MANCINI in de zaak Com. t. Frankrijk (307/84), *I.c.*, 1730. Zie eveneens: CURRALL, J., *I.c.*, 577; DUBOIS, L., *I.c.*, 955; LEENEN, A., *I.c.*, 652 en LENZ, B., *I.c.*, 99-100. Zie nochtans anders bij DE MEYER, J., *I.c.*, 62 en 65; GIUSEPPIN, P., *o.c.*, 17; KARPENSTEIN, P., *I.c.*, 387-388 (deze auteur kent dan wel een enge draagwijdte toe aan het begrip «algemeen belang»); PLENDER, R., *International Migration*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, 210 en MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE, *o.c.*, 56-57. HANDOLL acht deze kwestie nog onduidelijk: *I.c.*, 230.

⁶³ Arrest Alluè (35/88), ov. 7. In overige uitspraken beschouwde het Hof dit element als een verklaring voor het voorbehoud en niet als een voorwaarde: arrest Com. t. België (149/78) I, ov. 10. Zie nochtans het arrest Lawrie-Blum (66/85) dat in overweging 27 het heeft over «en derhalve», waaruit zou kunnen blijken dat het hier om een derde voorwaarde zou gaan die niet verschilt van de vorige twee en dus geen zelfstandige betekenis heeft.

⁶⁴ Dit gewone vertrouwen moet overigens ook aanwezig zijn in zuiver privaatrechtelijke arbeidsverhoudingen.

⁶⁵ DUBOIS merkt echter op dat even grote problemen zouden rijzen m.b.t. een institutionele afbakening van het begrip «overheidsdienst»: *I.c.*, 953.

⁶⁶ Standpunt Commissie in de zaak Com. t. België (149/79) I, *I.c.*, 3891; DRUESNE, G., *I.c.*, 295 en DUBOIS, I., *I.c.*, 958.

⁶⁷ Zie de wijziging van de Franse wet op de ambtenaren in 1983, waarbij DUBOIS opmerkt dat de rechtspraak van het Hof van Justitie «à été superbement ignorée», *I.c.*, 950.

⁶⁸ De verwarring over de juiste draagwijdte van het voorbehoud is voor sommigen zonet een excuus dan toch een verklaring voor het stilzitten van de Lid-Staten: DRUESNE, G., *I.c.*, 296; HANDOLL, J., *I.c.*, 137, en LOUIS, J.-V., *I.c.*, 815.

⁶⁹ Voor een overzicht van de nationale rechtsstelsels zie ZILLER, J., *Egalité et mérite. L'accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté Européenne*, Brussel, Bruylant, 1989, 120-122.

⁷⁰ Wet 20 april 1988 tot wijziging van de Ambtenarenwet 1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten, *Stb.*, 1988, 229; Wet 20 april 1988 houdende wijziging van de Militaire Ambtenarenwet 1931 en van de Wet Rechtstoestand dienstplichtigen ter zake van uitoefening van grondrechten, *Stb.*, 1988, 288, en Wet 20 april 1988 houdende intrekking van wet 4 juni 1858, regelende de benoembaarheid van vreemdelingen tot landsbedieningen, *Stb.*, 1988, 231.

⁷¹ B.S., 9 november 1987.

⁷² Het ene voorstel was afkomstig van de senatoren BLANPAIN en APPELTANS (*Gedr. St., Senaat*, 1988, B.Z., nr. 100-11/1°), het andere van de senatoren PATAER e.a. (*Gedr. St., Senaat*, 1988-89, nr. 100-11/2°).

komen. Zulk een wijziging is vanuit juridisch oogpunt weliswaar niet strikt vereist om het Europese gemeenschapsrecht in dezen van toepassing te laten zijn ⁷³, maar het nalaten de Grondwet in overeenstemming hiermee te brengen duidt wel op de politieke aarzeling om dit onderdeel van het E.G.-recht onverkort in België toe te passen. Wel worden sporadisch een aantal wetteksten aangepast aan het Europese gemeenschapsrecht. Een belangrijk voorbeeld hiervan is het decreet van de Vlaamse Gemeenschap betreffende het onderwijs II ⁷⁴, waarin de mogelijkheid tot aanstelling of benoeming, zonder uitdrukkelijke en individuele vrijstelling van de nationaliteitsvoorwaarde, in het Vlaamse onderwijs wordt uitgebreid tot de onderdanen van de E.G.-Lid-Staten (artt. 176 en 187) ⁷⁵.

B. Mogelijke uitwegen

1. Regelgevende initiatieven

Om meer duidelijkheid te brengen in deze materie zou volgens sommigen een verdere tekstuele uitwerking ervan wenselijk zijn. Rechterlijke beslissingen kunnen immers niet in de plaats treden van een ontbrekend beleid ⁷⁶. Reeds n.a.v. de zaak Com. t. België (149/79) I formuleerden enkele Lid-Staten de wens om onderling in dezen tot een akkoord te komen ⁷⁷. Dit voorstel past natuurlijk in een nationalistische en institutionele opvatting en kan principieel niet aan-

vaard worden vanuit het communautaire standpunt dat het Hof van Justitie heeft ingenomen.

Een andere mogelijkheid is een gemeenschapsrechtelijk wetgevend initiatief ⁷⁸, in vergelijking met de Richtlijn die de Raad heeft genomen m.b.t. het voorbehoud van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. Dit kan de vorm aannemen van een verordening ⁷⁹, een richtlijn of eventueel van een interpretatieve verklaring ⁸⁰. De haalbaarheid hiervan is evenzeer onzeker. Het zijn immers de vertegenwoordigers van dezelfde Lid-Staten die in de Raad moeten beslissen ⁸¹. Het risico is bovendien reëel dat hierbij de enge interpretatie van het Hof weer zou worden verruimd ⁸². Maar vooral schuilt hierin het gevaar dat aan het begrip «overheidsdienst» een statische betekenis zou worden toegekend die een verdere evolutie (lees: verenging) van dit voorbehoud naarmate de Europese integratie verdergaat, zou belemmeren ⁸³. De moeilijkheid van zulk een onderneming is reeds gebleken uit de gestrande poging van de diensten van de Commissie in de jaren 1985-86 om een voorstel van richtlijn te formuleren ⁸⁴.

Een wetgevend initiatief heeft overigens enkel zin wanneer het daadwerkelijk een grotere precisie realiseert. In dezen kan zeker inspiratie worden geput uit de recente wijziging van de Nederlandse wetgeving (zie boven). Hierbij werd uitgegaan van enerzijds het principieel wegnemen van het nationaliteitsvereiste en anderzijds het behoud ervan in wet- en regelgeving voor een aantal welbepaalde functies. De concrete invulling ⁸⁵ ervan is gebonden aan de Nederlandse situatie, maar de uitgangspunten zouden wel bruikbaar zijn voor een gemeenschapsrechtelijk initiatief ⁸⁶. Deze

⁷³ Zo werd recent de Belgische Staat veroordeeld omdat de P.T.T. E.G.-werknemers had geweerd bij een examen dat toegang moest verlenen tot de werving als stagiairs in de zin van K.B. nr. 230 van 21 december 1983, B.S., 28 december 1983. In art. 4, tweede lid, wordt hiervoor een nationaliteitsvereiste gesteld. De Brusselse rechtbank was evenwel van oordeel dat deze stagiairs geen functies van overheidsdienst in de zin van art. 48 E.E.G.-Verdrag konden uitoefenen en veroordeelde de Belgische Staat tot het betalen van een schadevergoeding; Rb. Brussel, 9 februari 1990, *T.Vreemd*, 1990, nr. 57, 30.

⁷⁴ B.S., 18 augustus 1990.

⁷⁵ Bij deze lovenswaardige aanpassing van de Vlaamse wetgeving aan het Europese gemeenschapsrecht werd evenwel over het hoofd gezien dat het E.G.-recht m.b.t. het vrije werknemersverkeer, in bepaalde omstandigheden ook van toepassing kan zijn op niet-E.G.-onderdanen. Dit is vooral het geval met niet-E.G.-familieleden van E.G.-migrerende werknemers. Art. 11 Verordening 1612/68 kent hun het recht toe om welke arbeid ook in loondienst te aanvaarden op het grondgebied van de Lid-Staat waar hun rechtgevend familielid-E.G.-onderdaan is tewerkgesteld. Het gaat hier om de echtgeno(o)t(e) en de kinderen onder de 21 jaar of ten laste. Ondanks het feit dat zij geen onderdaan zijn van een E.G.-Lid-Staat hebben zij toch het recht op dezelfde wijze als de E.G.-onderdanen in het betrokken land te werken. Ons inziens is deze bepaling dan ook van toepassing op de toegang tot de openbare dienst omdat art. 11 dezelfde bewoordingen bevat als het basisartikel 1 van deze Verordening («arbeid in loondienst»). Beter ware het geweest in de betrokken wetsbepalingen te spreken van «gerechtigden op het vrije verkeer van werknemers overeenkomstig art. 48 E.E.G.-Verdrag en Verordening 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968», eerder dan alleen van de «onderdanen van een Lid-Staat van de E.G.».

⁷⁶ LEENEN, A., *l.c.*, 655. BLECKMANN stelt eveneens dat de delicateit van het probleem een politieke oplossing vereist; *l.c.*, 38.

⁷⁷ Zie het standpunt van de Belgische en Britse regering, *Jur.*, 1980, 3889 en 3894.

⁷⁸ Zie het standpunt van de Franse regering in dezelfde zaak, *Ibid.*, 3897. Hiermee wijst deze regering uitdrukkelijk een louter jurisprudentiële benadering af. Zie tevens SUNDBERG-WEITMAN, B., *o.c.*, 175.

⁷⁹ LYON-CAEN, G., *l.c.*, 287-288. Deze auteur stelt voor om in een verordening een eerder beperkte categorie van ambten open te stellen voor E.G.-werknemers. Deze weg zou hun de meeste rechtszekerheid bieden en de grootste kans hebben om door de Lid-Staten te worden aanvaard en toegepast.

⁸⁰ DRUESNE, G., *l.c.*, 297-300. Deze auteur acht het laatste het meest haalbare, verwijzend naar de bovenvermelde verklaring van de Raad m.b.t. de ziekenhuisartsen. Hierin zou uitgegaan worden van de vertrekpunten van de rechtspraak van het Hof, maar ruimte gelaten worden voor «toegevingen» aan de Lid-Staten om een toepassing ervan te verzekeren. LOUIS verkiest echter een afdwingbare akte, eerder dan een verklaring; *l.c.*, 828.

⁸¹ HANDOLL, J., *l.c.*, 237-238, en O'KEEFE, D., *l.c.*, 58.

⁸² Zie conclusie adv.-gen. MANCINI in de zaak Com. t. Frankrijk (307/84), *l.c.*, 1731, en DE DORLODOT, F., *l.c.*, 248.

⁸³ Conclusie adv.-gen. MANCINI in de zaak Com. t. Frankrijk (307/84), *l.c.*, 1731. Zie tevens HANDOLL, J., *l.c.*, 231 en 340, en LENZ, B., *l.c.*, 116-117. HANDOLL is van oordeel dat deze flexibiliteit het best kan worden gegarandeerd via een voortdurende precisering door het Hof van Justitie van zijn rechtspraak.

⁸⁴ Zie Schrift. Vr. nr. 1971/84 (WIJSENBECK), 13 februari 1985, *P.B.C.*, 5 augustus 1985, nr. 197/19, en Schrift Vr. nr. 865/87 (MALLET e.a.), 20 juli 1987, *P.B.C.*, 15 februari 1988, nr. 42/43.

⁸⁵ Voor een lijst hiervan zie «Functies waarvoor bij wet of besluit de Nederlandse nationaliteit vereist wordt», bijlage bij «Memorie van Toelichting», Tweede Kamer, 1984-85, 19.076, nr. 3, 9-11.

⁸⁶ De rechtspraak van het Hof van Justitie in deze materie was overigens aanzet en inspiratiebron tot deze wetswijzigingen: zie «Memorie van Toelichting», *l.c.*, 4-5.

uitgangspunten kunnen als volgt worden samengevat⁸⁷. Het nationaliteitsvereiste blijft in het algemeen gelden voor die functies waarin een van de kerntaken van de staat worden vervuld, met name functies waarin meestal rechtstreeks publiek gezag over burgers wordt uitgeoefend zoals rechtspraak, opsporing en vervolging. Voorts gaat het om functies die verband houden met de nationale belangen van met name de interne en externe veiligheid van de Staat: de werkzaamheden van het politie- en militaire apparaat. Ook zou dit vereiste gelden voor werkzaamheden in vertrouwensfuncties⁸⁸. Ten slotte wordt de nationaliteitsverhouding van belang geacht voor functies bij de buitenlandse dienst omdat deze de representatie in het buitenland betreffen.

2. Acties vanwege de Commissie

De Commissie heeft gepoogd een voorstel van communautaire wetgeving uit te werken maar is er dus niet in geslaagd. Zij heeft dan begin 1988 een verklaring afgelegd m.b.t. haar optreden inzake de toepassing van art. 48, lid 4, E.E.G.-Verdrag⁸⁹. De Commissie benadrukt in dit document nogmaals het grote belang van het verder openstellen van de overheidsbetrekkingen voor de realisering van de interne markt, vooral nu ook initiatieven worden genomen m.b.t. de mobiliteit van studenten en onderzoekers, m.b.t. het vrijmaken van het vervoer en van de financiële instellingen en m.b.t. een algemeen stelsel van erkenning van hoger-onderwijsdiploma's.

Voortgaande op de rechtspraak van het Hof van Justitie poogt de Commissie dan een overzicht te geven van die betrekkingen die nog aan eigen onderdanen kunnen worden voorbehouden. Volgens de Commissie gaat het hier om openbare lichamen, zoals de strijdkrachten, de politie en andere gewapende korpsen, de magistratuur, de belastingadministratie en de diplomatie. Verder acht zij dat eveneens onder het voorbehoud vallen de betrekkingen bij de staatsministeries, de gewestelijke regeringen, de andere openbare lichamen, de gelijkgestelde organen en de centrale banken, voor zover het gaat om personeelsleden die zich bezighouden met taken die rechtstreeks verband houden met de

openbare rechtsmacht van de staat of van een ander publiekrechtelijk lichaam, zoals de opstelling van juridische akten, de tenuitvoerlegging van die akten, de controle op hun toepassing en het toezicht op ondergeschikte besturen.

De Commissie wijst erop dat betrekkingen in bepaalde nationale structuren dermate verschillen van de door het Hof gedefinieerde overheidstaken dat zij slechts bij wijze van hoge uitzondering onder het voorbehoud kunnen vallen. In een aantal van deze sectoren wil de Commissie bij voorrang een systematische actie voeren om de openstelling van hun betrekkingen voor andere E.G.-werknemers te verkrijgen. De geviseerde sectoren zijn: organen die belast zijn met een commerciële dienst⁹⁰, de gezondheidszorg, het openbaar onderwijs en het burgerlijk onderzoek in openbare instellingen. De Commissie viseert vooral deze sectoren omdat de bedoelde activiteit ook door de particuliere sector worden uitgeoefend. Zij maant er verder de Lid-Staten toe aan om op deze terreinen de nodige initiatieven te nemen en de Commissie op de hoogte te brengen van eventuele problemen, en dreigt desnoods met inbreukprocedures bij het Hof van Justitie.

Dit initiatief is in feite als een wanhoopsdaad te bestempelen. De Commissie beperkt haar actie tot het formuleren van aanbevelingen en het dreigen met een inbreukprocedure⁹¹. Maar van dit initiatief gaat geen enkele juridische kracht uit. Door haar aandacht toe te spitsen op activiteiten die zo goed als evident niet (meer) onder het voorbehoud vallen, verzwakt ze zelfs de juridische kracht die uitgaat van het direct werkende art. 48, lid 4, E.E.G.-Verdrag. De enige verdienste ervan is dat de Commissie meer gedetailleerd haar visie geeft op de inhoud van het voorbehoud. Maar hierbij gaat zij evenwel voorbij aan een aantal belangrijke onduidelijkheden in de rechtspraak van het Hof. Met name spreekt ze niet over de betrekkingen die een *indirecte* uitoefening zijn van het overheidsgezag en geeft ze de indruk dat ze voor bepaalde ministeries een institutionele benadering voorstaat⁹². Bovendien vergeet ze deze functies te toetsen aan de aanwezigheid van de bescherming van de algemene belangen⁹³.

3. Herformulering van de uitgangspunten

De vraag rijst of de uitgangspunten van het gemeenschapsrecht m.b.t. het vrije verkeer van werknemers in de overheidsdiensten van de Lid-Staten nog wel adequaat zijn. Het nationaliteitsvoorbehoud voor de openbare dienst is een erfenis van de 19e en begin 20e eeuw en is gebaseerd op het wantrouwen t.a.v. van vreemdelingen in het algemeen. De loyaliteit t.a.v. een nationale staat kon in deze vi-

⁸⁷ Zie «Nader Rapport», Tweede Kamer, 1984-85, 19.076, nr. B, 3.

⁸⁸ De betekenis van deze vertrouwensfuncties werd als volgt samengevat (zie «Memorie van Antwoord van 29 juli 1986; Tweede Kamer, 1984-85, 19.076, nr. 5, 6); als vertrouwensfuncties worden die functies aangemerkt welke de mogelijkheid bieden de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat te schaden dan wel het naar behoren functioneren van een vitaal onderdeel van een ministerie van algemeen bestuur of van een daaronder ressorterende dienst, bedrijf of instelling in gevaar te brengen. In de praktijk vindt de aanwijzing van vertrouwensfuncties plaats op basis van twee uitgangspunten: a) het kennis nemen van staatsgeheimen als bedoeld in art. 98 van het Wetboek van Strafrecht en b) het verrichten van werkzaamheden met betrekking tot die onderdelen van de rijksoverheid die van vitaal belang zijn voor 's lands defensie of de instandhouding van het maatschappelijk leven. In de praktijk gaat het in de ministeries om ongeveer 49.000 banen (18% van het totaal aantal), waarvan het overgrote deel zich bij Defensie en PTT bevindt.

⁸⁹ «Vrij verkeer van werknemers en de toegang tot overheidsbetrekkingen in de Lid-Staten — Optreden van de Commissie ter zake van de toepassing van artikel 48, lid 4 van het EEG-Verdrag», *P.B.C.*, 18 maart 1988, nr. 72/2.

⁹⁰ De Commissie voegt er enkel voorbeelden aan toe zoals openbaar vervoer, elektriciteits- of gasdistributie, lucht- of zeevaartmaatschappijen, post en telecomunicaties, radio- en televisieomroep.

⁹¹ Tot op heden (1.9.91) heeft de Commissie deze dreiging nog niet uitgevoerd.

⁹² Dat is althans de (verkeerde) conclusie die de Belgische regering uit deze verklaring trekt. Ze stelt dat «rekening houdend met dit standpunt de betrekkingen van de ministeries door de afwijking zijn gedekt, want ze worden als specifieke activiteiten van het openbaar ambt beschouwd»; *Vr. en Antw., Senaat*, 1988-89, 17 januari 1989, 703 (*Vr. nr. 8 Didden*).

⁹³ Zie tevens kritiek bij HANDOLL, J., *l.c.*, 238-239.

sie enkel door eigen onderdanen verzekerd worden. Het gaat hier echter om een «national kaum erklärbares Mißtrauen»⁹⁴, «fortement teinté de mysticisme»⁹⁵. Dit a priori kan met geen enkel redelijk argument gegrond worden⁹⁶. De geschiedenis leert ons immers dat enerzijds de grootste verraders vaak eigen onderdanen waren en dat anderzijds voor de hoogste posten een beroep werd gedaan op buitenlanders⁹⁷.

De wankele basis voor het wantrouwen t.a.v. hen die niet over de eigen nationaliteit beschikken, wordt nog meer betwistbaar in het licht van het gemeenschapsrecht en het E.G.-lidmaatschap van de nationale staten. Dit lidmaatschap brengt voor deze staten immers de verplichting van «gemeenschapstrouw» met zich, een principe dat zijn uitdrukking heeft gekregen in art. 5 E.E.G.-Verdrag. De Lid-Staten moeten niet alleen de nodige maatregelen treffen om de nakoming van het gemeenschapsrecht te verzekeren, maar zij moeten zich tevens onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van de doelstelling van het Verdrag in gevaar kunnen brengen⁹⁸. Deze loyauteitsverplichting t.a.v. de Gemeenschap bestaat ook voor de personeelsleden van de nationale staten die ze in de praktijk moeten realiseren⁹⁹. In concreto bestaat zij op alle terreinen waarop de Gemeenschap activiteiten ontplooit en waarbij in de nationale beleidsbepaling en uitvoering rekening gehouden moet worden met het gemeenschapsrecht- en beleid¹⁰⁰. Vanuit het oogpunt van de voorrang van de gemeenschapsrechtsoorde heeft de loyauteit t.a.v. de Gemeenschap voorrang op de loyauteit t.a.v. de nationale staat in de enge zin. Deze voorrang geldt op de eerste plaats voor de hoogste beleidsbepa-

lende en uitvoerende taken en dus ook voor die taken die volgens de huidige stand van de rechtspraak van het Hof van Justitie voorbehouden mogen blijven aan de eigen onderdanen. Bij deze beleidsbepaling en -uitvoering kunnen de betrokkenen vaak niet naast het gemeenschapsrecht en zijn zij er «trouw» aan verschuldigd. Dit geldt ons inziens ook voor de wetgevende en rechterlijke macht en zelfs voor de buitenlandse betrekkingen.

Vooral met het oog op de voortschrijdende integratie van de Gemeenschap is deze benaderingswijze van belang. Hoe langer hoe meer terreinen van het maatschappelijk leven worden door gemeenschapsinitiatieven en het gemeenschapsrecht beïnvloed of bepaald en zijn dus onderworpen aan de gemeenschapstrouw¹⁰¹. Slechts enkele terreinen blijven hierbuiten, zoals het interne en externe veiligheidsbeleid. Maar door de recente internationale ontwikkelingen zouden zelfs deze terreinen een Europese gemeenschapsaangelegenheid kunnen worden.

Het verhinderen van de toegang voor E.G.-onderdanen tot de overheidsdienst enkel en alleen wegens hun nationaliteit wordt, gezien vanuit dit standpunt, hoe langer hoe meer onhoudbaar. Men zou, bij wijze van boutade, zelfs kunnen stellen dat de gemeenschapstrouw beter gediend zou worden indien sommige taken juist niet aan eigen onderdanen worden toevertrouwd. Onderdanen van andere Lid-Staten zouden immers minder geneigd zijn om de trouw aan de Lid-Staat van tewerkstelling te stellen boven de gemeenschapstrouw.

Om die reden en wegens het vaak benadrukte fundamentele karakter van het vrije verkeer van werknemers komt het voorbehoud op grond van de nationaliteitsband in zijn geheel op de helling¹⁰². Dit betekent niet dat aan de loyauteit t.a.v. de nationale staat geen belang meer hoeft te worden gehecht. Op heel wat terreinen van het maatschappelijk leven behouden de Lid-Staten immers een soms ruime beleids- en beoordelingsmarge. Maar zoals Bleckmann stelt, kan deze loyauteit niet meer verzekerd worden via de nationaliteit van de betrokken ambtenaar, maar wel via eventueel andere benoemingsvoorwaarden zoals een verblijfsperiode of het slagen in een nationaal georganiseerd examen¹⁰³.

Besluit

De inhoud van het voorbehoud van art. 48, lid 4, E.E.G.-Verdrag m.b.t. de toepassing van het vrije verkeer van werknemers op betrekkingen in overheidsdienst is, ondanks de arresten van het Hof van Justitie en de talrijke rechtsgelerde commentaren nog steeds niet duidelijk afgebakend. De toepassing van dit voorbehoud in de Lid-Staten laat door deze interpretatieproblemen, maar ook door de politieke terughoudendheid, nog veel te wensen over. Dit geldt ook voor België. Niettemin gaat het hier om een onderdeel van het E.G.-recht met directe werking en kunnen de begunstigten

⁹⁴ KARPENSTEIN, P., *l.c.*, 377. Deze auteur heeft het over een «Re-lik des 19. Jahrhunderts».

⁹⁵ BLECKMANN, A., *l.c.*, 36.

⁹⁶ Zie tevens GIUSEPPIN, P., *o.c.*, 19 en WITTKOPP, H., *o.c.*, 208.

⁹⁷ KARPENSTEIN, P., *l.c.*, 379. Voor de Bondsrepubliek zie de zaak Guillaume; voor België zie o.m. Koning Leopold I in 1831.

⁹⁸ Zie in het algemeen over deze gemeenschapstrouw o.m.: CONSTANTINESCO, V., «L'article 5 C.E.E., de la bonne foi à la loyauté communautaire», in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1988, 97-114; KAPTEYN, P.J.G. en VERLOREN VAN THEMATAAT, P., *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer, Deventer, 1987, 65-68 en VAN GERVEN, W. en GILLIAMS, H., «Gemeenschapstrouw: goede trouw in E.G.-verband», *R.W.*, 1989-90, 1158-1169.

⁹⁹ Zie o.m. VAN GERVEN, W. en GILLIAMS, H., *l.c.*, 1164-1165.

¹⁰⁰ Dit aspect komt zeer scherp naar voren in de discussie m.b.t. de toegang tot betrekkingen in het onderwijs. Dit terrein is steeds maatschappelijk gevoelig geweest omdat het centraal staat in de overdracht van waarden en inzichten m.b.t. het (nationale) maatschappelijke leven. Dit maatschappelijk leven is bij een voortschrijdende Europese integratie niet langer nog enkel nationaal te noemen, zodat het onderwijs een belangrijke stimulator kan zijn bij het bevorderen van een Europese reflex en trouw bij de burgers. Zie Resolutie Europees Parlement van 24 oktober 1986 over de bevordering van de mobiliteit van leerkrachten in de Europese Gemeenschap, punten E., 6, 10 en 11, *P.B.C.*, 24 november 1986, nr. 297/158, en de Resolutie van 24 mei 1988 van de Raad en de Ministers van Onderwijs, in het kader van de Raad bijeen, betreffende de Europese dimensie in het onderwijs, *P.B.C.*, 6 juli 1988, nr. 177/5. Zie over deze discussie eveneens HANDOLL, J., «Foreign Teachers and Public Education», in *European Community Law of Education*, DE WITTE, B. (red.), Baden-Baden, Nomos, 1989, 42-46 en LONBAY, J., «Education and Law. The Community Context», *E.L.Rev.*, 1989, 364.

¹⁰¹ HANDOLL, J., «Article 48 (4) EEC and Non-national Access to Public Employment», *l.c.*, 1988, 240-241.

¹⁰² LOUIS noemt het een anachronisme, zonder evenwel hiervoor een gedetailleerde argumentatie te geven: *l.c.*, 829. Zie tevens LENZ, B., *l.c.*, 117-118 en SUNDBERG-WEITMAN, B., *o.c.*, 174-175.

¹⁰³ BLECKMANN, A., *l.c.*, 39-40.

er zich rechtstreeks op beroepen. De afdwingbaarheid in de praktijk blijkt evenwel beperkt.

Rekening houdend met de verwarring en onduidelijkheid over de toepassing van dit voorbehoud, maar ook met de huidige en toekomstige ontwikkelingen m.b.t. het belang van de Europese Gemeenschappen en de rechten van de Euro-

pese burgers daarin, pleiten wij ervoor om dit voorbehoud in beginsel te laten vallen en slechts te behouden voor zeer uitzonderlijke en uitdrukkelijk gedefinieerde taken.

Herwig VERSCHUEREN
Docent Economische Hogeschool Limburg

BELGIE EN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN: GEEN GOEDE PARTNERS WAT ONRECHTMATIGE STEUN AAN ONDERNEMINGEN BETREFT *

Door de veroordeling van de Belgische overheid door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen wegens het niet terugvorderen van 224 miljoen frank aan onrechtmatige steun, uitgekeerd aan de firma Idealspun (Beaulieu), doet België zijn slechte reputatie ter zake eer aan ¹. Het is namelijk niet de eerste keer dat België wordt vervolgd wegens het niet terugvorderen van het voormelde steunbedrag. Op 13 januari 1986 werd België immers reeds door de Commissie van de Europese Gemeenschappen voor het Hof van Justitie gedaagd, en later veroordeeld ², wegens het niet uitvoeren van de Idealspun-beschikking 84/508/E.E.G. ³, waarbij de Commissie de terugvordering eiste. Op 21 februari 1990 werd België daarenboven veroordeeld wegens het niet uitvoeren van beschikking 84/111/E.E.G. ⁴ in de welbekende Fabelta-zaak ⁵, waarbij de Belgische regering eveneens werd opgelegd een onrechtmatig steunbedrag terug te vorderen ⁶. België staat daarmee wat het aantal veroordelingen wegens het niet terugvorderen van onrechtmatige steun betreft voorop ⁷. Trouwens, het grootst aantal beschikkingen hou-

dende terugvordering van onrechtmatige steun is aan België gericht.

De Idealspun-beschikking 84/508/E.E.G.

De retroacta van de uitspraak in de Idealspun-zaak zijn eenvoudig en overzichtelijk. In maart 1983 nam de Belgische overheid voor 224 miljoen frank deel in het kapitaal van Idealspun, een bedrijf dat door de groep Beaulieu werd opgericht voor de produktie van polypropyleenstapelvezels en -garens. Aangezien staatsparticipaties in het kapitaal van een onderneming een steunmaatregel in de zin van artikel 92 van het E.E.G.-Verdrag kunnen uitmaken, moest België deze participatie aanmelden bij de Commissie, wat echter niet gebeurde ⁸. Het was slechts door klachten van enkele beroepsverenigingen dat de Commissie op de hoogte werd gebracht van de participatie. Na een grondig onderzoek, voorgeschreven door het E.E.G.-Verdrag in artikel 93, lid 2, oordeelde de Commissie op 27 juni 1984 dat de participatie een met de Gemeenschappelijke Markt onverenigbare steunmaatregel uitmaakte en moest worden ingetrokken ⁹. Dit betekende dat het betrokken steunbedrag moest worden teruggevorderd, aldus de Commissie ¹⁰.

In antwoord op deze beschikking stelde België voor de participatie om te zetten in een lening, wat niet werd aanvaard door de Commissie ¹¹. Hierop verklaarde de overheid geen voor de Commissie bevredigende oplossing te kunnen vinden. De Commissie zag zich daarom genoodzaakt een

* De auteur dankt prof. dr. P. De Vroede voor zijn opmerkingen.

¹ De Commissie leidde de procedure in op 18 december 1989. Het Hof van Justitie deed reeds uitspraak op 19 februari 1991; H.v.J., 19 februari 1991, *Commissie t. België*, C-375/89, nog niet gepubliceerd (voor dit artikel werd de franstalige offprint van deze uitspraak gebezigd).

² H.v.J., 9 april 1987, *Commissie t. België*, 5/86, *Jurisp.*, 1987, 1773; zie voor een bespreking van dit arrest JORIS, T., «Ten onrechte uitgekeerde steun: België en het E.E.G.-recht», *R.W.*, 1987-88, 975.

³ *PB L* 283/42 van 27 okt. 1984.

⁴ *PB L* 62/18 van 3 maart 1984.

⁵ H.v.J., 21 februari 1990, *Commissie t. België*, C-74/89, nog niet gepubliceerd.

⁶ Enkele Vlaamse kranten verwarden de Idealspun-veroordeling met de Fabelta-zaak; zie o.a. *De Financieel Economische Tijd*, 20 februari 1991, 1. De Fabelta-beschikking hield de terugvordering in van een bedrag van 550 miljoen frank (steun in de vorm van een staatsparticipatie). Tevens werd België verboden een tweede schijf van 175 miljoen frank (eveneens in de vorm van een participatie in het kapitaal van de onderneming Beaulieu-Kunststoffen) uit te keren.

⁷ Zie ook infra.

⁸ Dit is geenszins uniek. Zo wees Morson er onlangs nog op dat de Lid-Staten «chercheront à se soustraire à cette contrainte (verplichting om aan te melden) en adoptant une conception restrictive de l'obligation d'information» en dat «un nombre important d'aides ont été accordées sans notification préalable» (MORSON, S., «La récupération des aides octroyées par les Etats en violation du traité C.E.E.», *RTDE*, 1990-91, 417-418).

⁹ *PB L* 283/42 van 27 okt. 1984.

¹⁰ *Vijftiende verslag over het mededingingsbeleid*, § 201.

¹¹ De verkoop van de deelname in het kapitaal van Idealspun zou evenwel een correcte en bevredigende uitvoering zijn geweest.

procedure ex artikel 93, lid 2, alinea 2 E.E.G., voor het Hof van Justitie in te leiden.

De eerste Idealspun-uitspraak

Tijdens deze procedure verklaarde de Belgische regering geen uitvoering te kunnen geven aan de beschikking, o.a. omdat de uitvoering zou leiden tot de likwidatie van de betrokken onderneming¹². Later in de procedure werd aangekondigd dat de Nationale maatschappij voor de herstructurering van de nationale sectoren de opdracht had gekregen om de nodige stappen tot terugbetaling van de steun te ondernemen. Tijdens de openbare terechtzitting bevestigde de vertegenwoordiger van de Belgische regering dat de meerderheidsaandeelhouders van Idealspun hadden ingestemd met de terugkoop van de overheidsdeelneming. De regering moest evenwel deze verrichting nog goedkeuren. Dit alles kon het Hof van Justitie niet overtuigen. Immers, het doel van de procedure was te horen verklaren dat België de beschikking van 27 juni 1984 niet tijdig had uitgevoerd. Nu dit het geval was, verklaarde het Hof op 9 april 1987 dat België een krachtens het E.E.G.-Verdrag op hem rustende verplichting niet was nagekomen¹³.

België maakte geen aanstalten om enig gevolg te geven aan deze veroordeling, waartoe het evenwel verplicht was uit hoofde van artikel 171 van het E.E.G.-Verdrag. Van de terugkoop van de staatsparticipatie door de meerderheidsaandeelhouders was er plotseling geen sprake meer (het is mogelijk dat de overheid deze oplossing voornamelijk had aangebracht om alsnog een veroordeling door het Hof van Justitie te vermijden). Er zat niets anders op voor de Commissie dan zich weer tot het Hof van Justitie te wenden, ditmaal in een procedure ex artikel 169 E.E.G..

De tweede Idealspun-uitspraak

Tijdens de mondelinge procedure erkende de Belgische overheid haar tekortkoming (zij diende ook geen formele conclusies in)¹⁴, maar zij verklaarde tevens dat onderhandelingen met Idealspun in 1988 en 1989 op een mislukking waren uitgelopen, en dat ondertussen het Vlaamse Gewest bevoegd was geworden om de terugvordering te doen. Daar-

toe had het Vlaamse Gewest immers in januari 1990 een procedure ingeleid voor de Rechtbank van Koophandel van Kortrijk¹⁵. Het Hof van Justitie aanvaardde deze argumentatie niet. Zo herhaalde het zijn vaste rechtspraak volgens welke een Lid-Staat zich ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van communautaire verplichtingen niet ten exceptieve op bepalingen, praktijken of situaties van zijn nationale rechtsorde kan beroepen¹⁶. België werd daarom veroordeeld op 19 februari 1991 wegens het nalaten de verplichtingen die voortspruiten uit artikel 171 van het E.E.G.-Verdrag na te komen¹⁷.

Hoewel dit artikel geen termijn bepaalt binnen welke een uitspraak van het Hof moet worden uitgevoerd, staat het evenwel vast dat met de uitvoering onmiddellijk een begin moet worden gemaakt en dat zij zo snel mogelijk moet worden voltooid¹⁸.

De uitvoering van beschikkingen houdende terugvordering

Naar aanleiding van de Idealspun-zaak, en ook van de reeds aangehaalde Fabelta-zaak, is duidelijk geworden dat de Commissie over geen specifieke instrumenten of procedures beschikt om toezicht uit te oefenen op de terugbetaling van onrechtmatige steun¹⁹. Het enige wat zij kan doen is een afdoend bewijs van terugvordering vragen aan de betrokken Lid-Staat²⁰. Indien dit bewijs niet afdoend is of ontbreekt, kan zij zich wenden tot het Hof van Justitie, ad infinitum (ook het Hof van Justitie bezit geen enkel instrument of procedure om toezicht uit te oefenen op de uitvoering van zijn uitspraken ter zake)²¹. In het verleden is ook gebleken dat de Commissie, ondanks haar klare wil om sterk op te treden tegen steun die in strijd met het Europees gemeenschapsrecht wordt uitgekeerd²², snel tevreden was wat

¹⁵ De regering ging de verbintenis aan het Hof te informeren over het verloop van deze procedure.

¹⁶ In de Fabelta-zaak had de Belgische overheid dezelfde argumentatie aangevoerd (H.v.J., 21 februari 1990, *Commissie t. België*, C-74/89, o.v. 8, nog niet gepubliceerd); zie ook nog, zij het in een andere context, H.v.J., 2 februari 1982, *Commissie t. België*, 68 t/m 73/81, *Jurispr.*, 1982, 157 e.v., waarbij België werd veroordeeld wegens het niet binnen de voorgeschreven termijn vaststellen van de nodige bepalingen om te voldoen aan zes milieu-richtlijnen.

¹⁷ H.v.J., 19 februari 1991, *Commissie t. België*, C-375/89, nog niet gepubliceerd. Artikel 171 van het E.E.G.-Verdrag luidt als volgt: «Indien het Hof van Justitie vaststelt dat een Lid-Staat een der krachtens dit Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, is deze staat gehouden die maatregelen te nemen, welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie.»

¹⁸ H.v.J., 19 februari 1991, *Commissie t. België*, C-375/89, o.v. 9, nog niet gepubliceerd; zie bv. ook H.v.J., 13 juli 1988, *Commissie t. Frankrijk*, 169/67, *Jurispr.*, 1988, 4093, o.v. 14.

¹⁹ De Commissie bevestigde dit reeds in 1985, *PB C* 291/1 van 13 nov. 1985; zie ook *Doc. PE* 114.500, 172, § 23.

²⁰ *PB C* 100/10 van 13 april 1987.

²¹ De praktijk heeft aangetoond dat de weg tussen de uitkering van de onrechtmatige steun en de daadwerkelijke terugvordering erg lang kan zijn; ook het aantal uitvoeringen van beschikkingen ligt aan de lage kant (twaalf op vijfendertig op 12 maart 1990), Schriftelijke vraag van mevrouw Van Hemeldonck, nr. 2716/90, nog niet gepubliceerd; zie verder MORSON, *l.c.*, 439.

²² Zo verdedigde de Commissie in de Boussac-zaak haar standpunt volgens hetwelk zij terugvordering kan eisen van een steun-

¹² Zie ook infra.

¹³ H.v.J., 9 april 1987, *Commissie t. België*, 5/86, *Jurispr.*, 1987, 1773.

¹⁴ Tijdens de administratieve fase van de procedure ex artikel 169 E.E.G. waren de antwoorden van de Belgische regering op vragen van de Commissie onbevredigend. Nochtans kondigde de regering aan dat de uitvoeringsmaatregelen zich aankondigden en dat de Commissie binnen korte termijn («temps utile») zou worden ingelicht. Later meldde de regering dat zij de terugbetaling had geëist vóór 31 december 1988. Als reactie op de ingebrekestelling van België door de Commissie, verzekerde de Belgische regering dat de gesprekken met Beaulieu werden voortgezet en dat, in geval van een mislukking ervan, een gerechtelijke procedure zou worden gestart, waarvan de modaliteiten zouden moeten worden vastgesteld in het licht van de recente staatshervorming (zie ook infra). In haar met redenen omkleed advies ex artikel 169 E.E.G. gaf de Commissie twee weken aan de regering om zich naar het arrest van 1987 te schikken. De regering vroeg een maand uitstel, en liet daarna niets meer van zich horen (H.v.J., 19 februari 1991, *Commissie t. België*, C-375/89, Rapport ter terechtzitting, nog niet gepubliceerd).

dit afdoend bewijs betreft. De ervaring met de Fabelta-zaak toont dit duidelijk aan, en doet serieuze vragen rijzen over hoe afdoend een dergelijk bewijs dient te zijn. In de laatstgenoemde zaak volstond een simpele brief van de overheid, zeggende dat de beschikking werd uitgevoerd²³. De Commissie was later evenwel verplicht om terug te komen op het afsluiten van het Fabelta-dossier. Verschillende leden van het Europese Parlement, klachten en persartikelen dwongen haar de procedure te heropenen, en België uiteindelijk voor het Hof van Justitie te dagen in een procedure ex artikel 93, lid 2, alinea 2, E.E.G.. Deze procedure werd afgesloten met een veroordeling van België wegens het niet uitvoeren van de betrokken beschikking²⁴.

Hopelijk zal de Commissie in het vervolg voorzichtiger zijn met het al dan niet aanvaarden van een afdoend bewijs en de nodige argwaan aan de dag leggen. In een recent antwoord op een schriftelijke vraag van mevrouw Van Hemeldonck verklaarde de Commissie dat zij de gegevens die haar

officieel en schriftelijk door de Lid-Staten worden verstrekt, *gewoonlijk* acht in overeenstemming met de feiten te zijn. «Zo zij al, bij uitzondering, heeft vastgesteld dat de haar verstrekte gegevens niet in overeenstemming met de feiten waren, is er voor haar over het algemeen geen aanleiding om de waarheid van de kennisgevingen van de Lid-Staten in twijfel te trekken»²⁵.

Belangrijk te vermelden is nog dat de Commissie op 12 maart 1990 vijftig beschikkingen houdende terugvordering van onverenigbare en onrechtmatig uitgekeerde steun gaf. Van deze beschikkingen werden er drie door het Hof van Justitie ongeldig verklaard; twaalf beschikkingen werden uitgevoerd; zes beschikkingen maken het voorwerp uit van een procedure voor de nationale rechter; drie beschikkingen maken het voorwerp uit van een procedure voor het Hof van Justitie; aan zes beschikkingen werd geen uitvoering gegeven; en vijf ondernemingen gingen failliet of werden gelikwideerd²⁶.

Nog enkele opmerkingen

De Lid-Staat is verantwoordelijk voor de uitvoering van een beschikking ex artikel 93, lid 2, E.E.G.

De Belgische overheid weet maar al te goed dat zij verantwoordelijk is voor de naleving van het Europees gemeenschapsrecht in België. De Commissie houdt enkel de Lid-Staten verantwoordelijk voor elke overtreding van de verplichtingen die zij hebben uit hoofde van het door henzelf uitgevaardigde recht. Het zijn dus de Lid-Staten «qui ont le devoir d'exécuter avec ponctualité les obligations communautaires»²⁷. De Gewesten worden niet als volwaardige partners aangemerkt. Wat de Lid-Staten intern-rechtelijk doen om het Europees gemeenschapsrecht te doen naleven, laat de Commissie als het ware onverschillig.

Zo blijft de Belgische overheid in beginsel verplicht voorname van gewestelijke steunmaatregelen aan te melden bij de Commissie²⁸. Eigenaardig genoeg moet worden vastgesteld dat de Belgische regering er zelf verschillende houdingen op nahoudt naar aanleiding van de vraag wie bevoegd is om de terugvordering van onrechtmatige steun te eisen en uit te voeren. Zo zien we dat de regering (Ministerie van Economische Zaken), de NIM-dochter SOCOBESOM (de Coöperatievennootschap voor Bedrijfsomschakeling die destijds voor de nationale overheid een participatie nam in

bedrag enkel op procedurele gronden (bv. door de niet-aanmelding van het voornemen van steunverlening), zonder dat zij de verenigbaarheid met de Gemeenschappelijke Markt ex artikel 93, lid 2, E.E.G. moet onderzoeken. Indien de steun werd verleend in strijd met het verbod van artikel 93, lid 3, laatste zin, van het E.E.G.-Verdrag, kan de verenigbaarheid ervan met de Gemeenschappelijke Markt deze onwettigheid niet verhelpen, aldus de Commissie (de Commissie verdedigde dit standpunt ook in haar *Zestiende verslag over het mededingingsbeleid*, § 203; belangrijk is dat de laatste zin van artikel 93, lid 3, van het E.E.G.-Verdrag directe werking heeft en aldus voor de nationale rechter kan worden ingeroepen). Het Hof van Justitie heeft dit standpunt evenwel niet gevolgd. Het Hof is van oordeel dat, indien een Lid-Staat een steunmaatregel niet heeft aangemeld, de Commissie de betrokken staat nog altijd om inlichtingen dient te vragen. Indien de staat de gevraagde inlichtingen verstrekt, moet de Commissie een onderzoek ten gronde doen. Wanneer de Lid-Staat echter weigert de gevraagde inlichtingen te verstrekken, is de Commissie bevoegd de procedure te beëindigen en een besluit te nemen waarin zij op basis van de haar ten dienste staande gegevens vaststelt of de steun al dan niet verenigbaar is met de Gemeenschappelijke Markt. De Commissie heeft in ieder geval de bevoegdheid om in een het eerste geval de Lid-Staat te verzoeken terstond de betaling van de steun op te schorten (terwijl de nationale rechter de bevoegdheid heeft de terugbetaling van de onrechtmatige steun te gelasten wegens de directe werking van de laatste zin van artikel 93, lid 3 van het E.E.G.-Verdrag; op 12 juni 1991 heeft de Commissie voor het eerst een dergelijke opschorting bevolen ten aanzien van Franse steun aan PMU (Pari Mutuel Urbains), *Agence Europe*, 13 juni 1991, 10). Schort de Lid-Staat de betaling niet op, dan kan de Commissie zich rechtstreeks tot het Hof wenden met een beroep tegen deze schending van het verdrag, doch zonder het onderzoek ten gronde stop te zetten (H.v.J., 14 februari 1990, *Frankrijk t. Commissie*, C-301/87, o.v. 19-23, nog niet gepubliceerd; zie ook H.v.J., 21 maart 1990, *België t. Commissie*, C-142/87, o.v. 15-19, nog niet gepubliceerd). De Boussac-zaak doet vele pen- nen vloeien en zal dit nog lang blijven doen. In dit artikel wordt niet verder ingegaan op deze uitspraak, die belangrijke wijzigingen heeft aangebracht aan de tot dan toe door de Commissie als correct beschouwde procedure.

²³ Zie verder JORIS, T., l.c., 979.

²⁴ H.v.J., 21 februari 1990, *Commissie t. België*, C-74/89, nog niet gepubliceerd. Zoals reeds werd gesteld, wordt in deze beschikking 84/111/E.E.G. gesproken over de terugvordering van 550 miljoen frank, en het verbod tot uitkering van een tweede schijf van 175 miljoen frank. Deze tweede schijf werd later evenwel toch uitgekeerd. Het arrest spreekt dan ook over 725 miljoen.

²⁵ Schriftelijke vraag van mevrouw Van Hemeldonck, nr. 2716/90, nog niet gepubliceerd. Dit antwoord is genuanceerder en voorwaardelijker dan het antwoord dat de Commissie in 1986 gaf, eveneens op schriftelijke vraag van mevrouw Van Hemeldonck. Toen stelde de Commissie in de Fabelta-zaak dat, aangezien de Belgische regering haar had bevestigd dat de betrokken beschikking was uitgevoerd, zij geen reden had om te geloven dat de beschikking op een andere wijze dan door de Belgische regering werd aangegeven, was uitgevoerd (zie *PB C 142/8*, van 9 juni 1986).

²⁶ Mondelinge vraag van mevrouw Van Hemeldonck, nr. H-577/90, *Handelingen van het Europees Parlement*, nr. 3-392/241; Schriftelijke vraag van mevrouw Van Hemeldonck, nr. 2716/90, nog niet gepubliceerd. Op voormelde vragen werd niet steeds met de nodige volledigheid en duidelijkheid geantwoord.

²⁷ H.v.J., 19 februari 1991, *Commissie t. België*, C-375/89, conclusie van A.G. Tesaro (§ 3, alinea 2), nog niet gepubliceerd.

²⁸ Zie *PB C 326/5* van 30 november 1983.

het kapitaal van Beaulieu-Kunststoffen) én het Vlaamse Gewest een gerechtelijke procedure hebben ingeleid tegen de firma Beaulieu-Kunststoffen om de onrechtmatig uitgekeerde steun van 725 miljoen frank terug te vorderen (Fabelta-zaak). In de Idealspun-zaak stellen we echter vast dat enkel het Vlaamse Gewest een gerechtelijke procedure heeft ingeleid²⁹. De vraag die hierbij rijst, is wie nu eigenlijk bevoegd is de betrokken steun terug te vorderen, wetende dat het hier om steun gaat die werd uitgekeerd vóór de staatshervorming waarbij de mogelijkheid om steun uit te keren aan de textielsector een gewestelijke bevoegdheid is geworden vanaf 1 januari 1989³⁰. De Belgische regering blijkt dus, gezien de gerechtelijke stappen die werden ondernomen, zelf niet helemaal overtuigd te zijn van het antwoord op deze vraag. Duidelijkheid is hier dus ver te zoeken.

Onvoorziene en onvoorzienbare moeilijkheden

Hierboven werd het probleem reeds aangestipt van de mogelijke likwidatie van een onderneming als gevolg van de teruggave van een onrechtmatig ontvangen steunbedrag. Belangrijk is hier op te merken dat de Commissie in het verleden duidelijk heeft gemaakt, ook in de Idealspun-procedure, dat onvoorziene en onvoorzienbare moeilijkheden bij de uitvoering van een beschikking aan haar oordeel kunnen worden voorgelegd, opdat een loyale samenwerking tussen haar en de betrokken Lid-Staat zou leiden tot een oplossing van de moeilijkheden, met volledige inachtneming van de verdragsverplichtingen³¹. In een beroep ex artikel 93, lid 2,

alinea 2, E.E.G. kan geen enkel ander verweermiddel dan de volstrekte onmogelijkheid van tenuitvoerlegging van de beschikking worden aangevoerd³². Men kan veronderstellen dat dergelijke moeilijkheden niet enorm groot in aantal zullen zijn, aangezien de Commissie beschikkingen uitvaardigt in *samenwerking met* de betrokken Lid-Staat³³.

Of nu de likwidatie van de betrokken onderneming als een onvoorziene of onvoorzienbare moeilijkheid kan worden beschouwd is twijfelachtig³⁴. Ten eerste komt, zoals reeds werd aangehaald, een beschikking tot stand na onderhandelingen met de betrokken Lid-Staat. Ten tweede kan worden gesteld dat de uitvoering van enkele beschikkingen houdende terugvordering in de praktijk heeft geleid tot de likwidatie van de steunontvangende onderneming³⁵. In de hier besproken Idealspun-zaak heeft de regering het probleem van de mogelijke likwidatie van de onderneming in geval van uitvoering van de beschikking enkel vermeld in de eerste procedure voor het Hof van Justitie. De regering trachtte het Hof duidelijk te maken dat de uitvoering van de betrokken beschikking de likwidatie van de onderneming tot gevolg zou hebben. Met deze argumentatie had de Belgische regering evenwel aangetoond dat de beschikking juist wel uitvoerbaar was, aldus het Hof³⁶. In deze procedure verviel evenwel dit Belgisch argument, daar de regering de terugkoop van de overheidsaandelen aankondigde.

Het lijkt ook vast te staan dat de onvoorziene en onvoorzienbare moeilijkheden niet voor het Hof moeten worden aangebracht, maar door de betrokken Lid-Staat aan de Commissie moeten worden voorgelegd, en dit onmiddellijk nadat de beschikking is uitgevaardigd. Een beschikking hou-

²⁹ Naar verluidt zouden de pleidooien beginnen in juni 1991.

³⁰ Indien het Gewest niet wil overgaan tot terugvordering, wordt de nationale overheid blootgesteld aan een veroordeling door het Hof van Justitie. Nochtans heeft deze overheid geen middelen om tegen het in gebreke blijvende Gewest op te treden (zie COUSSIRAT COUSTÈRE, V., in *Rapports pour le 12e Congrès II*, 24-27 september 1986, Parijs, FIDE, 1986, 182).

³¹ Het Hof van Justitie maakte ook melding van deze mogelijkheid in zaak 52/84. In een dergelijk geval moeten de Commissie en de Lid-Staat op grond van artikel 5 van het E.E.G.-Verdrag te goeder trouw samenwerken (H.v.J., 15 januari 1986, *Commissie t. België*, 52/84, *Jurispr.*, 1986, 89, o.v. 16); zie ook o.a. H.v.J., 2 februari 1989, *Commissie t. Duitsland*, 94/87, *Jurispr.*, 1989, 175, o.v. 9. Een mooi voorbeeld van diplomatieke samenwerking tussen de Commissie en de Lid-Staten bij de uitvoering van beschikkingen inzake steunmaatregelen is de Renault-zaak. Op 29 maart 1988 gaf de Commissie een beschikking (PB L 220/30 van 11 augustus 1988) houdende terugbetaling van twee leningen (tenzij de betrokken leningen zouden worden omgezet zodat daarvoor de normale marktvorwaarden zouden gelden, aldus de beschikking) en houdende voorwaardelijke goedkeuring van een steunbedrag van in totaal 20 miljard FF (kapitaalverstreking van 8 miljard FF en afkoop van schuldvorderingen ten bedrage van 12 miljard FF). In mei 1990 was de Commissie evenwel verplicht terug te komen op haar beschikking daar de Franse overheid zich niet aan de gestelde voorwaarden had gehouden (de Commissie nam also een besluit over de gedeeltelijke uitvoering van de beschikking, zie voor de brief van de Commissie aan de Franse regering, PB C 11/3 van 17 jan. 1991). Het bedrag van 12 miljard FF zouden moeten worden teruggevorderd. Directe contacten tussen o.a. de Franse premier Rocard en de vice-president van de Commissie Sir Leon Brittan (*Agence Europe*, 14/15 May 1990, 10) hebben uiteindelijk geleid tot een voor Frankrijk minder ongunstig «compromis» (terugvordering van 6 miljoen F.Fr.). Sir Leon Brittan verklaarde dat «if the French government had not accepted the compromise, the Commission would have requested the refund of

8.4 billion FF; it is normal for an amicable settlement, which avoids a Court of Justice case and two years of procedure, to be *somewhat lower* than what would result from the strict application of the law» (*Agence Europe*, 23 may 1990, 10; eigen cursivering). Een politiek compromis dus. Het is maar de vraag welke juridische grondslag dit compromis heeft meegekregen. Het enige wat omtrent deze zaak werd gepubliceerd is een kopie van de brief die de Commissie aan de Franse regering richtte om deze laatste in kennis te stellen van haar *besluit* over de gedeeltelijke uitvoering van de beschikking, PB C 11/3 van 17 jan. 1991. Voor een korte bespreking van deze zaak, enkel gebaseerd op kranteartikelen, zie MORSON, *l.c.*, 439.

³² Zie o.a. H.v.J., 15 januari 1986, *Commissie t. België*, 52/84, *Jurispr.*, 1986, 89, ov. 16.

³³ De Commissie heeft nooit een beschikking houdende terugvordering uitgevaardigd wegens de onwettigheid van de steun alleen. Met onwettige steun wordt bedoeld steun die wordt uitgekeerd zonder dat hij werd aangemeld, of zonder dat de betrokken Lid-Staat de definitieve uitspraak van de Commissie, die zich op verschillende manieren kan uiten, afwacht. Aan elke beschikking gingen aldus besprekingen met de betrokken regering vooraf.

³⁴ Dit is misschien anders wanneer de likwidatie van de betrokken onderneming reeds op til was op het ogenblik van het geven van de beschikking. Het lijkt evenwel onwaarschijnlijk dat de Commissie niet op de hoogte zou zijn van een dergelijke «omstandigheid».

³⁵ Vijf ondernemingen gingen failliet of werden gelijkwideerd (Schriftelijke vraag van mevrouw Van Hemeldonck, nr. 2716/90, nog niet gepubliceerd).

³⁶ H.v.J., 15 januari 1986, *Commissie t. België*, 52/84, *Jurispr.*, 1986, o.v. 14. De likwidatie van de betrokken onderneming heeft niet noodzakelijk tot gevolg dat het volledige bedrag van onrechtmatige steun terugvloeit naar de staatskas.

dende terugvordering van onrechtmatige steun moet immers onmiddellijk worden uitgevoerd³⁷.

Wat eveneens vaststaat, is dat een Lid-Staat niet gerechtigd is het beginsel van het rechtmatig vertrouwen in te roepen. Dit beginsel kan enkel door de betrokken onderneming(en) worden ingeroepen³⁸.

De Belgische staatshervorming als onvoorziene of onvoorzienbare moeilijkheid

De staatshervorming binnen het Belgisch politiek bestel kan als zodanig niet worden aangemerkt als een onvoorziene of onvoorzienbare moeilijkheid die de uitvoering van een beschikking houdende terugvordering absoluut onmogelijk maakt. Het is, zoals reeds werd aangehaald, een vaste rechtspraak volgens welke een Lid-Staat zich ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van communautaire verplichtingen niet ten exceptieve op bepalingen, praktijken of situaties van zijn nationale rechtsorde kan beroepen. In de hier besproken zaak had de Commissie daarom gesteld dat «les récentes réformes institutionnelles belges ne pourraient en aucune manière justifier une situation de totale inertie qui s'étend à présent sur plus de cinq ans»³⁹; «cette réforme ne saurait en aucun cas justifier le retard d'environ cinq ans et demi dans l'exécution des obligations qui découlent pour le gouvernement belge de la décision 84/508 de la Commission et l'arrêt de la Cour du 9 avril 1987»⁴⁰. De vraag die men zich hier kan stellen is of de Commissie een ander standpunt zou hebben ingenomen wanneer zij de procedure ex artikel 93, lid 2, E.E.G. zou hebben beëindigd net op het ogenblik dat België de betrokken staatshervorming had doorgevoerd. Evenwel voegde de Commissie in haar redenering toe dat het een vaste rechtspraak is dat «la responsabilité de l'Etat est en cause quel que soit l'organe de l'Etat dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement»⁴¹. Het lijkt dan

ook vast te staan dat het Hof van Justitie niet zal afwijken van zijn rechtspraak, ook in het hiervoor geschetste geval. Ook lijkt de Commissie geen ander standpunt te willen delen.

Besluit: België en het Europees gemeenschapsrecht

Niemand wenst hierbij het proces van de Belgische overheid te maken. Echter, indien België het Europees gemeenschapsrecht hoog in het vaandel heeft, zal het dit recht niet mogen vergeten tijdens de onderhandelingen van de derde fase van de staatshervorming. De interne institutionele problemen kunnen, en dat is nu toch wel een constante, niet worden ingeroepen als verschuiving voor het niet uitvoeren van de E.G.-verplichtingen⁴². België zal daarom een duidelijke procedure in het leven moeten roepen, waarbij het er zich van verzekert nieuwe gewestelijke steunmaatregelen te kunnen aanmelden bij de Commissie, zoals dat in beginsel door artikel 93, lid 3, van het E.E.G.-Verdrag wordt geëist. Ook dient ervoor gezorgd te worden dat de terugvordering niet wordt gedwarsboemd door nationale rechtsregels die deze terugvordering praktisch onmogelijk maken⁴³. Het gemeenschappelijk belang van de Lid-Staten primeert hierbij boven het belang van de individuele Lid-Staten.

Ondertussen blijft België wel opgezadeld zitten met zijn slechte reputatie inzake het niet terugvorderen van onrechtmatige steun.

Tony JORIS

³⁷ Zie ook supra. Voor het probleem van de onmiddellijke uitvoering van een beschikking houdende terugvordering, zie H.v.J., 21 maart 1990, *België t. Commissie*, C-142/87, nog niet gepubliceerd. In deze zaak was er sprake van boedelafstand ten behoeve van de schuldeisers van de onderneming Tubemeuse.

³⁸ H.v.J., 20 september 1990, *Commissie t. Duitsland*, C-5/89, nog niet gepubliceerd; zie ook H.v.J., 27 november 1987, *R.S.V. t. Commissie*, 223/85, *Jurispr.*, 1987, 4617.

³⁹ H.v.J., 19 februari 1991, *Commissie t. België*, C-375/89, conclusie van G. Tesaro (§ 3, alinea 2), nog niet gepubliceerd.

⁴⁰ H.v.J., 19 februari 1991, *Commissie t. België*, C-375/89, Rapport ter terechtzitting (§ 4, alinea 3), nog niet gepubliceerd; cursivering toegevoegd.

⁴¹ H.v.J., 19 februari 1991, *Commissie t. België*, C-375/89, Rapport ter terechtzitting (§ 4, alinea 4), nog niet gepubliceerd. Gesteld mag daarom worden dat het eerste argument van de Commissie niet echt ter zake was. Of haalde de Commissie dit argument aan om duidelijk te maken dat de Belgische staatshervorming een reden kon zijn voor een korte, dus *tijdelijke* niet-uitvoering van een beschikking houdende terugvordering? Lees evenwel artikel 171 van het E.E.G.-Verdrag; zie ook supra.

⁴² Zie voor een uitvoerige studie over de bevoegdheden van de Gemeenschappen en Gewesten en de daarmee gepaard gaande moeilijkheden bij de toepassing van het Europees gemeenschapsrecht, MARESCEAU, M., «De gewestvorming en het Europees recht», in *De grondwettelijke bevoegdheidsverdeling inzake leefmilieu*, BOCKEN, H. (red.), Brussel, Story-Scientia, 1986, 163-177.

⁴³ H.v.J., 2 februari 1989, *Commissie t. Duitsland*, 94/87, *Jurispr.*, 1989, 175, ov. 12; zie ook H.v.J., 21 maart 1990, *België t. Commissie*, C-142/87, ov. 61, nog niet gepubliceerd.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

18 APRIL 1991

Voorzitter : mevr. Petry

Rapporteurs : de hh. Francois en Boel

Advocaten : mrs. Van Gehuchten en Devers

1. Pensioenen zelfstandigen – Gemengde loopbaan – Eenheid van loopbaan – Aandeel loopbaan zelfstandige – Beperking – Gelijkeheidsbeginsel – 2. Grondwet – Gelijkeheidsbeginsel – Beschermde personen – Pensioenstelsels

1. De beperking van het aandeel van de loopbaan als zelfstandige ingevolge het beginsel van de eenheid van loopbaan, namelijk dat het totaal der breuken die de belangrijkheid uitdrukken van de aandelen van de loopbaan in de verschillende pensioenregelingen de eenheid niet mag overschrijden, voert geen onderscheid in tussen de pensioengerechtigden.

2. De verschillende pensioenstelsels zijn geen personen die de door de artt. 6 en 6bis Gw. verleende bescherming genieten.

R.S.V.Z. t/ D.

I. Onderwerp

Bij arrest van 13 december 1989 heeft de achtste kamer van het Arbeidshof van Bergen, in een zaak van overlevingspensioen tussen mevrouw M.D. en het Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen (RSVZ), een beslissing gewezen waarbij zij de uitspraak opschort tot het Arbitragehof uitspraak zal hebben gedaan over de volgende prejudiciële vraag : «Schendt artikel 142 van de wet van 15 mei 1984 niet het beginsel van de gelijkheid van de Belgen door de pensioenen ten laste van de overheid en die van de privé-sector met elkaar te mengen en te verwarren, dit enkel ten voordele van laatstgenoemde en voornamelijk ten nadele van de gewezen personeelsleden van de overheidssector?»

...
Mevrouw D. heeft bij de bevoegde overheden aanvragen tot toekenning van overlevingspensioenen ingediend waartoe de beroepsactiviteiten van haar echtgenoot recht gaven in de hoedanigheid van respectievelijk werknemer, zelfstandige en ambtenaar.

De pensioenen van werknemer en ambtenaar zijn hem toegekend.

Het pensioen van zelfstandig werknemer is hem door het RSVZ geweigerd, door toepassing van het beginsel van de eenheid van loopbaan zoals het is geformuleerd in artikel 19 van het koninklijk besluit nr. 72 van 10 november 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen der zelfstandigen, opnieuw opgenomen door artikel 142 van de wet van 15 mei 1984 houdende de maatregelen tot harmonisering in de pensioenregelingen.

Het RSVZ is van mening dat de breuken van de beroepsloopbaan die voor elk van die pensioenen de belangrijkheid

ervan uitdrukken de eenheid overschrijden, zodat, met toepassing van het voormelde artikel 19, het pensioen als zelfstandige moet worden verminderd (ten deze tot nul).

...

Het Arbeidshof is van mening dat het voormelde artikel 19 enkel de regeling voor de zelfstandigen ten goede komt, die voordeel haalt uit de aanspraken toegekend aan de werknemers van andere sociale zekerheidsregelingen en dat overigens, in geval van overschrijding van de eenheid van loopbaan, de regeling voor de privé-sector voordeel haalt uit de regeling voor de overheidssector aangezien deze laatste een pensioen moet toekennen aan de ambtenaren die van een volledige loopbaan kunnen doen blijken, zodat enkel die ambtenaren de last van de nationale solidariteit dragen die aan de basis van de pensioenregeling ligt.

...

IV. In rechte

...

Ten aanzien van de bepaling die het onderwerp van de prejudiciële vraag vormt

Artikel 142 van de wet van 15 mei 1984 houdende de maatregelen tot harmonisering in de pensioenregelingen (B.S., van 22 mei 1984) heeft artikel 19 van het koninklijk besluit nr. 72 betreffende het rust- en overlevingspensioen der zelfstandigen (opgeheven door de wet van 6 februari 1976) opnieuw opgenomen in de volgende versie :

«Wanneer de zelfstandige aanspraak kan maken op een rustpensioen krachtens dit besluit en op een rustpensioen of een als zodanig geldend voordeel krachtens een of meer andere regelingen en wanneer het totaal der breuken die voor elk van die pensioenen de belangrijkheid ervan uitdrukken de eenheid overschrijdt, wordt de breuk die de beroepsloopbaan weergeeft welke voor de berekening van het rustpensioen als zelfstandige in aanmerking wordt genomen zodanig verminderd als nodig is om genoemd totaal tot de eenheid te herleiden.

De breuk waarvan sprake is in het vorige lid drukt de verhouding uit tussen de duur der tijdvakken, het percentage of iedere andere maatstaf met uitsluiting van het bedrag dat voor de vaststelling van het toegekende pensioen in aanmerking werd genomen en het maximum van die duur, van dat percentage of van een andere maatstaf op basis waarvan een volledig pensioen kan worden toegekend.

Een soortgelijke vermindering wordt toegepast wanneer de langstlevende echtgenoot van een zelfstandige aanspraak kan maken op een overlevingspensioen of een als zodanig geldend voordeel krachtens een of meer andere regelingen en waarvan de totale omvang de in het eerste lid bedoelde normen overschrijdt.

Voor de toepassing van dit artikel wordt onder 'andere regeling' verstaan iedere andere Belgische regeling inzake rustpensioenen en overlevingspensioenen en iedere gelijkaardige regeling van een vreemd land of een regeling die toepasselijk is op het personeel van een volkenrechtelijke instelling.

De Koning bepaalt :

1° in welke gevallen de vermindering beoogd bij dit artikel niet wordt toegepast;

2° op welke wijze de breuk die de beroepsloopbaan weergeeft, wordt beperkt;

3° welke pensioengedeelten die krachtens andere regelingen worden toegekend, voor de toepassing van dit artikel buiten beschouwing worden gelaten;

4° wat onder volledig pensioen in een andere regeling wordt verstaan.»

Die bepaling had rechtsgevolg vanaf 1 januari 1984 (art. 154 van de voormelde wet van 15 mei 1984).

Zij is ten uitvoer gelegd door de artikelen 57 tot 60 van het koninklijk besluit van 22 december 1967 houdende algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen der zelfstandigen, gewijzigd door de koninklijke besluiten van 20 september 1984 en 15 april 1985 zonder dat bij die gelegenheid gebruik is gemaakt van de aan de Koning toegekende bevoegdheid om te bepalen in welke gevallen de vermindering niet zou worden toegepast.

Uit de betrokken bepaling blijkt dat de respectieve belangrijkheid van ieder pensioen toegekend na een gemengde loopbaan die een activiteit als zelfstandige omvat, moet worden uitgedrukt in de vorm van breuken en dat, wanneer de som van die breuken de eenheid overschrijdt, de breuk die de loopbaan als zelfstandige weergeeft, moet worden verminderd om die som tot de eenheid terug te brengen.

...

De betrokken bepaling strekt ertoe, bij de berekening van het pensioen van een zelfstandige met een gemengde loopbaan, het respectieve aandeel te bepalen van elk van de activiteiten waaruit die loopbaan bestaat en zo de financiële last van dat pensioen over de betrokken pensioenregelingen om te slaan. Zij strekt er tevens toe te voorkomen dat een pensioen wordt toegekend voor de berekening waarvan de som van elk der voormelde aandelen, uitgedrukt in breuken, de eenheid zou overschrijden.

Door te bepalen dat het aandeel van de loopbaan als zelfstandige beperkt wordt wanneer de door de wet bepaalde grens wordt overschreden, voert de onderwerpelijke bepaling geen onderscheid in tussen de pensioengerechtigden.

Het feit dat de betrokken bepaling een invloed zou hebben op de verdeling van de financiële last van de pensioenen over de onderscheiden stelsels, heeft op zich geen weerslag op de onderscheiden rechten van de pensioengerechtigden. De verschillende pensioenstelsels zijn geen personen die de verleende bescherming door de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet genieten.

Artikel 142 van de wet van 15 mei 1984 houdende de maatregelen tot harmonisering in de pensioenregelingen, dat artikel 19 van het koninklijk besluit nr. 72 herinvoert, schendt het in de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel niet.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 22 APRIL 1991

Voorzitter: de h. Soetaert, eerste voorzitter

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. De Bruyn

Veiligheidscomité — Oprichting — Werknemers — Aantal — Oprichting niet verplicht — Vakbondsafvaardiging — Opdracht — Leden — Bescherming

Krachtens de artt. 1, § 4, b, 4, Veiligheidswet en 80 K.B. 18 oktober 1978 oefent de vakbondsafvaardiging de opdracht van het veiligheidscomité uit in elke onderneming die minder dan vijftig werknemers tewerkstelt, voor zover er geen wettelijke verplichting tot oprichting van een veiligheidscomité bestaat. In dat geval genieten de leden van de vakbondsafvaardiging dezelfde bescherming als de personeelsvertegenwoordigers in het veiligheidscomité.

N.M.A.F. t/ Van M.

Conclusie van procureur-generaal H. Lenaerts

De voorziening stelt de vraag aan de orde in welke gevallen een vakbondsafgevaardigde dezelfde bescherming bij ontslag geniet als de leden van het veiligheidscomité, wanneer de vakbondsafvaardiging de opdrachten van het comité uitoefent in een onderneming met minder dan 50 werknemers.

Artikel 1, § 4, b, 4, van de Gezondheids- en Veiligheidswet verleent die bescherming, zo de Koning de vakbondsafvaardiging met de uitoefening van die opdrachten heeft belast. Artikel 80 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978, dat in deze zaak toepasselijk is, geeft die opdracht aan de vakbondsafvaardiging, «wanneer — aldus de tekst — er nog geen comité bestaat».

Volgens eiseres moet deze bepaling eng worden geïnterpreteerd: ondernemingen waar nog geen comité bestaat, zijn alleen die «waar een dergelijk comité moet worden opgericht maar nog niet effectief werd opgericht»; en dat zij, volgens haar, alleen de ondernemingen met minder dan 50 werknemers, bedoeld in artikel 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978. Deze bepaling verplicht de ondernemingen een comité te behouden, wanneer er bij de vorige verkiezingen een was opgericht omdat er toen nog 50 werknemers tewerkgesteld waren, maar dit aantal intussen tot minder dan 50 werknemers is gedaald; voorwaarde is wel dat er nog ten minste 20 werknemers tewerkgesteld blijven.

Tot staving van die beperkende interpretatie van artikel 80 betoogt eiseres dat deze bepaling een uitzondering maakt op het wettelijk voorschrift dat een veiligheidscomité alleen moet worden opgericht in ondernemingen met 50 werknemers.

Van die wettelijke regel wijkt artikel 80 evenwel niet af, aangezien het niet verplicht tot oprichting van een comité in ondernemingen met minder dan 50 werknemers, maar alleen ervoor zorgt dat de opdrachten van het comité kunnen worden uitgeoefend en zulks ter uitvoering van het reeds genoemde wetsartikel 1, § 4, b, 4. Overigens houdt de wetgever niet zozeer vast aan de regel dat in ondernemingen met minder dan 50 werknemers geen veiligheidscomité mag worden opgericht. Luidens artikel 1, § 4, b, 3, van de wet kan de Koning de verplichting tot oprichting van een comité uitbreiden tot ondernemingen met minder dan 50 werknemers.

In de Nationale Arbeidsraad werd de vraag besproken of de verplichting tot oprichting van een veiligheidscomité niet

moest worden uitgebreid tot ondernemingen met 25 werknemers.

De werkgeversvertegenwoordigers waren geen voorstanders van die uitbreiding, maar stelden voor dat de vakbondsafvaardiging, waar ze bestaat, zou worden gemachtigd «de bevoegdheden van de werknemersafvaardigden van de comités voor veiligheid en gezondheid uit te oefenen». De leden die het A.C.V. vertegenwoordigden, waren van oordeel dat de vakbondsafvaardiging de opdrachten van het comité in de kleine ondernemingen moet kunnen uitoefenen, maar meenden dat een comité moet worden opgericht zo er geen vakbondsafvaardiging bestaat. Volgens de leden die het A.B.V.V. vertegenwoordigden, moet in de betrokken ondernemingen een vakbondsafvaardiging kunnen worden opgericht en er de bevoegdheden van de werknemersvertegenwoordigers in het veiligheidscomité kunnen uitoefenen. Alleen de leden die het A.C.L.V.B. vertegenwoordigden, waren voorstanders van de uitbreiding van de verplichting onder bepaalde voorwaarden ⁴⁴.

Geïnspireerd door het advies van de Nationale Arbeidsraad stelde de Regering de bepaling voor die artikel 1, § 4, b, 4, van de Gezondheids- en Veiligheidswet is geworden en die de Koning machtigt de vakbondsafvaardiging met de taken van het veiligheidscomité in de ondernemingen met minder dan 50 werknemers te belasten. Zowel het wetsontwerp als het senaatsverslag verantwoorden dit voorstel op de enkele grond van «de belangrijkheid die de vakbondsafvaardigingen van het personeel der ondernemingen hebben bereikt bij de sociale betrekkingen tussen werkgevers en werknemers» ⁴⁵. Het kamerverslag noemde deze bepaling «een ware sociale vooruitgang» ⁴⁶.

Uit de geschiedenis van de besproken wetsbepaling blijkt in geen geval dat de Nationale Arbeidsraad en de wetgever de draagwijdte ervan hebben willen beperken tot de toch eerder weinig voorkomende gevallen dat het veiligheidscomité moest blijven bestaan, omdat het aantal werknemers beneden 50 was gedaald, en dan nog maar voor de korte tijd dat het comité nog niet effectief was opgericht. Die hypothese moest zich trouwens zeer uitzonderlijk voordoen, aangezien het ging om ondernemingen waar voorheen een veiligheidscomité bestond.

Waarom zou de wetgever overigens een bijzondere regeling uitvaardigen voor het geval dat een veiligheidscomité nog niet effectief is opgericht in ondernemingen met minder dan 50 werknemers? Hij doet dat immers ook niet voor de ondernemingen met 50 werknemers en meer. Want artikel 1, § 4, b, 4, van de Gezondheids- en Veiligheidswet bepaalt uitdrukkelijk dat de vakbondsafvaardiging het comité alleen kan vervangen in ondernemingen met minder dan 50 werknemers; en een overeenkomstige bepaling bestaat niet voor ondernemingen met meer werknemers.

Opzet van de besproken bepaling lijkt veeleer te zijn de werknemers ook in de KMO's zo veel mogelijk bij het veiligheidsbeleid te betrekken; maar om deze ondernemingen sociaal-organisatorisch niet te zwaar te belasten, neemt men

genoegen met de bestaande vakbondsafvaardiging in plaats van ze te verplichten daarnaast nog een comité op te richten.

Dat de vakbondsafvaardigden dezelfde bescherming genieten als de leden van het veiligheidscomité lijkt overigens volkomen verantwoord te zijn. Zij hebben immers dezelfde taak en moeten deze, zoals de leden van het comité, in volle onafhankelijkheid kunnen uitoefenen; ook zij moeten dus tegen bedreiging met ontslag beschermd zijn.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat, zo de interpretatie van eiseres juist is, de besproken bepaling niet alleen oorspronkelijk een onbeduidende draagwijdte had, maar zij thans zelfs volkomen zinloos is geworden. Want artikel 2, tweede lid, tweede zin, van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 komt in de huidige regeling – nl. het koninklijk besluit van 18 oktober 1990 – niet meer voor, evenmin overigens als in het voorgaande koninklijk besluit van 31 juli 1986 dat dit van 18 oktober 1978 heeft vervangen. De reden daarvan is dat de rechtsgrond van die bepaling, nl. artikel 1, § 4, b, 1, tweede lid, van de Gezondheids- en Veiligheidswet, is opgeheven door artikel 65 van de wet van 22 januari 1985. Sedertdien zijn de ondernemingen waar het aantal werknemers beneden 50 is gedaald, dus niet meer verplicht een veiligheidscomité te behouden. Niettemin is het bepaalde in artikel 80 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 ongewijzigd gehandhaafd in de latere besluiten, thans in artikel 84 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1990. Die bepaling moet dus wel bedoeld zijn voor andere, althans nog andere ondernemingen dan die waarvan sprake was in artikel 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978.

Eiseres meent voor haar stelling een tekstargument te vinden in het gebruik van het woord «nog» in artikel 80 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978. Volgens haar betekent dit dat de vakbondsafvaardiging de taak van het veiligheidscomité waarneemt in afwachting dat het comité werkelijk is opgericht. En aangezien het gaat om ondernemingen met minder dan 50 werknemers, zou dit alleen toepassing vinden in het geval bedoeld in artikel 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978.

Om de voormelde redenen kan met die beperkende interpretatie van eiseres niet worden ingestemd.

Wel bevat artikel 80 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 een heel andere beperking, die door het woord «nog» tot uitdrukking wordt gebracht. De vakbondsafvaardiging oefent de opdracht van het veiligheidscomité in de ondernemingen met minder dan 50 werknemers alleen uit, wanneer deze «nog» niet wettelijk verplicht zijn zulk een comité op te richten. Die verplichting kan steeds door de Koning worden opgelegd op grond van artikel 1, § 4, b, 3, van de Gezondheids- en Veiligheidswet. Zij bestond vóór 1985 ook voor de ondernemingen met 20 tot 50 werknemers waar bij de vorige verkiezingen nog 50 werknemers waren tewerkgesteld, zoals toen was voorgeschreven door het reeds herhaaldelijk vermelde artikel 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978.

Het middel faalt naar recht.

Conclusie: verwerping

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 23 mei 1990 door het Arbeidshof te Gent na verwijzing gewezen;

⁴⁴ Advies nr. 453 van 25 juli 1974, verslag van de Secretaris over de activiteit van de Raad, 1974-1975, blz. 83-84.

⁴⁵ Kamer 1974-1975, *Gedr.St.*, nr. 364/1, blz. 5; Senaat, *id.*, nr. 496/2, blz. 3 (het citaat uit de memorie van toelichting).

⁴⁶ Kamer, 1974-1975, *Gedr.St.*, nr. 364/4, blz. 2.

Gelet op het arrest van het Hof van 9 mei 1988;

Over het middel, gesteld als volgt: «schending van artikel 1, § 4, b, 4, twaalfde tot zestiende lid, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en de werkplaatsen, als toegevoegd door artikel 12 van de wet van 23 januari 1975, en van artikel 80 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 betreffende de ondernemingsraden en de Comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen,

doordat het bestreden arrest, na te hebben vastgesteld: «Uit de gegevens van de zaak blijkt dat er in de onderneming van (eiseres) minder dan 50 werknemers werden tewerkgesteld (...) Om deze redenen en op deze basis bestond er dus geen wettelijke verplichting een comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen op te richten. Aldus was artikel 1, § 4, b, eerste lid, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, niet toepasselijk aangezien er niet gewoonlijk gemiddeld ten minste 50 werknemers werden tewerkgesteld», eiseres, met bevestiging op dat punt van het vonnis a quo, veroordeelt om aan verweerder het bedrag van 5.491.123 fr. te betalen als beschermingsvergoeding zoals die geldt voor de leden van een comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen, onder aftrek van de reeds betaalde opzeggingsvergoeding en de reeds betaalde vakbondsvergoeding, vermeerderd met de wettelijke en gerechtelijke interesten op het nettobedrag en met de gedingskosten, op grond: «... artikel 1, § 4, b, 4, achtste en negende lid, van de wet van 10 juni 1952 bepaalt dat de Koning de vakbondsafvaardiging ermee kan belasten de opdrachten uit te oefenen van comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen wanneer de onderneming gewoonlijk minder dan 50 werknemers tewerkstelt en dat in dat geval de leden van de vakbondsafvaardiging, onverminderd de bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomst die voor hen gelden, dezelfde bescherming als de leden die het personeel van de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen vertegenwoordigen. Er dient te worden aangenomen dat uit de voormelde wettelijke bepaling van artikel 80 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 kan worden afgeleid dat de Koning gebruik gemaakt heeft van de mogelijkheid hem ter beschikking gesteld door artikel 1, § 4, b, 4, achtste lid, van de wet van 10 juni 1952»;

terwijl artikel 80 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 bepaalt dat «de vakbondsafvaardiging van het personeel der ondernemingen de opdrachten van het Comité uitoefent wanneer er *nog geen* comité bestaat»; de Koning door deze bepaling uitzondering maakt op het beginsel vervat in artikel 1, § 4, b, eerste lid, van de wet van 10 juni 1952, dat bepaalt dat een comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen slechts moet worden opgericht in de ondernemingen waar gewoonlijk gemiddeld ten minste 50 werknemers worden tewerkgesteld en de uitzonderingsbepaling van artikel 80 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 derhalve beperkend moet worden geïnterpreteerd; de uitbreiding van het beschermingsstatuut voor leden van dergelijke comités in ondernemingen die gewoonlijk 50 werknemers of meer tewerk stellen, tot personeelsleden van ondernemingen die gewoonlijk geen 50 werknemers te-

werkstellen, eveneens beperkend moet worden geïnterpreteerd; ondernemingen waarin «nog geen comité bestaat» derhalve die ondernemingen zijn waarin krachtens de bepalingen van het koninklijk besluit een dergelijk comité moet worden opgericht maar nog niet effectief is opgericht, namelijk de ondernemingen bedoeld bij artikel 2, tweede lid, van het koninklijk besluit, die niet gewoonlijk minstens 50 werknemers tewerkstellen, maar die bij de vorige verkiezingen een comité hebben opgericht en thans nog ten minste 20 werknemers tewerkstellen; de appelrechters en de door hen aangehaalde auteurs elke betekenis ontzeggen aan het door de Koning gebruikte bijwoord «nog» en artikel 80 van het koninklijk besluit interpreteren alsof er had gestaan dat de vakbondsafvaardiging de opdrachten van het comité uitoefent (telkens) wanneer er... geen comité bestaat; zodat de appelrechters de aangehaalde wettelijke bepalingen ten onrechte ruim interpreteren en de aanspraak van verweerder op een beschermingsvergoeding als lid van het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen ten onrechte inwilligen (schending van de aangehaalde wettelijke bepalingen)»;

Overwegende dat het arrest, na te hebben vastgesteld dat eiseres noch krachtens de wet noch krachtens een collectieve arbeidsovereenkomst, verplicht was een veiligheidscomité op te richten, oordeelt dat verweerder, die door eiseres ontslagen werd, desondanks recht heeft op de beschermingsvergoeding die geldt voor de leden van de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen;

Overwegende dat artikel 12 van de wet van 23 januari 1975, dat artikel 1, § 4, b, 4, van de wet van 10 juni 1952 wijzigt, luidt: «De Koning kan de syndicale afvaardiging van het personeel der onderneming ermee belasten de opdrachten uit te oefenen van de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen, wanneer de onderneming minder dan vijftig werknemers tewerkstelt. In dat geval genieten de leden van de syndicale afvaardiging, onverminderd de bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomsten die voor hen gelden: a) dezelfde bescherming als de leden die het personeel van de comités vertegenwoordigen, zoals die wordt bepaald in artikel 1bis, §§ 2, 5, 6 en 7, van dezelfde wet; deze bescherming vangt aan op de datum van het begin van hun opdracht en eindigt op de datum der volgende verkiezingen, door de Koning in uitvoering van artikel 1, § 4, b, zesde lid, vastgesteld, voor de aanwijzing van de personeelsafgevaardigden van de comités; b) van de mogelijkheid zich tot de arbeidsgerechten te richten op de wijze als bepaald in artikel 1, § 4, h en i»;

Dat artikel 80 van het toen toepasselijke koninklijk besluit van 18 oktober 1978 luidt: «De vakbondsafvaardiging van het personeel der onderneming oefent de opdrachten van het comité uit, wanneer er nog geen comité bestaat»;

Overwegende dat op grond van deze bepalingen de vakbondsafvaardiging de opdrachten van het veiligheidscomité uitoefent in elke onderneming die minder dan vijftig werknemers tewerkstelt, in zoverre er geen wettelijke verplichting tot oprichting van een comité bestaat, hetzij krachtens een koninklijk besluit genomen ter uitvoering van artikel 1, § 4, b, 3, van de Gezondheids- en Veiligheidswet, hetzij krachtens artikel 2, tweede lid, tweede zin, van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978, genomen ter uitvoering van

het door de wet van 22 januari 1985 opgeheven artikel 1, § 4, b, 1, tweede lid, van dezelfde wet;

Dat het gebruik van het woord «nog» in artikel 80 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 daaraan geen afbreuk doet, doch alleen te kennen geeft dat het voorschrift slechts geldt, zolang geen wettelijke verplichting tot oprichting van een veiligheidscomité bestaat;

Dat het middel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 30 MEI 1991

Voorzitter: de h. Rappe

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: de h. Velu, eerste advocaat-generaal

Inkomstenbelastingen — 1. Terugbetaling van een inhouding die geen voorheffing uitmaakt — Onverschuldigde betaling — Moratoire interest — 2. Terugbetaling van bedrijfsvoorheffing — Geen moratoire interest — Draagwijdte

1. *Wanneer het hof van beroep vaststelt dat de artt. 308 en 309 W.I.B. in casu niet van toepassing zijn, overschrijdt het zijn bevoegdheden niet door op grond van art. 1378 B.W. betreffende de terugvordering van het onverschuldigd betaalde moratoire interest toe te kennen.*

2. *Moratoire interest wordt slechts uitgesloten als het gaat om terugbetaling aan de betrokken belastingplichtige van een overschot op de bedrijfsvoorheffing die krachtens de artt. 180 tot 184 W.I.B. verschuldigd is.*

Belgische Staat t/ A.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 februari 1990 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het eerste middel: schending van artikel 92 van de Grondwet, van de regels betreffende de rechtsmacht van het hof van beroep inzake inkomstenbelastingen die voortvloeien uit de artikelen 267, 268, 273, 277, 279 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, welke twee laatste bepalingen zijn aangevuld bij de wet van 16 maart 1976, en, voor zoveel nodig, van de artikelen 1, 556 en 568 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest oordeelt dat de litigieuze inhouding die als bedrijfsvoorheffing aan de Schatkist werd betaald, geen belasting of voorheffing is, zodat de artikelen 308 en 309 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen niet van toepassing zijn op de terugbetaling van die inhouding, en de vordering van verweerder tot betaling van interest overeenkomstig artikel 1378 van het Burgerlijk Wetboek ontvankelijk verklaart, op grond «dat de wetgever bij de regeling van de betaling van moratoire interest bij terugbetaling van belastingen (artikel 308 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen) of van het overschot van voorheffingen en voorafbetalingen (artikel 309, 2), voor de terugbetaling van inhoudingen die geen belastingen, voorheffingen of voorafbetalingen zijn, niet van de regels van het gemeene recht inzake de terugvordering van het onverschuldigd betaalde is afgeweken», en beslist «dat het hof van beroep waarbij een be-

roep tegen een beslissing van de directeur is ingesteld, bevoegd is om interest op basis van artikel 1378 van het Burgerlijk Wetboek toe te kennen»,

terwijl de bevoegdheden van het hof van beroep dat, overeenkomstig artikel 603, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek, uitspraak doet over een beroep tegen een beslissing van de directeur der belastingen, onder de toepassing vallen van regels die voortvloeien uit bijzondere wetsbepalingen, inzonderheid uit de artikelen 267, 273, 276, 277, 278, 279, 281 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, die aan het hof van beroep geen andere bevoegdheden toekennen dan de kennisneming van bezwaren betreffende de vaststelling van de belasting; het dus niet bevoegd is ter zake van de invordering van de belasting; hoewel het hof van beroep zijn bevoegdheden niet overschrijdt wanneer het een aanslag vernietigt of een ontheffing verleent en het tegelijkertijd uitspraak doet over de eventueel verschuldigde moratoire interest, het echter die interest slechts met toepassing van de desbetreffende fiscale bepalingen kan toekennen; de grenzen van het geschil dat inzake inkomstenbelastingen bij het hof van beroep aanhangig kan worden gemaakt, uitsluiten dat het hof van beroep toepassing maakt van de regels van het Burgerlijk Wetboek betreffende de terugvordering van het onverschuldigd betaalde en waarover steeds een rechtsovereenkomst in eerste aanleg bij de gewone rechtbanken moet worden ingesteld en die aan de gemeenschappelijke regels van burgerlijke rechtspleging is onderworpen; het hof van beroep derhalve, door uitspraak te doen over een op artikel 1378 van het Burgerlijk Wetboek gegronde vordering tot betaling van interest, de bevoegdheden heeft overschreden die het in de artikelen 267, 273, 276, 277, 278, 279 en 281 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen heeft gekregen; het ook de regels en de beginselen inzake de bevoegdheid van de rechtbanken voor de geschillen over burgerlijke rechten en, inzonderheid, de artikelen 92 van de Grondwet, 1, 556 en 568 van het Gerechtelijk Wetboek schendt:

Overwegende dat te dezen verweerder bij het hof van beroep in beroep is gekomen van de beslissing van de directeur der belastingen houdende principiële afwijzing van zijn verzoek tot terugbetaling van een bedrag van 1.354.058 frank dat door de werkgever van verweerder als bedrijfsvoorheffing was ingehouden op een opzeggingsvergoeding van 2.219.768 frank; dat verweerder, bij conclusie, het hof van beroep om terugbetaling van dat bedrag van 1.354.058 frank heeft verzocht, te vermeerderen met de moratoire interest die, volgens hem, zo niet op grond van de artikelen 308 en 309 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, dan toch van artikel 1378 van het Burgerlijk Wetboek verschuldigd was;

Overwegende dat het arrest, enerzijds, eiser veroordeelt om verweerder de litigieuze inhouding terug te betalen, in hoofdzaak op grond dat de in Hong-Kong gestorte vergoeding niet in België betaald of toegekend is in de zin van artikel 180, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen en, anderzijds, beslist dat, aangezien de artikelen 308 en 309 van dat wetboek te dezen niet van toepassing zijn, het hof van beroep bevoegd is om verweerder moratoire interest op grond van artikel 1378 van het Burgerlijk Wetboek betreffende de terugvordering van het onverschuldigd betaalde toe te kennen;

Overwegende dat het hof van beroep, dat in eerste en laatste aanleg beslist over het beroep van een belastingplichtige, wegens het karakter van openbare orde van de belastingen, zelf, binnen de perken van het aanhangig gemaakte geschil, in feite en in rechte uitspraak moet doen; dat het bijgevolg zijn bevoegdheden niet heeft overschreden door te beslissen dat het moratoire interest op grond van voormeld artikel 1378 kon toekennen;

Dat het middel faalt naar recht;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 211, § 2, 277, § 3, en 309, eerste lid, 2°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, zoals ze destijds van toepassing waren,

doordat het arrest vaststelt dat de door de N.V. C. aan verweerder betaalde opzeggingsvergoeding niet voldeed aan de voorwaarden van artikel 180, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen waarin wordt bepaald aan wie de bedrijfsvoorheffing verschuldigd is, en beslist dat de door die vennootschap gedane en aan de Schatkist betaalde inhouding geen voorheffing is en dat daaruit volgt dat artikel 309 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen niet van toepassing is,

terwijl de N.V. C. de litigieuze inhouding op basis van artikel 180, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen heeft gedaan als belastingplichtige van de bedrijfsvoorheffing, daar ze van oordeel was dat het ging om toekenning van inkomsten in de zin van die wetsbepaling; de litigieuze inhouding die de Schatkist als bedrijfsvoorheffing heeft ontvangen, een bedrijfsvoorheffing blijft, zelfs indien blijkt dat de wets- en verordeningsbepalingen op grond waarvan de invordering heeft plaatsgehad, eventueel verkeerd werd toegepast; de terugbetaling van de litigieuze inhouding aan verweerder alleen maar de terugbetaling van een ten onrechte door de Schatkist ontvangen bedrijfsvoorheffing is en wordt verleend op grond van artikel 277, § 3, van hetzelfde wetboek, volgens hetwelk de directeur der belastingen of het hof van beroep waarbij krachtens artikel 278 van dat wetboek een beroep is ingesteld, ambtshalve ontheffing verleent van het overschot van de voorheffingen als bedoeld in artikel 211, § 2; te dezen de belasting niet werd vastgesteld, zodat de totale bedrijfsvoorheffing die overeenkomstig voormeld artikel 211 een overschot is, aan de genietster van de inkomsten moet worden terugbetaald; als dusdanig, overeenkomstig artikel 309, eerste lid, 2°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, geen moratoire interest op dat overschot moet worden toegekend; het hof van beroep, door te beslissen dat voormeld artikel 309, eerste lid, 2°, te dezen niet van toepassing was, voornoemde wetsbepaling schendt:

Overwegende dat artikel 309, eerste lid, 2°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt dat geen interest wordt toegekend bij terugbetaling aan de betrokken belastingplichtige van het overschot van de bedrijfsvoorheffingen als bedoeld in artikel 211, § 2, eerste lid, van dat wetboek; dat uit die artikelen 309 en 211, § 2, bezien in onderling verband, valt af te leiden dat de moratoire interest slechts uitgesloten is als het gaat om de terugbetaling aan de betrokken belastingplichtige van een overschot op de bedrijfsvoorheffingen die met name krachtens de artikelen 180, 1°, 182, 1° en 183, eerste lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen verschuldigd zijn;

Overwegende dat het arrest zegt dat de door de werkgever aan verweerder betaalde vergoeding op de rekening van de gerechtigde in Hong-Kong werd gestort en dat ze dus niet in België betaald of toegekend is in de zin van voormeld artikel 180, 1°; dat daaruit volgt dat, krachtens die wetsbepaling, de werkgever van verweerder voor die vergoeding geen bedrijfsvoorheffing hoefde te betalen en dat de inhouding die hij ten onrechte op die vergoeding heeft gedaan, derhalve geen bedrijfsvoorheffing was in de zin van dat artikel 180, 1°; dat, bijgevolg, de door het hof van beroep bevolen terugbetaling van die inhouding geen betrekking had op het overschot van een bedrijfsvoorheffing als bedoeld in artikel 309, eerste lid, 2°;

Dat het hof van beroep zijn beslissing dat dit artikel 309, eerste lid, 2°, te dezen niet van toepassing was derhalve naar recht verantwoordt;

Dat het middel faalt naar recht;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

10e KAMER – 15 FEBRUARI 1991

Voorzitter: de h. Craeybeckx

Raadsheren: de hh. Van Houche (rapporteur) en Libert

Openbaar ministerie: de h. Willio

Advocaten: mrs. Everaerts en Meulemans

Pers – Recht van antwoord – Censuur

Het komt de uitgever niet toe het wederwoord te censureren; ofwel neemt hij de repliek op, conform de bepalingen van art. 4 van de wet van 23 juni 1961, ofwel weigert hij de publikatie ervan.

V. t/ G. e.a.

...

Overwegende dat, in verband met het artikel «Brive 89: een miskleun» gepubliceerd en verspreid op 5 april 1990 in de om de veertien dagen verschijnende «Duivenkrant» pagina één (titelbladzijde) waarin beklaagde bij naam genoemd werd, deze, overeenkomstig de bepalingen van de wet van 23 juni 1961 het recht op wederwoord opeisende, de inlassing vroeg van het antwoord vervat in de akte van gerechtsdeurwaarder Van L. betekend op 2 juli 1990 aan tweede gedaagde sprekende met de zaakvoerder (eerste gedaagde);

Overwegende dat in de eerstvolgende editie van de Duivenkrant van 12 juli 1990 een tekst verscheen op bladzijde acht onder de rubriek «Brive 1989 – Het antwoord van André V.»; dat evenmin betwist wordt dat de kenbaar gemaakte tekst van het wederwoord slechts gedeeltelijk werd opgenomen, dat er tussenvoegingen ingelast werden en dat niet dezelfde lettertekens gebruikt werden met betrekking tot de titel van het gevorderde recht van antwoord;

Overwegende dat de rechtstreeks dagende partij van oordeel is dat op deze wijze haar wettelijk recht tot wederwoord miskend werd (...);

Overwegende dat allereerst opgemerkt dient te worden dat het niet aan de uitgever toekomt het recht van antwoord

te «censureren»; dat hij ofwel het antwoord opneemt, conform de bepalingen van artikel 4 van de wet, ofwel de publicatie ervan weigert; dat te dezen vastgesteld dient te worden, dat eerste gedaagde, die niet betwist dat het gewraakte artikel een «recht tot antwoord» rechtvaardigde, naar eigen goeddunken het ter inlassing bezorgde antwoord «aanpaste» en bovendien ten aanzien van de lezers van de krant de schijn verwekte dat het verweer van de rechtstreeks dagende partij ten aanzien van de gewraakte tekst beperkt bleef tot hetgeen hij onder de rubriek «Het antwoord van André V.» publiceerde;

...

NOOT – De publicatie van het wederwoord

1. Luidens art. 4 van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht tot antwoord, moet het wederwoord in zijn geheel worden opgenomen, zonder tussenvoeging, op dezelfde plaats en in dezelfde lettertekens als de tekst waarop het betrekking heeft.

Beantwoordt de repliek niet aan de voorschriften van art. 2 van voormelde wet, m.a.w. bedraagt de tekst méér dan duizend letters schrift of méér dan het dubbel van de ruimte ingenomen door het gewraakte artikel, dan mag de publicatie worden geweigerd.

Hetzelfde geldt ook wanneer het wederwoord niet voldoet aan de vereisten van art. 3 van de wet, wanneer het antwoord bv. niet onmiddellijk in verband staat met de bestreden tekst, wanneer de taal beledigend is of wanneer derden zonder noodzaak in de zaak werden betrokken.

2. Met andere woorden: eerst dient de strafrechter te onderzoeken of de tekst qua omvang voldoet aan de vereisten van artikel 2, vervolgens of de inlassing niet mag worden geweigerd qua inhoud.

Voldoet het wederwoord niet aan de wettelijke voorschriften, dan is de publicatie niet verplicht: het is dan ook irrelevant na te gaan of de tekst in verkorte vorm of in een gecensureerde versie werd weergegeven.

Daarentegen, als eenmaal is vastgesteld dat de repliek conform de wet is opgesteld, moet de tekst integraal en volgens de wettelijke regels worden ingelast (Hof Brussel, 14 juni 1966, *Pas.*, 1967, II, 106; Corr. Brussel, 24 augustus 1979, *J.T.*, 1980, 439; G. Leroy, «La jurisprudence du droit de réponse dans les écrits périodiques depuis 1961», *J.T.*, 1980, 435).

A. Vandeplas

BURGERLIJKE RECHTBANK TE TURNHOUT

1e KAMER – 11 MAART 1991

Voorzitter: de h. Kortleven

Rechters: de hh. Van Genechten en Vanderhaeghen

Advocaten: mrs. Raeymaekers en Van de Vijver

Overeenkomst – Nutsbedrijven – Totstandkoming van contractuele verhouding

Distributeuren en producenten van elektriciteit kunnen op contractuele grondslag de gebruikers aanspreken wanneer zij het

bestaan bewijzen van de totstandkoming van een overeenkomst. Dit bewijs wordt niet geleverd door het feit dat het nutsbedrijf over een monopolie beschikt.

C.V. I. t/ Van den B. en H.

Overwegende dat het hoger beroep ertoe strekt het vonnis a quo te horen wijzigen en de vordering, oorspronkelijk ingesteld door de N.V. I. ten opzichte van beide geïntimeerden gegrond te horen verklaren, waar deze door de eerste rechter volledig werd afgewezen als zijnde ongegrond;

Overwegende dat geïntimeerde H. besluit tot de niet-toelaatbaarheid van het hoger beroep, en subsidiair tot de vestiging van het eerste vonnis;

Overwegende dat het geding betrekking heeft op de tweedelijk openstaande facturen, gedateerd in 1981 en 1982 voor een totaal bedrag van 22.949 fr. in hoofdsom, dit voor een levering van energie op het adres te Herentals (...);

Overwegende dat allereerst niet duidelijk is wie de mogelijke schuldeiser zou zijn van geïntimeerden, hetzij de N.V. I. die oorspronkelijk dagvaardde, hetzij de C.V. I., die voor de eerste rechter vrijwillig tussenkwam in het geding, en thans als enig eiser nog optreedt in hoger beroep;

Overwegende dat vaststaat dat de betalingen die door geïntimeerden verricht zijn en erkend worden door de N.V. I. en de C.V. I., gedaan zijn aan de N.V. I.;

Overwegende dat alsdan niet duidelijk is op grond waarvan thans niet langer de N.V. I. betaling vordert van de facturen, maar integendeel de C.V. I. meent gerechtigd te zijn betaling te vorderen;

Overwegende dat geen enkel van de overgelegde stukken enige duidelijkheid geeft omtrent de rechtsverhoudingen tussen enerzijds de N.V. I. en de C.V. I. ten opzichte van elkaar, en anderzijds tussen deze vennootschappen en geïntimeerden;

Overwegende dat de door appellante gevoerde argumentatie omtrent de monopoliepositie die de C.V. I. zou bezitten met betrekking tot de distributie van energie, dit probleem niet oplost want geen inzicht verstrekt omtrent de verhouding tussen enerzijds de N.V. I., waarvan in ieder geval bekend is dat zij juridisch contact gehad heeft met geïntimeerden, en anderzijds de C.V. I. over wier rechtsverhouding met geïntimeerden de overgelegde stukken geen duidelijkheid scheppen;

Overwegende dat appellante wel haar «statuten» voorlegt, maar de tegenwerpbaarheid daarvan aan geïntimeerden al evenmin blijkt;

Overwegende dat bovendien in deze statuten sprake is van een «eventuele mandataris» van de C.V. I. – die wellicht de N.V. I. was – maar daaruit niet blijkt de draagwijdte van dit eventuele mandaat ten opzichte van derden-verbruikers, zoals geïntimeerden zijn, en dat zou kunnen inhouden bijvoorbeeld een exclusief verkooprecht van de energie en/of de mogelijkheid tot winstverwezenlijking, of nog een beperktheid in de tijd;

Overwegende dat, gezien het voorgaande, niet blijkt dat de rechten die de N.V. I. eventueel zou kunnen laten gelden ten opzichte van geïntimeerden, in dezelfde mate en onverkort ook zouden kunnen toekomen aan de C.V. I., zodat de vordering grond mist, zoals terecht beslist door de eerste rechter;

Overwegende dat – louter ten overvloede – de vordering van de N.V. I. in ieder geval verjaard is met toepassing van de artt. 2272 en 2274 B.W. nu de vordering pas ingesteld werd voor de eerste rechter bij dagvaarding van 2 mei 1986, terwijl zij betrekking heeft op leveringen in de loop van 1981 en 1982;

Overwegende dat bezwaarlijk kan worden beweerd dat de N.V. I. niet de hoedanigheid van koopman zou hebben, en dus de korte verjaring van één jaar tegen haar niet opgeworpen zou kunnen worden, nu zij de vorm heeft van een N.V., zijnde een handelsvennootschap, ingeschreven is in het H.R., winstverwezenlijking nastreeft, haar aandelen zelfs ter beurse genoteerd staan;

...

ARBEIDSRECHTBANK TE GENT

3e KAMER – 21 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Herman

Rechters in sociale zaken: de hh. Buyck en Dauwe

Advocaten: mrs. Cambier en Bekaert

Arbeidsovereenkomst – Werkgeversverplichting – Werknemer – Persoonlijke voorwerpen – Bewaring – Teruggave – Overmacht

De werkgever, die als een goed huisvader de persoonlijke voorwerpen van zijn werknemer moet in bewaring nemen en teruggeven, kan enkel ten gevolge van overmacht aan de verplichting tot teruggave ontsnappen.

L. t/ Faillissement P.V.B.A. V.

Art. 20, 7°, Arbeidsovereenkomstenwet verplicht de werkgever als een goed huisvader te zorgen voor het arbeidsgereedschap dat aan de werknemer toebehoort, alsook voor de persoonlijke voorwerpen welke door deze laatste in bewaring moeten worden gegeven. In geen geval mag de werkgever weigeren dit arbeidsgereedschap of die persoonlijke voorwerpen terug te geven.

Het wordt niet betwist dat er in casu door de eisers persoonlijke voorwerpen in bewaring dienden te worden gegeven aan de oorspronkelijke verweerster en evenmin dat deze niet konden worden teruggegeven.

Welnu, de werkgever kan aan zijn verplichting tot teruggave slechts ontsnappen indien hij bewijst dat hij hiertoe door overmacht verhinderd wordt (zie Naessens, A., «Verplichtingen en aansprakelijkheid van werknemer en werkgever in de loop van de arbeidsovereenkomst», in *Arbeidsrecht*, Blanpain, R. (red.), nr. 99). Het is dus geenszins de werknemer die moet bewijzen dat de werkgever enige fout heeft begaan, zoals verweerder qq. lijkt te veronderstellen.

De teruggave is in casu onmogelijk geworden door de brand die zich in de nacht van 15 op 16 september 1982 heeft voorgedaan. Verweerder qq. toont niet aan dat dit sinister voor de oorspronkelijke verweerster een geval van overmacht was. Zulks blijkt inzonderheid niet uit het feit dat het strafonderzoek door de procureur des konings werd geseponeerd en al evenmin uit het uitgelokte deskundigenonderzoek.

Dat eisers, die op grond van de verzekeringspolis over een rechtstreekse vordering tegen de verzekeraars beschikten, hun vordering hebben laten verjaren, kennelijk omdat zij de draagwijdte van hun rechten ten aanzien van deze verzekeraars verkeerd hebben geëvalueerd (zie de dagvaarding en ook nog de eerste conclusie van de eisers), heeft geen invloed op de verplichting van verweerder qq. om de schade te vergoeden die de eisers hebben geleden door de onmogelijkheid om tot teruggave in natura over te gaan.

De vordering van eisers is dus principieel gegrond. De interest kan nochtans niet toegekend worden als gevorderd. Het betreft hier geen vergoedende doch moratoire interest. Deze laatste kan bovendien slechts beginnen te lopen vanaf de ingebrekestelling. Art. 10 Loonbeschermingswet is ter zake niet toepasselijk, daar de gevorderde schadevergoeding niet als loon kan worden beschouwd. Er wordt geen ingebrekestelling overgelegd die dagtekent van voor de dagvaarding.

BOEKEN

J. VANDE LANOTTE, **Het schorsingsrecht van de Raad van State**, TGEN-Dossier, 1990, 144 blz.

De wet van 16 juni 1989 houdende diverse institutionele hervormingen kent aan de Raad van State een beperkte schorsingsbevoegdheid toe, gebaseerd op de schending van de artikelen 6, 6bis of 17 van de Grondwet. Dit TGEN-dossier bevat in hoofdzaak een overzicht van de arresten die de Raad van State in het gerechtelijk jaar 1989-1990 met toepassing van die bevoegdheid heeft gewezen.

Dit overzicht is ongetwijfeld interessant, maar door de vlugge ontwikkeling van het administratief contentieux in België – mede onder de bezieling van de auteur van dit overzicht, maar dan optredend als kabinetschef van minister van Binnenlandse Zaken Tobback! – reikt het hier besproken dossier niet verder dan een onvoltooide symfonie. Onvoltooid, omdat de auteur zelf toegeeft dat na één jaar nog geen verregaande conclusies kunnen worden getrokken, enerzijds, en omdat de bevoegdheid van de Raad van State inmiddels door de invoering van een algemeen administratief kort geding aanzienlijk is verruimd, anderzijds.

L.P.S.

B. HUBEAU en S. PARMENTIER (red.), **De rechter buitenspel. Conflictregeling buiten de rechtbank om**, Tegenspraak, Cahier 10, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 150 pp.

Het onderwerp van dit cahier is ingegeven door het actueel heersende ongenoegen over de werking van het gerechtelijk systeem, ten gevolge van de ontoegankelijkheid van het gerecht, de kostprijs van de procedure en de gerechtelijke achterstand. Vanuit de overtuiging dat de rechtssociologie een belangrijke bijdrage kan leveren tot een betere werking van het gerecht trachten de auteurs van dit cahier een aantal problemen te analyseren in het perspectief van procedurevernieuwing en procedurevermindering. In hoofdstuk I bespreekt S. Parmentier de voor- en nadelen van de A.D.R. (Alternative Dispute Resolution), een in Amerika ontstane alternatieve vorm van conflictregeling. In een volgende bijdrage hebben F. Van Loon, E. Langerwerf en Y. Wouters aan de hand van tien jaar onderzoek over procesvoering in burgerlijke zaken getracht een empirische basis te verschaffen voor het debat over de werking van het gerecht.

S. Christiaensen bespreekt de toepassing van de wet op de minnelijke schikking van 1984, waarbij het toepassingsgebied van deze afhandelingsvorm buiten proces sterk verruimd werd. J. Smets behandelt het decreet van de Vlaamse Raad met betrekking tot de

oprichting van de bemiddelingscommissies voor bijzondere jeugdbijstand die pogen de interventie van de jeugdrechtbanken in te dienen. Deze bemiddelingscommissies bekleden in het nieuwe jeugdbijstandsrecht een sleutelfunctie nu zij meestal beslissen of in een problematische opvoedingssituatie een gerechtelijk optreden nodig is. De auteur wijst erop dat er een risico bestaat dat de vrijwilligheid van de hulpverlening door de bevoegdheid tot doorverwijzing naar het openbaar ministerie in het gedrang komt. Hij stelt de vraag naar een inhoudelijk beperktere en meer nauwkeurige omschrijving van de bevoegdheid van de jeugdrechtbank. H. De Coninck analyseert de werking van de geschillencommissies in de sectoren meubelen, reizen en textiel. B. Hubeau onderzoekt de besproken alternatieve conflictenregelingen in het licht van de algemene discussie over rechtshulp, met name de vraag in hoeverre de promotie of afremming van informele geschillenbeslechting een bijdrage levert aan de oplossing van het rechtshulp- en rechtstoegankelijkheidsprobleem. Hij komt tot de vaststelling dat het A.D.R.-model in België niet mogelijk noch wenselijk is nu onze rechtscultuur fundamenteel verschilt van de Amerikaanse waar het A.D.R.-model is ontstaan.

Ten slotte bevat het cahier een selecte bibliografie, samengesteld door S. Parmentier, over alternatieve conflictenregeling.

Opvallend is wel de in de diverse bijdragen weerkerende klacht over het ontbreken van betrouwbare, volledige en actuele gerechtelijke statistieken ter ondersteuning van het gevoerde onderzoek. De beschikbare empirische vertrekbasis is uiterst gering en niet geschikt voor het opstellen van een adequate voorstelling, waaruit blijkt dat verder onderzoek m.b.t. de behandeling en beslechting van klachten en geschillen en de uitvoering van beslissingen alsmede m.b.t. eventuele alternatieve conflictenbeslechtingsmechanismen noodzakelijk is.

Karen Broeckx
Assistente Universiteit Antwerpen

A. TIBERGHIE, **Handboek voor Fiscaal Recht**, Antwerpen, Kluwer, 1991, 1200 pp.

Onlangs verscheen van het vermaarde *Handboek voor Fiscaal Recht* van Albert Tiberghien de twaalfde druk. Hoewel sinds een aantal jaren bij dit werk meerdere auteurs zijn betrokken (o.m. R. Deblauwe, L.A. Denys, H. Dubois, L. Gheysens, Bernard Peeters, L. Rigouts), hetzij voor de actualisering, hetzij voor de redactie van bepaalde onderdelen, bleef de structuur, de stijl en de opzet zoals ook nu in grote mate ongewijzigd.

De realisatie van het boek blijft enerzijds door zijn bondigheid en anderzijds door zijn volledigheid een uitermate opmerkelijke prestatie. Dit boek is zoals A. Tiberghien zelf zeer terecht opmerkt (blz. VI), niet alleen bestemd voor fiscaal-juristen, het biedt ook «een praktisch hulpmiddel voor de ondernemingsadvocaat, voor de notaris, voor de financiële afdeling van de onderneming en voor het centrale bestuur van de onderneming zelf, waarbij de middelgrote onderneming niet wordt vergeten». Ook studenten rechten en economie zullen aan dit werk veel nut hebben.

De structuur van het boek is de volgende. Allereerst worden in een inleiding in hoofdzaak de algemene beginselen en de geschiedenis van het Belgisch fiscaal recht uiteengezet alsook de administratieve organisatie. Vervolgens worden in negen boeken de diverse takken van het Belgisch fiscaal recht, inclusief de niet-rijksbelastingen, en het internationaal fiscaal recht uit de doeken gedaan.

Nieuw aan de twaalfde druk is dat een afzonderlijk boekdeel (boek VIII) wordt gewijd aan de sociale zekerheidsbijdragen. Deze vernieuwing, die werd uitgewerkt door W. Van Eeckhoutte, werd reeds in de vorige druk aangekondigd. Omdat in heel wat landen en ook internationaal economisch (cf. OESO) de sociale bijdragen in tegenstelling tot in België, juridisch wél als belastingen worden aangemerkt, is de beslissing tot opname van dit onderwerp in het *Handboek voor Fiscaal Recht* zeer terecht.

Elk boekdeel wordt gekenmerkt door een zorgvuldige analyse van de wetgeving, de rechtspraak en de doctrine van de desbetreffende materie. Telkens wordt op oordeelkundige wijze verwezen naar meer gespecialiseerde rechtsleer. De fiscale hervormingen van 1989 en 1990 werden volledig verwerkt.

Het boek wordt, zoals dit reeds gebruikelijk was, afgesloten met een uitermate grondig uitgewerkte trefwoordenlijst, hetgeen de

bruikbaarheid ervan ten eerste bevordert.

Bruno Peeters

F. WERDEFROY, **Registratierechten**, Antwerpen, Kluwer, 1991, CXLI + 1410 pp., 15.390 fr.

Ongeveer een kwart eeuw geleden verscheen in de reeks van de Algemene Praktische Rechtsverzameling het boek *Registratierechten* van de hand van F. Werdefroy. Al gauw werd dit boek erkend als hét naslagwerk op de Nederlandstalige markt van juridische uitgaven betreffende de registratierechten. Omdat de beginselen inzake de registratierechten in de loop der jaren niet al te veel zijn gewijzigd, kon dit werk nog tot op heden met vrucht worden geraadpleegd. Toch hoopte een ieder op een actualisering. Het onderhavige boek lost die verwachting ten volle in. Het is een kanjer van meer dan 1500 bladzijden geworden, uitgegeven in twee volumes.

Wie zich de moeite getroost om dit werk helemaal door te ploegen staat in bewondering voor het meesterschap waarmee de auteur deze op het eerste gezicht dorre en vaak technische materie behandelt. De vlotte stijl, de heldere voorbeelden, de situering van de problemen ten opzichte van het verleden, het heden en de toekomst maken de lectuur van dit meesterwerk tot een waar genot.

Het boek is ingedeeld in een volume over de algemene beginselen en een volume over de getarifeerde rechtshandelingen. De structuur ervan stemt in grote mate overeen met die van de eerste druk.

De wijzigingen in de wetgeving, de rechtsleer en de rechtspraak zijn tot einde 1990 verwerkt. Op toekomstige veranderingen die thans soms reeds zijn doorgevoerd, wordt door de auteur uitdrukkelijk gewezen (bv. p. 825, nr. 848: wijziging van art. 159, 13°, W. Reg., die van het evenredig recht vrijstelt en aan het vast recht onderwerpt «de akten houdende huur, onderhuur of overdracht van huur van onroerende goederen die uitsluitend bestemd zijn tot huisvesting van een gezin of van een persoon (cf. W. 10 april 1991, B.S., 23 mei 1991).

Dit standaardwerk wordt bovendien — met het oog op een maximale bruikbaarheid — voorafgegaan door een alfabetisch register van ongeveer 100 bladzijden en door een register van wetteksten.

Samenvattend: een ieder die met een probleem over registratierechten worstelt doet er best aan meteen het werk van Werdefroy te raadplegen.

Bruno Peeters

MEDEDELINGEN

Recent developments in data privacy law

Het Interdisciplinair Centrum voor Recht en Informatica van de K.U.Leuven organiseert op 13 december 1991 in het Kasteel van Arenberg, K. Mercierlaan 94, Heverlee, een studiedag over "Recent developments in data privacy law. Belgium's data protection bill & the European draft directives".

Inlichtingen: mevr. N. Verbiest, I.C.R.I., Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.52.73; fax: 016/28.52.75).

Colloquium "Schengen en de praktijk"

Het Seminarie voor Strafrecht en Strafvordering van de Universiteit Gent organiseert in samenwerking met de Oostvlaamse Politieacademie een studiedag over de Schengen-akkoorden en de toepassing ervan in de praktijk.

Het colloquium vindt plaats op 31 januari 1992 in de grote Aula van de universiteit, Volderstraat 8, Gent.

Inlichtingen en inschrijvingen: O.P.A.C. vzw (Oostvlaamse Politieacademie), Braemkasteelstraat 41, 9050 Gent (tel. 091/24.61.58; fax: 091/32.11.98)