

DE BEGINSELEN «SUBSIDIARITEIT, EVENREDIGHEID EN SAMENWERKING» IN HET EUROPESE GEMEENSCHAPSRECHT *

1. De afgelopen jaren hebben wij heel wat gehoord over het subsidiariteitsbeginsel als hoeksteen van de Europese politieke en juridische orde. Men verstaat eronder dat de Europese Gemeenschap slechts mag optreden wanneer bepaalde doelstellingen beter op het niveau van de Gemeenschap dan op dat van de Lid-Staten kunnen worden verwezenlijkt. Het beginsel staat nu al ingeschreven – sedert de Europese Akte van 1986 – in artikel 130R, lid 4, van het EEG-verdrag, met betrekking tot het optreden van de Gemeenschap op milieugebied. Politici van verschillende signatuur als mevrouw Thatcher en de heer Giscard d'Estaing maar ook de heer Delors, president van de EG-Commissie, hebben erop aangedrongen om het beginsel te erkennen als algemeen beginsel. In Maastricht werd daaraan gevolg gegeven. Besloten werd het principe als beginsel met algemene gelding in het Europese Unie-Verdrag op te nemen en het eveneens toe te voegen aan de in het eerste deel van het EEG-Verdrag opgesomde beginselen. Na ratificatie van voorgestelde wijzigingen zou artikel 3B van het EEG-Verdrag – alleen de werking van het subsidiariteitsbeginsel in het raam van het EEG-Verdrag wordt hierna besproken¹ – er in de inmiddels vastgestelde Nederlandse versie als volgt uitzien:

«De Gemeenschap handelt binnen de grenzen van de haar door dit Verdrag verleende bevoegdheden en toegewezen doelstellingen.

Op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, treedt de Gemeenschap, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de Lid-Staten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt.

Het optreden van de Gemeenschap gaat niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van dit Verdrag te verwezenlijken.»

Zo er al tussen politici die de Europese federale gedachte zo verscheiden waarden als Thatcher en Delors, eensgezindheid bestond omtrent het nut van het subsidiariteitsbeginsel, dan was er tussen juristen een grote aarzeling merkbaar omtrent de juridische bruikbaarheid van het beginsel².

* Toespraak door de auteur als voorzitter van de Academie gehouden te Brussel op 21 december 1991 ter gelegenheid van de algemene vergadering van de Koninklijke Academie der Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België.

¹ Voor een bespreking van het *ontwerp*-Unieverdrag, zie P. NIHOUL, «Chronique sur l'Union européenne», *J.T.*, 1991, 733 e.v. en 757 e.v. en meer bepaald over de rol van het subsidiariteitsbeginsel in het kader van dat Verdrag, op blz. 735, nr. 15.

² Zie, naast de in de volgende voetnoten geciteerde artikelen van Pescatore en Geelhoed, de kritische interventie van de gewezen president van het Hof van Justitie LORD MACKENZIE STUART in *Sub-*

Ofschoon ik het extreme ongenoegen van sommige juristen niet deel, ben ik het er mee eens dat het subsidiariteitsbeginsel minder diensten kan bewijzen als hoeksteen van het Europese gemeenschapsrecht dan twee andere beginselen waarvan inhoudelijk meer leiding uitgaat en waarmee het eerstgenoemde beginsel overigens in een zekere mate samenvalt. Ik bedoel het evenredigheidsbeginsel en het samenwerkingsbeginsel. Over deze beide beginselen zal ik het hierna hebben, na eerst het subsidiariteitsbeginsel te hebben toegelicht.

Het subsidiariteitsbeginsel

2. De oorsprong van het beginsel zou liggen in de sociale leer van de Kerk en meer speciaal in de encycliek «Quadragesimo Anno», die paus Pius XI in 1931 uitvaardigde. Het werd er gebruikt als richtsnoer ter verdediging van de rechten van de menselijke persoon en van sociale groepen tegen mogelijke totaliteitsaanspraken van de Staat³. In de daarop geënte economische leer werd onder het subsidiariteitsbeginsel verstaan dat het optreden van de overheid in het economisch leven slechts aanvaardbaar is «dans la mesure où l'initiative particulière s'avérerait déficiente»⁴.

Het is duidelijk zo stelt Pierre Pescatore, gewezen rechter in het Hof van Justitie, dat achter een aldus opgevat beginsel

sidarité: défi du changement, Document de travail, Actes du Colloque Jacques Delors 1991, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht, blz. 41 e.v. Vgl. de meer genuanceerde artikelen van P.J.G. KAPTEYN, rechter in het Hof, «Community Law and the Principle of Subsidiarity», *Revue des Affaires européennes*, nr. 2-1991, 35 e.v., V. CONSTANTINESCO, «Subsidiarität: Magisches Wort oder Handlungsprinzip der Europäischen Union?», *EuZW*, Heft 18/1991, 561 e.v. en F. DEHOUSSE, «La subsidiarité, fondement constitutionnel ou paravent politique de l'union européenne», in *Liber Amicorum E. Krings*, 1991, blz. 51 e.v.

³ PESCATORE, «Europäisches Subsidiaritätsprinzip? Ein Irrweg der Unionspolitik», *Neue Zürcher Zeitung* 14/15 september 1991, nr. 213, met talrijke verwijzingen. Zie ook KAPTEYN, *art. cit.*, blz. 36.

⁴ M. EYSKENS, «Le rôle de l'Etat dans l'économie mixte», toespraak voor de *Société royale d'économie*, 1972, blz. 6 e.v. KAPTEYN, *art. cit.*, blz. 37, wijst erop dat de econoom en Nobelprijswinnaar Tinbergen het beginsel ook gebruikte om uit te maken welke nationale bevoegdheden bij economische integratie naar het hogere niveau moeten worden overgeheveld: «only those national powers the exercise of which have important consequences for the economies of the other participating countries will be transferred to institutions of integration». Alleen deze tweede, door Tinbergen gebruikte betekenis, komt overeen met de betekenis die het subsidiariteitsbeginsel heeft in het hiervoor in de tekst geciteerde artikel 3B. In de eerste door Eyskens gebruikte betekenis gaat het beginsel immers niet over een verdeling van bevoegdheid tussen het federale en nationale niveau maar over de verdeling van de economische sfeer tussen overheid en privé.

een gedachte van ondergeschiktheid schuilgaat: de Staat, zo luidt het onderliggende waardeoordeel, dient een rol van tweede rang te spelen ten aanzien van de burger, de sociale groepen of organisaties van belanghebbenden resp. ten aanzien van de particuliere sector⁵. Op zo'n minimalistische wijze wordt subsidiariteit ook verstaan, aldus Pescatore, door mevrouw Thatcher, nl. doordat zij de bevoegdheden van de Gemeenschap als ondergeschikt beschouwt aan de bevoegdheden van de Lid-Staten: alleen wanneer deze er niet in slagen de gestelde beleidsdoelen te verwezenlijken, moet een bevoegdheid aan de Gemeenschap worden toebedeeld; het subsidiariteitsbeginsel vormt aldus een waarborg tegen het expansionisme (en de bureaucratie) van de Gemeenschap. Het getuigt van de dubbelzinnigheid van het begrip, zo stelt Pescatore, dat ook Delors, president van de EG-Commissie, zich achter het beginsel heeft geschaard.

Zo begrepen staat het subsidiariteitsbeginsel op gespannen voet met de in de rechtspraak van het Hof van Justitie voortdurend gebruikte notie van «effet utile». Daaronder wordt verstaan dat een ruime interpretatie moet worden gegeven aan de bij verdrag aan de Gemeenschap overgedragen bevoegdheden en de daarop steunende verdragsbepalingen, zodanig dat deze bevoegdheden en bepalingen een zo werkzaam mogelijk effect sorteren. Op grond daarvan heeft het Hof bv. beslist dat ook de Lid-Staten zich dienen te houden aan de mededingingsbepalingen (de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag) – en dit ofschoon die bepalingen zich uitsluitend richten tot de ondernemingen – en dat zij zich van alle maatregelen moeten onthouden die het nuttig effect van die bepalingen in het gedrang zouden kunnen brengen⁶. Een dergelijke noodzaak om aan de bevoegdheden van de Gemeenschap een zo ruim mogelijk «effet utile» te geven, valt toch niet te rijmen, zo wordt daarbij aangetekend, met het subsidiariteitsbeginsel, dat immers in de richting wijst van een limitatieve interpretatie van de aan de communautaire organen toegekende bevoegdheden.

3. Is het overigens niet merkwaardig, zo onderstreept Geelhoed – een andere auteur die zeer kritisch staat tegenover het juridische nut van het subsidiariteitsbeginsel – dat het beginsel in de twee meest bekende federale rechtsorden, die van de Verenigde Staten en die van de Duitse Bondsrepubliek, geen of nauwelijks een rol heeft gespeeld?⁷

In de *Verenigde staten* is de bevoegdheidsverdeling tussen het federale niveau en dat van de Staten uiteraard ook het voorwerp geweest van meer federaliserende dan wel meer statelijke tendensen. Uiteindelijk, zo vat Geelhoed deze ontwikkelingen samen, is deze discussie in die zin beslecht dat aan het Congres een ruime beleidsruimte wordt gelaten bij de implementatie van zijn bevoegdheden en dat federale wetgeving geldig wordt geacht zolang zij «necessary and proper» is, d.w.z. noodzakelijk is en in een redelijk verband staat met een aan de federatie expliciet toekomende bevoegdheid. Van het subsidiariteitsbeginsel zou evenwel, volgens Geelhoed, geen spoor te bekennen zijn, ook niet onder

het presidentschap van Nixon of Reagan, wier bemoeiingen niet zozeer gericht waren op «less federal government» als wel op «less government»⁸.

In de *Bondsrepubliek* maakt de bevoegdheidsverdeling tussen federaal en statelijk niveau dan weer het voorwerp uit van een uitputtende grondwettelijke regeling waarbij onderscheiden wordt tussen exclusieve competenties van de Bond, concurrerende competenties van Bond en deelstaten en «Rahmgesetz»-bevoegdheden waarbij aan de deelstaten bevoegdheden worden overgelaten binnen een door de federale wetgever bepaald kader. De onderliggende gedachte is evenwel niet zozeer, aldus Geelhoed, subsidiariteit als wel coöperatief federalisme (een beginsel dat overigens ook in de Verenigde Staten zijn invloed doet gelden)⁹. Toch, zo wordt van bevoegde zijde opgemerkt, is het subsidiariteitsbeginsel onmiskenbaar aanwezig in artikel 72 van de Duitse grondwet als richtlijn voor de uitoefening door de Federatie van concurrerende bevoegdheden¹⁰ en heeft het in de debatten van de *Bundesrat* naar aanleiding van de ratificering van de Europese Eenheidsakte wel degelijk een rol gespeeld bij de bespreking van de vrijwaring van de bevoegdheden van de deelstaten ten aanzien van een verderschrijdende communautariserings¹¹.

4. Ook binnen de Gemeenschap is, zoals in de Bondsrepubliek, de verdeling van bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten verschillend geregeld, naar gelang van de voorwerp-materie, overeenkomstig welbepaalde uiteenlopende modellen. Zo zijn er gebieden waarin aan de Gemeenschap exclusieve bevoegdheden zijn gegeven. In andere gebieden heeft zij (met de bevoegdheden van de Lid-Staten) concurrerende bevoegdheden, hetgeen betekent dat de Lid-Staten de hun gelaten bevoegdheid slechts mogen uitoefenen zolang de Gemeenschap ze niet zelf heeft gebruikt. In nog andere gebieden zijn aan de Gemeenschap en de Lid-Staten parallelle bevoegdheden gegeven: elk van hen mag die bevoegdheid gebruiken met dien verstande dat de uitoefening van bevoegdheid door een Lid-Staat, gelet op de primauteit van het gemeenschapsrecht, niet in strijd mag komen met de uitoefening van bevoegdheid door de Gemeenschap. Ten slotte komt het voor dat aan de Gemeenschap en de Lid-Staten complementaire bevoegdheden zijn toegekend in die zin dat de Lid-Staten hun bevoegdheden slechts kunnen uitoefenen in het verlengde van een voorafgaande uitoefening van bevoegdheden door de Gemeenschap, of *vice versa*.

Welke rol, zo luidt de vraag, kan het subsidiariteitsbeginsel nog spelen in het kader van een dergelijke bevoegdheidsverdeling? Een eerste antwoord hierop is dat het beginsel ongetwijfeld een functie te vervullen heeft als richtsnoer voor de grondwetgever, dit zijn op Europees niveau de in intergouvernementele conferenties verenigde Lid-Staten, wanneer het er nl. op aankomt uit te maken of in een be-

⁵ Geciteerd in voetnoot 3.

⁶ Daarover o.m. GYSELEN, L., «State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty Competition Provisions», *Common Market Law Review*, 1989, 33 e.v.

⁷ GEELHOED, L.A., «Het subsidiariteitsbeginsel: een communautair principe?», *S.E.W.*, 1991, 422 e.v.

⁸ *Art. cit.*, blz. 427 (ook daarin kan men evenwel een andere – hier niet besproken – vorm van subsidiariteit zien: zie hiervoor voetnoot 4 en hierna in de tekst, nr. 5). Voor een grondige analyse van de verdeling van bevoegdheden tussen federaal en statelijk niveau in de Verenigde Staten, zie LENAERTS, K., *Constitutie en rechter*, 1983, vooral op blz. 128 e.v.

⁹ Zie LENAERTS, *op.cit.*, blz. 137.

¹⁰ Aldus KAPTEYN met verdere verwijzingen, *art.cit.*, blz. 36-37.

¹¹ CONSTANTINESCO, *art. cit.*, blz. 562.

paald gebied – meer bepaald in nieuwe gebieden die binnen het bereik van de Europese Gemeenschap worden gebracht – min of meer bevoegdheden aan de Gemeenschap moeten worden *toegekend*. M.a.w. op het ogenblik van de *politieke* besluitvorming op het *grondwettelijk* vlak kan, bij de beslissing of aan de Gemeenschap exclusieve dan wel concurrerende of parallelle of alleen maar complementaire bevoegdheden moeten worden gegeven, het subsidiariteitsbeginsel als beginsel van doelmatigheid en gezond verstand een rol spelen. Blijft dat die rol al bij al beperkt zal zijn. Zo wijst Geelhoed er m.i. terecht op dat het, bij de onderhandelingen over de Economische en Monetaire Unie, niet het subsidiariteitsbeginsel is dat de vertegenwoordigers van de Lid-Staten ertoe heeft aangezet om voor meer of minder bevoegdheden van de Gemeenschap dan wel van de Lid-Staten te kiezen, maar dat het veeleer inhoudelijke eisen zijn welke de doorslag hebben gegeven. Het zijn inderdaad verschillen tussen monetair sterke en monetair zwakke Lid-Staten, tussen Lid-Staten met een klein of een omvangrijk overheidsdeficit, met een geringe of hoge inflatie, tussen Lid-Staten die aan hun centrale bank een grotere of geringere zelfstandigheid willen toekennen, die bepalend zijn voor de standpunten die door de Lid-Staten worden ingenomen¹². Constantinesco wijst er anderzijds op, even terecht, dat een beslissing van bevoegdheidstoekenning welke op grond van het subsidiariteitsprincipe zou zijn genomen, in elk geval gepaard moet gaan met een toedeling van financiële middelen, wil zij geen dode letter blijven¹³.

5. Uit het voorgaande moge blijken (zie ook reeds voetnoot 4) dat het subsidiariteitsbeginsel hier verstaan wordt als een beginsel dat betrekking heeft op de verdeling van bevoegdheden tussen een hoger en een lager beleidsniveau. Het beginsel kan echter ook begrepen worden als betrekking hebbend op de vraag of men *überhaupt* aan een overheid bevoegdheden toebedeelt veeleer dan een bepaalde materie aan de beslissingen van particulieren, zij het nu ondernemingen of sociale partners, over te laten (zo bv. in de sociale sector wat loonafspraken betreft). Ook die vraag is uiteraard een vraag die tot de sfeer van de politieke besluitvorming behoort. In wezen gaat zij, zelfs logisch, vooraf aan de vraag aan welke overheid, een hogere of een lagere, een bepaalde bevoegdheid wordt toegekend.

Het moge duidelijk zijn dat het niet aan (Europese of nationale) rechters staat om zich te mengen in de politieke besluitvorming wanneer het erom gaat te bepalen: 1) of, en in welke mate, in een bepaalde materie het initiatief aan de overheid in plaats van aan privé-initiatief dient te worden gegeven (zie hiervoor, dit nummer) en, 2) zo het antwoord op die vraag luidt dat aan de overheid wel degelijk bepaalde bevoegdheden moeten worden toegekend, aan welk (hoger dan wel lager) overheidsniveau die bevoegdheden moeten worden toebedeeld (hiervoor, nr. 4).

6. Het subsidiariteitsbeginsel speelt dus ongetwijfeld een zekere (maar beperkte) rol bij de in wezen politieke – en derhalve door de politieke gezagdragers op te lossen – vraag naar de *toekenning* van bevoegdheden aan de Gemeenschap dan wel de Lid-Staten. Daarentegen speelt het een minder gemakkelijk te duiden rol – en dat is het punt dat

juristen wensen te beklemtonen – bij de beantwoording van de vraag naar de wijze waarop de Gemeenschap resp. de Lid-Staten de hun toegekende bevoegdheden dienen *uit te oefenen*. Weliswaar komt het de gemeenschapsrechter toe, d.i. het Hof van Justitie in Luxemburg om – bij ontstentenis in een bepaald gebied van een duidelijke bevoegdheidsregeling – *a posteriori* uit te maken (d.i. wanneer de geldigheid van een reeds verrichte gemeenschapshandeling achteraf wordt aangevochten) of de bevoegdheid van de Gemeenschap exclusief, concurrerend, parallel of complementair is. Daartoe dient het Hof zich evenwel te baseren op objectieve elementen (m.n. de bewoording en de strekking van de desbetreffende verdragsbepalingen) en heeft het geen duidelijke boodschap aan een criterium als het subsidiariteitsbeginsel, op grond waarvan het zou worden uitgenodigd om, bij zijn beoordeling van de aard van de gemeenschapsbevoegdheid, ook de vraag te betrekken of de Lid-Staten een bepaalde taak niet beter aankunnen of een bepaalde doelstelling niet beter kunnen verwezenlijken dan een gemeenschapsinstelling. Zou het Hof ook dat punt in zijn beoordeling moeten betrekken, wordt het hem dan niet gevraagd een in wezen politieke beslissing te nemen, hetgeen in strijd is met het aan de rechtsstaat ten grondslag liggende beginsel van de scheiding van machten?

Het antwoord op deze vraag moet in verband worden gebracht met het hiervoor (in nr. 1) geciteerde artikel 3B, waarvan in Maastricht werd aangenomen dat het in het EEG-Verdrag zou worden ingevoegd. Het artikel bestaat uit drie leden. In het *eerste* lid wordt eraan herinnerd dat de Gemeenschap in haar geheel «doelgebonden» is, d.w.z. opgericht met het oog op de verwezenlijking van welbepaalde haar toegewezen doelstellingen in het raam waarvan haar welbepaalde bevoegdheden zijn verleend. Aan deze «doelgebondenheid» kan het in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde «*effet utile*»-begrip geen afbreuk doen. Het begrip impliceert dat de bevoegdheden die aan de Gemeenschap toekomen, hun *volle* uitwerking dienen te verkrijgen. Ofschoon dit meebrengt dat de uitoefening van die bevoegdheden ook in een zekere mate kan «doorwerken» in gebieden waarover de Gemeenschap niet bevoegd is¹⁴, impliceert het niet dat de Gemeenschap daaraan in die gebieden een aanspraak op een eigen bevoegdheid, van normatieve of andere aard, kan ontlenen. In het *tweede* lid van het artikel staat het subsidiariteitsbeginsel geformuleerd, waarbij opvalt dat het alleen geldt voor de gebieden waarover de Gemeenschap geen exclusieve bevoegdheid heeft. M.a.w., ten aanzien van gebieden waarover de Gemeenschap wel exclusieve bevoegdheid heeft, is voor het subsidiariteitsbeginsel geen rol weggelegd en kan het dus niet in strijd komen met het speciaal voor die (exclusieve) bevoegdheden geldende «*effet utile*»-begrip. Ten slotte wordt in het *derde* lid nog eens in het algemeen beklemtoond dat de Gemeenschap de

¹² Art.cit., blz. 431-432.

¹³ Art.cit., blz. 563.

¹⁴ Maatregelen die bv. door de nationale overheid in de sociaal-culturele sector worden genomen – zo een nationale maatregel waarbij handel of arbeid op zondag verboden of beperkt wordt – kunnen aldus, wanneer de erdoor veroorzaakte belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer verder gaan dan noodzakelijk is voor het met de maatregel nagestreefde en naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigd doel, in strijd komen met artikel 30 EEG-Verdrag: zie arrest van 23 november 1989, zaak C-145/88, Torfaen, *Jurispr.*, 1989, 3851.

haar toekomstende bevoegdheden, ongeacht of deze exclusief, concurrerend, parallel dan wel complementair zijn, in geen geval mag gebruiken op een wijze die verder gaat dan nodig is voor het verwezenlijken van de haar toegewezen doelstellingen.

7. Het voorgaande maakt het mogelijk de vraag naar het nut van het subsidiariteitsbeginsel en het gebruik ervan door het Hof van Justitie bij de beoordeling (achteraf) van de geldigheid van een gemeenschapshandeling, op een genuanceerde wijze te beantwoorden. Uit het voorgaande blijkt immers dat het subsidiariteitsbeginsel niet bestemd is om een beperking aan te brengen aan de uitoefening door de gemeenschapsautoriteiten van de hun toegekende exclusieve bevoegdheden. Het beginsel geldt alleen voor de uitoefening van andere, meer bepaald de zogenaamde concurrerende en parallelle bevoegdheden. In verband met deze bevoegdheden worden de gemeenschapsinstanties uitgenodigd om, vooraleer zij hun bevoegdheid gebruiken, na te gaan of zij er niet beter aan doen de voorgenomen bevoegdheidsuitoefening aan de nationale autoriteiten over te laten. Wanneer zij dan, na rijp beraad, besluiten hun bevoegdheid toch aan te wenden, mogen zij hun bevoegdheden (en dit geldt ook voor exclusieve bevoegdheden) niet verder gebruiken dan nodig is voor het ermee nagestreefde doel.

Het komt mij voor dat, aldus gepreciseerd, de rol die het subsidiariteitsbeginsel kan vervullen bij de beoordeling door het Hof van Justitie van de geldigheid van een concrete bevoegdheidsuitoefening, geen autonome rol zal spelen¹⁵ maar een rol die samenvalt met die welke andere beginselen, meer bepaald het proportionaliteitsbeginsel en het samenwerkingsbeginsel, nu reeds vervullen in de rechtspraak van het Hof. Ik zal het nu hebben over die twee beginselen.

Het proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel

8. In de rechtspraak van het Hof van Justitie – maar ook in de rechtspraak van heel wat andere hoge rechtscolleges, zoals bij ons het Arbitragehof, het Hof van Cassatie en de Raad van State – vervult het proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel een belangrijke functie bij de beoordeling door de rechter van de uitoefening van bevoegdheden door de overheid¹⁶. Met het beginsel wordt bedoeld dat elke uitoefening van bevoegdheid door welke overheid ook – zeker in een federaal opgezette structuur maar ook daarbuiten – met *terughoudendheid* moet plaatsvinden, d.w.z. alleen wanneer zij nuttig en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het met de bevoegdheid nagestreefde doel én wanneer het ermee bereikte resultaat niet buiten verhouding staat tot het nadeel dat met die bevoegdheidsuitoefening aan een ander beschermenswaardig belang of aan een andere bevoegd-

heidssfeer wordt berokkend. In het criterium ligt bijgevolg een drievoudige standaard besloten. In de eerste plaats moet de uitoefening van bevoegdheid nuttig en relevant zijn, d.w.z. zij moet de doelstelling waarvoor ze gegeven is, helpen verwezenlijken. Verder moet zij noodzakelijk en onmisbaar zijn, in die zin dat, wanneer de bevoegdheid op verschillende manieren kan worden gebruikt die alle even nuttig zijn om het gestelde doel te (helpen) verwezenlijken, die vorm van bevoegdheidsuitoefening moet worden verkozen die het minst nadeel toebrengt aan een ander beschermenswaardig doel of belang. Ten slotte moet de bevoegdheidsuitoefening proportioneel zijn, d.w.z. dat het nadeel dat aan een ander beschermenswaardig doel of belang wordt toegebracht, niet onevenredig groot is vergeleken met het voordeel dat de uitoefening van bevoegdheid voor de ermee nagestreefde doelstelling oplevert. Zou blijken dat het aan dat ander beschermenswaardig doel of belang toegebrachte nadeel onevenredig groot is, dan moet een op zich nuttige uitoefening van bevoegdheid toch nog achterwege worden gelaten¹⁷.

9. In de rechtsorde van de Europese Gemeenschap wordt het evenredigheidsbeginsel voornamelijk gebruikt om het gebruik van de aan de Lid-Staten gelaten bevoegdheden op het gebied van het vrij goederen- en dienstenverkeer en van het vrij vestigingsrecht, aan de bepalingen van het EEG-Verdrag te toetsen¹⁸. In verband met het vrij goederenverkeer bv. mogen de Lid-Staten, aldus artikel 36 EEG-Verdrag, nationale regelingen laten bestaan, al zijn die hinderlijk voor het handelsverkeer tussen de Lid-Staten, indien zij gerechtvaardigd zijn uit hoofde van o.m. de openbare orde, de volksgezondheid, de bescherming van het nationaal artistiek, historisch en archeologisch patrimonium. Welnu, in een overvloedige rechtspraak van het Hof van Justitie worden de grenzen van deze aan de Lid-Staten gelaten bevoegdheid afgebakend met een beroep op het evenredigheidsbeginsel. De Lid-Staten mogen hun bevoegdheid nl. alleen gebruiken wanneer de op grond daarvan tot stand gebrachte wettelijke of administratieve regeling nuttig is voor de verwezenlijking van een van de in artikel 36 opgesomde doeleinden en daarenboven noodzakelijk of onmisbaar is, d.w.z. als de nagestreefde doelstelling niet al bereikt is door middel van een in een andere Lid-Staat bestaande regeling (verbod van dubbel gebruik). Bovendien mag het door de nationale regeling aan het vrij goederenverkeer berokkende nadeel niet disproportioneel groot zijn vergeleken met het door de regeling voor de ermee nagestreefde doelstelling tweegebrachte voordeel.

10. Niet alleen de rechtmatigheid van de uitoefening van aan de Lid-Staten gelaten bevoegdheden wordt door het Hof van Justitie getoetst met behulp van het evenredigheidsbeginsel. Ook de uitoefening van bevoegdheid door de Gemeenschapsautoriteiten, meer bepaald de Raad van Minis-

¹⁵ Voor zover mij bekend heeft het beginsel dat zoals vermeld reeds in artikel 130R, lid 4, EEG-Verdrag staat ingeschreven, ook in dat verband in de rechtspraak van het Hof geen rol gespeeld.

¹⁶ Maar ook bij de beoordeling van de uitoefening van subjectieve rechten door particulieren. Daarover VAN GERVEN, W., «Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst», *In het nu, wat worden zal*, Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.C.E. Schoordijk, Kluwer, 1991, blz. 75 e.v.; ook in een ietwat andere versie gepubliceerd in *J.T.*, 1992, onder de titel «Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux».

¹⁷ Voor een nadere uitwerking, zie mijn conclusies voor het Hof van Justitie in de zaak C-169/89, *Gourmetteria van den Burg* (arrest van 23 mei 1990), *Jurispr.*, 1990, I-2151, en in de zaak C-159/90, *Grogan e.a.* (arrest van 4 oktober 1991), nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.* (maar zie bespreking door Sevinge, *N.J.B.*, 1991, 1667 e.v.).

¹⁸ Voor een bespreking van deze rechtspraak, zie KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMATAAT, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, 1987, blz. 245 e.v. Wat het goederenverkeer betreft, meer bepaald het hierna in de tekst genoemde artikel 36, zie blz. 263 e.v.

ters en de Europese Commissie, toetst het Hof van Justitie met behulp van hetzelfde beginsel aan de communautaire rechtsorde. Slechts één voorbeeld daarvan ¹⁹, dat betrekking heeft op de toetsing van een verordening van de Raad van Ministers aan de fundamentele rechten en vrijheden, zoals die o.m. in de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de bijhorende protocollen zijn neergelegd. Van deze rechten en vrijheden heeft het Hof immers erkend dat zij een integrerend deel uitmaken van de communautaire rechtsorde. Voor het Hof werd nl. de geldigheid van een raadsverordening aangevochten welke aan het eigendomsrecht van wijnbouwers beperkingen aanbracht inzake het aanplanten van wijnstokken, hetgeen de betrokken particulieren als een ongeoorloofde aantasting van hun eigendomsrecht beschouwden. In zijn arrest ging het Hof dan ook na of de aangebrachte beperkingen inderdaad als een onaanvaardbare ingreep in de prerogatieven van de eigenaar dienden te worden beschouwd waardoor het eigendomsrecht wezenlijk wordt aangetast én of de in de verordening voorziene maatregelen in redelijke verhouding staan tot het ermee door de Gemeenschap nagestreefde doel. Het Hof oordeelde dat, gelet op het door de Raad nagestreefde wettige doel en op de aard van de aan de orde zijnde beperkingen aan het eigendomsrecht, er geen sprake was van ongeldigheid van de raadsverordening ²⁰.

11. Uit de gegeven voorbeelden moge blijken dat de gemeenschapsrechter in elk van die situaties onderzoekt of de uitoefening van bevoegdheid door een nationale of een gemeenschapsoverheid, ongeacht of zij tot de wetgevende of tot de uitvoerende macht behoort, binnen het raam blijft van een redelijke bevoegdheidsuitoefening. De onderliggende gedachte is telkens dat de communautaire of nationale overheden de hun toekomende bevoegdheid weliswaar ten volle mogen gebruiken («effet utile») maar dan toch met terughoudendheid, nl. slechts in zoverre het gebruik van bevoegdheid nuttig en noodzakelijk is voor de doelstelling waarvoor ze werd gegeven, en in zoverre een door een andere overheid rechtmatig nagestreefd doel niet nodeloos in het gedrang wordt gebracht.

Anders dan het toetsen van een bepaalde uitoefening van bevoegdheid aan het subsidiariteitsbeginsel, is de toetsing daarvan aan het evenredigheidsbeginsel een taak die de rechter klaarblijkelijk, gelet op de talrijke rechterlijke beslissingen, wél aankan. Wellicht is dat omdat het bij dat laatste beginsel gaat om een vergelijking van concrete vormen van bevoegdheidsuitoefening, waarbij concrete voor- en nadelen die, ten aanzien van de welbepaalde doelstellingen en belangen door elk van de mogelijke vormen van bevoegdheidsuitoefening worden teweeggebracht, tegen elkaar worden afgewogen. Een dergelijke concrete afweging behoort tot het wezen van de rechterlijke taak, al impliceert zij dat de rechter, ook dan, de opportuniteit van een bepaald overheids-handelen beoordeelt, maar dan toch slechts marginaal, d.i.

aan de grens zonder in de kern van de opportuniteitsbeoordeling te treden. Een dergelijke afweging is in elk geval concreter, zo komt het mij voor, dan een beoordeling of een bepaalde bevoegdheidsuitoefening op een hoger of een lager overheidsniveau moet plaatsvinden. Deze laatste beoordeling veronderstelt immers dat de rechter een inzicht heeft in de middelen en de deskundigheid waarover elke overheid beschikt. Dit is een beoordeling die de rechter manifest niet aankan.

Het samenwerkingsbeginsel

12. Terughoudendheid in de uitoefening van de eigen bevoegdheden (in aanmerking genomen de bevoegdheden van de andere) zoals verwoord in het evenredigheidsbeginsel gaat in het Europese communautaire recht gepaard met een ander niet minder belangrijk beginsel, nl. het samenwerkingsbeginsel. Het beginsel is neergelegd in artikel 5 EEG-Verdrag maar is er eenzijdig geformuleerd, nl. als verplichting van de Lid-Staten om samen te werken met de Gemeenschap teneinde deze te helpen bij de vervulling van haar taak. Deze eenzijdigheid is te verklaren doordat, bij het in werking treden van het verdrag, de Lid-Staten veruit de belangrijkste machtscentra waren die over een uitgebreide administratie beschikken, waarop de Gemeenschap moet steunen bij de tenuitvoerlegging van haar eigen beleid. Naarmate de Gemeenschap middelen, bevoegdheden en macht bijwint, ontstaat de behoefte aan een wederzijdse samenwerkingsverplichting.

In de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft het samenwerkingsbeginsel steeds meer aandacht gekregen. Gelet op de formulering van het beginsel in het verdrag lag het voor de hand dat het beginsel eerst werd gepreciseerd als verplichting tot samenwerking van de kant van de Lid-Staten ten behoeve van de Gemeenschap. Later werd echter ook vorm gegeven aan de verplichting in omgekeerde zin, nl. van de kant van de Gemeenschap ten behoeve van de Lid-Staten, en recent ook als een verplichting die de Lid-Staten onderling (en de gemeenschapsinstellingen onderling) hebben tot samenwerking met het oog op de verwezenlijking van de uit de gemeenschapsverdragen voortvloeiende verplichtingen. Bovendien, zo moet hieraan worden toegevoegd, rust de samenwerkingsplicht, op elk niveau, op alle overheidsorganen, m.a.w. zowel op de organen van de wetgevende en de executieve als op die van de rechterlijke macht. Ik zal deze onderscheiden vormen van samenwerking nu wat uitvoeriger beschrijven ²¹ maar wil er eerst op wijzen dat ook het samenwerkingsbeginsel in een zekere mate samenvalt met, of beter: besloten ligt in het subsidiariteitsbeginsel; etymologisch verwijst dat beginsel immers naar (wederzijdse) ondersteuning (het Latijnse «subsidium» betekent hulp) ²².

13. Wat de samenwerkingsplicht van de kant van de Lid-Staten betreft, deze heeft zoals vermeld betrekking op elk niveau van overheidsbevoegdheid. Zo rust op de wetgever bv.

¹⁹ Voor een ander meer spectaculair voorbeeld, zie de hiervoor in voetnoot 11 genoemde Groganzaak, waarin het arrest (anders dan de conclusie) evenwel niet tot de hier bedoelde toetsing is overgegaan.

²⁰ Arrest van 13 december 1979, zaak 44/79, Hauer, *Jurispr.*, 1979, 3727. Voor een ander recenter voorbeeld, zie het arrest van 10 januari 1992, zaak C-177/90, Kühn, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

²¹ Voor een meer uitvoerige beschrijving, zie VAN GERVEN, W. en GILLIAMS, H., «Goede trouw in EG-verband», *R.W.*, 1990, 1158 e.v.; DUE, O., «Article 5 du traité CEE. Une disposition de caractère fédéral», Conférence Robert Schuman, Florence, 17 juni 1991.

²² Aldus CONSTANTINESCO, *art.cit.*, blz. 563.

de verplichting de naleving van communautaire, in verordeningen of richtlijnen opgelegde verplichtingen scrupuleus te sanctioneren op een manier die voldoende dissuasief is en in verhouding staat met de ernst van de overtreding, en die vergelijkbaar is met de sancties die op de schending van nationale bepalingen van een zelfde aard zijn gesteld²³. Op de *executieve* rust o.m. de verplichting om, bij de beoordeling van de equivalentie van diploma's, rekening te houden met de in een andere Lid-Staat verworven diploma's of opgedane professionele kennis en ervaring²⁴. Van hun kant zijn de nationale *rechtscolleges* van elke rang gehouden bepalingen van nationaal recht zo goed mogelijk door middel van interpretatie in overeenstemming met het gemeenschapsrecht te brengen²⁵. Meer in het algemeen rust op al deze instanties de verplichting om aan hun burgers een volledige en werkzame rechtsbescherming te verstrekken ter vrijwaring van subjectieve rechten die deze burgers ingevolge de directe werking van bepalingen van communautair recht toekomen. Deze verplichting omvat de gehoudenheid van nationale rechtscolleges om bepalingen van nationaal recht, ook wetten, terzijde te schuiven als deze aan een dergelijke rechtsbescherming in de weg staan²⁶. Bovendien leidt zij ertoe, zo werd in een arrest van 19 november 1991 beslist, dat de Lid-Staten alle maatregelen moeten nemen om de nakoming te verzekeren van de op hen rustende verplichtingen van communautair recht. Dit impliceert dat zij aan hun burgers een reële mogelijkheid zouden geven tegen hen een schadevergoedingsactie in te stellen in geval van niet-nakoming door de nationale overheid, inclusief de formele wetgever, van een richtlijn welke de toekenning van rechten aan particulieren voorschrijft en indien deze niet-nakoming in een oorzakelijk verband staat tot de door die particulieren geleden schade²⁷.

14. Zoals reeds vermeld blijkt uit recente rechtspraak van het Hof dat de samenwerkingsplicht ook in omgekeerde richting werkt, d.w.z. dat ook de Gemeenschap gehouden is tot samenwerking met de Lid-Staten. Zo heeft het Hof beslist dat de Commissie verplicht was bepaalde rapporten die door haar ambtenaren waren opgesteld, ter beschikking te stellen van, en bepaalde van haar ambtenaren als getuige te laten verhoren door, een nationale rechter voor wie een strafrechtelijke procedure aanhangig was in verband met de schending van communautaire bepalingen genomen ter bescherming van de biologische rijkdommen van de zee²⁸. In een zelfde perspectief heeft het Hof beslist dat de Commissie gehouden is aan de nationale autoriteiten desgevraagd economische en juridische gegevens te verschaffen teneinde hen in staat te stellen zich over de toepasselijkheid van de

in de artikelen 85, lid 1, en 86 EEG-Verdrag neergelegde verboden uit te spreken²⁹.

Ook van de samenwerkingsplicht tussen de Lid-Staten onderling kunnen in de rechtspraak van het Hof enkele voorbeelden worden gevonden. De verplichting voor Lid-Staten om, bij het nemen van nationale maatregelen ingegeven door de in artikel 36 EEG-Verdrag genoemde rechtvaardigingsgronden of door dwingende vereisten, rekening te houden met door andere Lid-Staten reeds ingestelde controlemaatregelen kan als een toepassing van een dergelijke samenwerkingsplicht worden gezien. Een duidelijker illustratie is te vinden in de verplichting voor een Lid-Staat om een andere Lid-Staat met wie hij een bilaterale overeenkomst heeft gesloten, te helpen om bepalingen van gemeenschapsrecht bij de toepassing van de bilaterale overeenkomst te eerbiedigen³⁰. Op de nationale administraties rust eveneens de verplichting om met elkaar in het gebied van de sociale zekerheid samen te werken³¹.

Besluit

15. Een kort besluit: terughoudendheid in de uitoefening van de aan de Gemeenschap en de Lid-Staten toekomende bevoegdheden, dankzij de toepassing van het evenredigheidsbeginsel, en verplichting tot samenwerking tussen de gemeenschaps- en de nationale overheden zoals ook tussen de nationale overheden, zijn beginselen die uitdrukking geven aan de eerbied die nationale en communautaire overheidsinstanties ten aanzien van elkaars bevoegdheidssfeer moeten opbrengen resp. aan het vertrouwen dat zij ten aanzien van elkaar aan de dag moeten leggen. Daarenboven blijken zij meer geschikt om door de gemeenschapsrechter als criteria te worden gebruikt voor de beoordeling van de rechtmatigheid van overheidshandelen, dan het subsidiariteitsbeginsel. Dit laatste beginsel veronderstelt immers een beoordeling van de middelen en de deskundigheid waarover de onderscheiden overheden beschikken, dit is een beoordeling die aan de politieke gezagdragers toekomt, en niet aan een rechter. In het subsidiariteitsbeginsel kunnen evenwel ook onderliggende leidmotieven worden ontwaard, nl. terughoudendheid én wederzijdse behulpzaamheid, die de kern uitmaken van het evenredigheids- resp. het samenwerkingsbeginsel. Zo begrepen komt aan subsidiariteit ten aanzien van de twee andere beginselen een ondersteunende functie toe.

W. VAN GERVEN

²³ Arrest van 10 juli 1990, Hansen & Son, zaak C-326/88, *Jurispr.*, 1990, I-2911.

²⁴ Arrest van 7 mei 1991, Vlassopoulou, zaak C-340/89, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

²⁵ Arrest van 10 april 1984, von Colson en Kamann, zaak 14/83, *Jurispr.*, 1989, 803.

²⁶ Arrest van 19 juni 1990, Factortame, zaak C-213/89, *Jurispr.*, 1990, I-2433.

²⁷ Arrest van 19 november 1991, Francovich en Bonifaci, gev. zaken C-6/90 en 9/90, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

²⁸ Beschikking van 13 juli 1991, Zwartveld, zaak C-2/88, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

²⁹ Arrest van 28 februari 1991, Delimitis, zaak C-234/89, *Jurispr.*, 1991, I-935.

³⁰ Arrest van 27 september 1988, Matteucci, zaak 235/87, *Jurispr.*, 1988, 5589.

³¹ Arrest van 11 juni 1991, Athanasopoulos, C-251/89, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

HET HOF VAN JUSTITIE EN DE TOETSING VAN NATIONALE WETGEVING AAN DE COMMUNAUTAIRE GRONDRECHTEN

In het recente arrest *Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT) e.a. t. Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP)* van 18 juni 1991 heeft het Hof van Justitie zijn leer betreffende het toetsen van nationale wetgeving aan de communautaire grondrechten nader gepreciseerd¹. Ook in het arrest *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd t. S. Grogan e.a.* van 4 oktober 1991 rees de vraag naar de verenigbaarheid van een nationale regeling met de communautaire grondrechten². In deze bijdrage worden deze arresten kort nader toegelicht.

1. Zoals men weet, bevat het EEG-Verdrag geen klassieke en systematische grondrechtencatalogoog. Evenmin zijn de Gemeenschappen toegetreden tot het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) of enige andere internationale verklaring inzake mensenrechten³. De grondrechten maken echter een integrerend deel uit van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht⁴. Ter ontdekking van deze algemene beginselen inzake grondrechten en fundamentele vrijheden wordt door het Hof van Justitie geput uit de constitutionele tradities welke aan de Lid-Staten gemeen zijn⁵, alsook uit de internationale verklaringen inzake de bescherming van de rechten van de mens waaraan de Lid-Staten hun medewerking hebben verleend of waartoe ze later zijn toegetreden⁶. In vele arresten wordt hierbij uitdrukkelijk verwezen naar het EVRM⁷.

Toch zijn de nationale grondrechtelijke bepalingen en het EVRM maar een vertrekpunt bij de ontwikkeling van eigen communautaire grondrechten⁸. De handhaving van de fun-

damentele rechten en vrijheden binnen de communautaire rechtsorde mag niet worden begrepen als een eenvoudige toepassing van die internationale of nationale regels, zij hebben immers een eigen communautair karakter. Zoals de uitoefening van de grondrechten door de Lid-Staten kan worden beperkt in het openbaar belang, wordt de uitoefening ervan ook in de communautaire rechtsorde slechts gewaarborgd binnen de grenzen van de door de Gemeenschap nagestreefde doelstellingen van algemeen belang⁹. Aan het wezen van het recht mag evenwel geen afbreuk worden gedaan. Het Hof van Justitie handhaaft de grondrechten dus op integrale wijze.

2. In zijn rechtspraak heeft het Hof van Justitie zich tot nog toe hoofdzakelijk uitgesproken over de verenigbaarheid van handelingen van de gemeenschapsinstellingen met de communautaire grondrechten. Zo heeft het Hof van Justitie communautaire verordeningen getoetst aan grondrechten als die op eigendom¹⁰, en op vrije beroepsuitoefening¹¹. Het optreden van de Commissie inzake onderzoek en verificatie in kartelzaken werd door het Hof getoetst aan onder meer de rechten van de verdediging en het beginsel van de onschendbaarheid van de woning¹², en de handelingen van de Gemeenschappen in ambtenarenzaken aan het recht op vrijheid van godsdienstuitoefening en de vrijheid van vereniging¹³. Een handeling van de Gemeenschappen die een communautair grondrecht schendt, kan door het Hof van Justitie nietig of ongeldig worden verklaard¹⁴. Bij de beoordeling van het optreden van de Gemeenschappen is het Hof niet minder streng dan de nationale rechter bij het beschermen van de burger tegen inbreuken op de grondrechten door de nationale overheden.

3. Het Hof van Justitie ziet niet alleen toe op de naleving van het gemeenschapsrecht door de communautaire instellingen. Het Hof van Justitie houdt immers ook direct en indirect toezicht op de compatibiliteit van nationale regelingen of handelingen met het communautair recht (artikelen

¹ Arrest *Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT) e.a. t. Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP)*, zaak C-260/89, 18 juni 1991, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

² Arrest *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd t. S. Grogan e.a.*, zaak C-159/90, 4 oktober 1991, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

³ LENAERTS, K., "Fundamental Rights to be included in a Community Catalogue", *European Law Review*, 1991, 377-381; SCHERMERS, H.G., "The European Communities bound by Fundamental Human Rights", *C.M.L.R.*, 1990, 252-253.

⁴ Arrest *E. Stauder t. Sozialamt der Stadt Ulm*, zaak 29/69, 12 november 1969, *Jur.*, 1969, 419.

⁵ Arrest *Internationale Handelsgesellschaft mbH t. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, zaak 11/70, 17 december 1970, *Jur.*, 1970, 1125.

⁶ Arrest *J. Nold t. Commissie*, zaak 4/73, 14 mei 1974, *Jur.*, 1974, 491.

⁷ Voor een eerste verwijzing zie arrest *R. Rutli t. Minister van Binnenlandse Zaken*, zaak 36/75, 28 oktober 1975, *Jur.*, 1975, 1219, r.o. 32.

⁸ Zie de conclusie van adv.-gen. M. DARMON in de zaak *Orkem t. Commissie*, zaak 374/87, 18 oktober 1989, *Jur.*, 1989, 3338; WEILER, J., "The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member state Action", in *Du droit international au droit*

de l'intégration — Liber amicorum P. Pescatore, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, p. 822; LENAERTS, K., o.c., p. 381.

⁹ Arrest strafzaak tegen F. Keller, zaak 234/85, 8 oktober 1986, *Jur.*, 1986, 2897, r.o. 8.

¹⁰ Arrest *L. Hauer t. Land Rheinland-Pfalz*, zaak 44/79, 13 december 1979, *Jur.*, 1979, 3727.

¹¹ Arrest strafzaak tegen F. Keller, zaak 234/85, 8 oktober 1986, *Jur.*, 1986, 2897.

¹² Voor een interessant overzicht van hoe het Hof van Justitie de grondrechten handhaaft in een mededingingsprocedure zie EDWARD, D., "Constitutional Rules of Community Law in EEC Competition Cases", *Fordham Corporate Law Institute* 1989, pp. 383-418.

¹³ Arrest *Prais t. Raad*, zaak 130/75, 27 oktober 1976, *Jur.*, 1976, 1589.

¹⁴ SCHERMERS, H.G., "The European Communities bound by Fundamental Human Rights", *C.M.L.R.*, 1990, 255.

169 en 177 EEG-Verdrag). Het Hof kan hierbij niet alleen aanduidingen geven over de verenigbaarheid van die nationale regelingen met het verdrag of het secundaire gemeenschapsrecht, maar het kan zich ook uitspreken over de verenigbaarheid daarvan met algemene rechtsbeginselen, met name die inzake grondrechten die een integrerend deel uitmaken van het gemeenschapsrecht. Dit was reeds in enkele eerdere arresten ter sprake gekomen. Daarin had het Hof van Justitie zich tot nog toe echter enkel bereid getoond om nationale maatregelen *vastgesteld ter uitvoering van een communautair rechtsvoorschrift* aan de communautaire grondrechten te toetsen (bv. een nationale maatregel genomen ter uitvoering van een communautaire landbouwverordening, een wet waardoor een richtlijn in de nationale rechtsorde wordt geïmplementeerd). In de literatuur was door Weiler echter de vraag gesteld of het Hof van Justitie niet ook andere nationale wetgeving aan de communautaire grondrechten zou kunnen toetsen¹⁵. Welnu, in het arrest Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT) e.a. t. Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP) e.a. van 18 juni 1991 heeft het Hof van Justitie voor het eerst in die zin uitspraak gedaan. Deze uitspraak volgde een week nadat advocaat-generaal W. Van Gerven in zijn conclusie in de zaak *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd t. Stephen Grogan* e.a. zich, geheel in de lijn van Weiler, ook al op overtuigende wijze voor een ruimere toetsing door het Hof van Justitie van nationale wetgeving aan de communautaire grondrechten had uitgesproken.

4. In zijn conclusie van 11 juni 1991 verwijst advocaat-generaal Van Gerven naar de reeds door Weiler bekritiseerde uitspraak van het Hof van Justitie van 11 juli 1985 in de zaak *Cinétheque*¹⁶. Men zal zich herinneren dat het Hof van Justitie in dit arrest de verenigbaarheid naging met het gemeenschapsrecht, en de bepalingen inzake vrij goederenverkeer in het bijzonder, van een Franse wet die een tijdelijk verbod inhield op de verkoop en verhuur van videocassettes van films die in bioscooproulatie waren. De regeling was zonder onderscheid van toepassing op binnenlandse en ingevoerde videocassettes, en had, volgens het Hof, niet een beheersing van de handelsstromen tussen de Lid-Staten of de bevoordeling van de binnenlandse productie tot doel. Wel wilde men de filmproductie aanmoedigen. Hierbij werd de verkoop en verhuur van videocassettes van films in bioscooproulatie slechts tijdens een korte periode verboden. Artikel 30 EEG-Verdrag was, volgens het Hof van Justitie, niet van toepassing op een nationale regeling met zulk een verbod, wanneer dit zonder onderscheid geldt voor binnenlandse en ingevoerde videocassettes en de veroorzaakte belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer niet verder gaan dan noodzakelijk om de bioscoopexploitatie van films van welke oorsprong ook, gedurende een eerste periode, voorrang te geven boven andere wijzen van verbreiding.

Door de invoerders van videocassettes werd ook de vraag opgeworpen of de Franse regeling geen inbreuk maakte op de vrijheid van meningsuiting als erkend door artikel 10 EVRM, en uit dien hoofde onverenigbaar was met het gemeenschapsrecht. Het Hof van Justitie beperkte er zich toe

te antwoorden dat het weliswaar tot taak heeft de eerbiediging van de grondrechten op de *door het gemeenschapsrecht geregelde gebieden* te verzekeren, maar het niet bevoegd is om de verenigbaarheid met het EVRM te beoordelen van een nationale wet die betrekking heeft op een gebied dat onder de bevoegdheid van de nationale wetgever valt. In het Demirel-arrest van 30 september 1987 sprak het Hof van Justitie zich in dezelfde zin uit, maar de gebruikte formulering was enigszins anders¹⁷. Het Hof van Justitie overwoog dat het niet bevoegd was om de verenigbaarheid met het EVRM te beoordelen van een nationale regeling *die niet binnen het kader van het gemeenschapsrecht* valt. Het Hof wees er verder op dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling niet diende ter uitvoering van een communautair rechtsvoorschrift. Onder die omstandigheden oordeelde het Hof zich niet bevoegd zich uit te spreken over de verenigbaarheid van die nationale regeling met de beginselen van artikel 8 EVRM.

5. Nationale maatregelen die geheel buiten het kader van het gemeenschapsrecht blijven, kunnen volgens het Hof van Justitie, dus niet aan de communautaire grondrechten worden getoetst. Vraag is natuurlijk waar de grens ligt tussen nationale regelingen die wel en nationale wetgeving die niet binnen het kader van het gemeenschapsrecht valt. Zoals uit de geciteerde overwegingen van het Demirel-arrest blijkt, vallen nationale regelingen vastgesteld ter uitvoering van een communautair rechtsvoorschrift wel binnen het kader van het gemeenschapsrecht. Tot deze categorie behoren o.m. die regelingen waardoor een richtlijn wordt geïmplementeerd in de nationale rechtsorde, sancties worden uitgevaardigd op de overtreding van communautaire rechtsregels, uitvoering wordt gegeven aan een gemeenschapspolitiek enz...¹⁸. In de arresten *Klench* en *Wachauf* heeft het Hof van Justitie zich bereid getoond deze nationale regelingen wel aan de communautaire grondrechten te toetsen¹⁹. In de zaak *Klench* van 25 november 1986 was een nationale regeling, vastgesteld ter uitvoering van een communautaire landbouwverordening, het voorwerp van het geding. Deze verordening kende aan de Lid-Staten bij de tenuitvoerlegging een beperkte beoordelingsbevoegdheid toe. Het Hof van Justitie overwoog dat de Lid-Staten hierbij gehouden blijven het in artikel 40, lid 3, EEG-Verdrag neergelegde beginsel, dat elke discriminatie tussen producenten of verbruikers van landbouwprodukten binnen de Gemeenschap uitsluit, te eerbiedigen. De nationale regeling werd hier weliswaar nog getoetst aan een specifieke verdragsbepaling, maar wegens de verwijzing door het Hof naar het ruimere algemene gelijkheidsbeginsel las Weiler in dit arrest reeds een eerste aanduiding van de bereidheid van het Hof van Justitie om nationale regelingen vastgesteld ter uitvoering van een communautaire regeling wel aan de grondrechten te toetsen²⁰. Duidelijker was het Hof van Justitie in het ar-

¹⁷ Arrest M. Demirel t. Stad Schwäbisch Gmünd, zaak 12/86, 30 september 1987, *Jur.*, 1987, 3747.

¹⁸ WEILER, J., o.c., pp. 827 e.v.; LENAERTS, K., o.c., p. 373.

¹⁹ Arrest M. Klench e.a. t. Staatssecretaris, gev. zaken 201 en 202/85, 25 november 1986, *Jur.*, 1986, 3477; Arrest H. Wachauf t. Duitsland, zaak 5/88, 13 juli 1989, *Jur.*, 1989, 2609.

²⁰ WEILER, J., o.c., pp. 824 e.v.

¹⁵ WEILER, J., o.c., pp. 821-842.

¹⁶ Arrest *Cinétheque SA* e.a. t. *Fédération nationale des cinémas français*, gev. zaken 60 en 61/84, 11 juli 1985, *Jur.*, 1985, 2605.

rest Wachauf van 13 juli 1989²¹, waarnaar ook advocaat-generaal Van Gerven in zijn conclusie van 11 juni 1991 verwijst. Het Hof van Justitie toetste hier weliswaar een gemeenschapsregeling aan een communautair grondrecht, maar voegde daar, in een obiter dictum, aan toe dat ook de Lid-Staten bij de uitvoering van gemeenschapsregelingen door de communautaire grondrechten gebonden zijn. Hiermee erkende het Hof ondubbelzinnig zijn bevoegdheid om nationale regelingen die ter uitvoering van een communautair rechtsvoorschrift worden genomen, aan de algemene beginselen van gemeenschapsrecht inzake grondrechten te toetsen.

In zijn conclusie in de zaak Hansen & Son heeft advocaat-generaal Van Gerven deze benadering trouwens op duidelijke wijze aangewend²². De zaak ging over de tachograafverordening, die aan de bestuurders van transportvoertuigen en hun werkgevers bepaalde verplichtingen oplegt inzake rij- en rusttijden²³. De verordening had de Lid-Staten o.m. opgedragen in sancties te voorzien voor overtredingen op die verplichtingen. Denemarken had hierbij gekozen voor een stelsel van objectieve penale aansprakelijkheid. In antwoord op een prejudiciële vraag van de Deense rechter sprak het Hof van Justitie zich positief uit over de verenigbaarheid van een dergelijke nationale aansprakelijkheidsregeling met bepalingen van de verordening. Ter zitting had de vertegenwoordiger van de Deense regering ook opgemerkt dat een stelsel van objectieve penale aansprakelijkheid verenigbaar was met de Deense constitutionele bepalingen. Het Hof van Justitie reageert daar niet op in zijn arrest, maar advocaat-generaal Van Gerven merkte in dat verband op dat een nationale regeling ingesteld ter uitvoering van een communautair rechtsvoorschrift niet alleen de constitutionele bepalingen, maar ook de communautaire grondrechten moet eerbiedigen. Vervolgens toetste de advocaat-generaal de Deense uitvoeringsregeling uitgebreid aan het beginsel "nulla poena, sine culpa", in het licht van de constitutionele bepalingen van de Lid-Staten en het EVRM.

6. In de rechtsleer werd de voorzichtige houding van het Hof van Justitie, om enkel nationale wetgeving vastgesteld ter uitvoering van een communautair rechtsvoorschrift aan de communautaire grondrechten te willen toetsen, bekritiseerd. Ook andere nationale regelingen vallen, volgens Weiler, in het domein van het gemeenschapsrecht en kunnen dan aan de communautaire grondrechten worden getoetst²⁴. Een nationale wet die, zoals in de zaak Cinétheque, het vrije goederenverkeer hindert, en slechts met het gemeenschapsrecht verenigbaar wordt geacht in de mate waarin het gemeenschapsrecht zoals vastgelegd door het Hof een afwijking van de fundamentele verdragsregels toestaat, kan, volgens Weiler, worden geacht niet buiten het kader van het gemeenschapsrecht te blijven. Het Hof van Justitie sprak zich, met name in de zaak Cinétheque, toch al uit over deze

nationale regel. Nagegaan werd immers of de betrokken maatregel een naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigde doelstelling nastreeft en de test van het evenredigheidsbeginsel kan doorstaan. Indien het Hof van Justitie zich op die wijze kan uitspreken over een nationale regeling blijft deze, aldus Weiler, niet buiten het kader van het gemeenschapsrecht, en ze kan dan ook aan de communautaire grondrechten worden getoetst. In zijn reeds herhaaldelijk geciteerde conclusie van 11 juni 1991 in de zaak *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd t. S. Grogan* heeft advocaat-generaal Van Gerven zich op nadrukkelijke wijze bij de opvatting van Weiler aangesloten. Volgens de advocaat-generaal moet van een nationale regeling die zich, om haar verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht staande te houden, dient te beroepen op rechtsbegrippen, als dwingende redenen van algemeen belang of openbare orde – waarvan het Hof erkent dat zij niet eenzijdig door de Lid-Staten mogen worden vastgesteld – aangenomen worden dat zij binnen het kader van het gemeenschapsrecht valt. Deze begrippen kunnen in belangrijke mate door de Lid-Staten worden gedefinieerd, maar de rechtvaardiging en afgrenzing ervan dient, op een voor de gehele Gemeenschap uniforme manier, naar gemeenschapsrecht te gebeuren. Dit impliceert, aldus Van Gerven, de inachtneming van de algemene beginselen inzake grondrechten en fundamentele vrijheden die van het gemeenschapsrecht een integrerend deel uitmaken. Een nationale regeling die uitwerking heeft in een door het gemeenschapsrecht bestreken gebied en die, om aanvaardbaar te zijn, verantwoord moet worden met begrippen van gemeenschapsrecht, behoort niet meer tot de uitsluitende beoordelingsbevoegdheid van de nationale wetgever²⁵.

7. Welnu, de zienswijze van Weiler en Van Gerven heeft het Hof van Justitie in het arrest *Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT) e.a. t. Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP) e.a.* van 18 juni 1991 tot de zijne gemaakt. Het Hof heeft zich nu inderdaad bereid getoond ook andere nationale wetgeving, dan uitvoeringsregelingen van communautaire rechtsvoorschriften, aan de communautaire grondrechten te toetsen.

In Griekenland was door een nationale regeling een dubbel monopolie toegekend aan de radio- en televisieonderneming ERT. Deze onderneming waren exclusieve rechten toegekend op het uitzenden van eigen programma's en op het doorgeven van programma's uit andere landen. Die regeling maakte het voorwerp uit van een geding voor de Griekse rechtbanken. Door de Griekse rechter werden verscheidene vragen gesteld aan het Hof van Justitie (o.m. over de verenigbaarheid van zulk een wet met de bepalingen inzake het intracommunautaire goederenverkeer, het vrije dienstenverkeer, het communautaire mededingsrecht enz.). In antwoord op die prejudiciële vragen besliste het Hof van Justitie dat dit dubbele monopolie tot gevolg kan hebben dat ERT de uitzending van eigen programma's bevoordeelt ten nadele van de heruitzending van buitenlandse programma's. Artikel 59 EEG-Verdrag verzet zich tegen een dergelijke nationale regeling wanneer zij effectieve discriminerende gevolgen heeft ten nadele van programma's uit andere Lid-Staten, tenzij zij, aldus het Hof, haar rechtvaardiging vindt

²¹ Arrest H. Wachauf t. Duitsland, zaak 5/88, 13 juli 1989, *Jur.*, 1989, 2609, r.o. 19.

²² Conclusie van adv.-gen. W. VAN GERVEN in de zaak *Anklage-myndigheden t. Hansen & Son I/S*, zaak C-326/88, 10 juli 1990, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

²³ Verordening van de Raad nr. 543/69 van 25 maart 1969 tot harmonisatie van bepaalde voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer, *Pb.*, 1969, L 77, p. 49. Zie nu ook Verordening van de Raad nr. 3820/85 van 20 december 1985, *Pb.*, 1985, L 370, p. 1.

²⁴ WEILER, J., o.c., pp. 839 e.v.

²⁵ Conclusie van adv.-gen. W. Van Gerven in de zaak C-159/90, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, nr. 31.

in een van de gronden (openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid) van art. 56 EEG-Verdrag, waarnaar art. 66 EEG-Verdrag verwijst.

Aan het Hof van Justitie werd ook de vraag gesteld of een dergelijk monopolie verenigbaar is met art. 10 EVRM. Het Hof van Justitie verwijst eerst naar zijn uitspraken in de zaken Cinétheque en Demirel, maar overweegt vervolgens dat het, zodra een nationale regeling binnen het domein van het gemeenschapsrecht komt, in antwoord op een dergelijke prejudiciële vraag aan de nationale rechter alle noodzakelijke elementen moet verschaffen opdat deze uitspraak kan doen over de verenigbaarheid van de nationale regel met de communautaire grondrechten. Welnu, wanneer een Lid-Staat zich op de artikelen 56 jo. 66 EEG-Verdrag beroept om een nationale maatregel te rechtvaardigen die het vrije dienstenverkeer hindert, *moet deze rechtvaardiging, voorzien door het communautaire recht, uitgelegd worden in het licht van de grondrechten*. De grenzen van de bevoegdheid van de Lid-Staten het bepaalde in artikel 66 en 56 EEG-Verdrag toe te passen om redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid moesten dus, in casu, worden beoordeeld aan de hand van het algemene beginsel van de vrijheid van meningsuiting, neergelegd in artikel 10 EVRM ²⁶.

De bevoegdheid van de Lid-Staten tot het nemen van maatregelen die, om redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, het vrije dienstenverkeer belemmeren, is dus ook begrensd door de verplichting de communautaire grondrechten te eerbiedigen. Hoewel deze uitspraak dus slechts betrekking heeft op het vrije dienstenverkeer en de hierop geldende uitzonderingsbepalingen, kan aan deze overweging ongetwijfeld een ruimere draagwijdte worden toegekend en geldt zij ook voor nationale regelingen die om dezelfde redenen het vrije goederen- of personenverkeer beperken (artikelen 36 en 48 EEG-Verdrag). Een nationale regeling of handeling die communautaire rechtvaardiging behoeft, voldoet niet aan alle voorwaarden om in overeenstemming te zijn met het gemeenschapsrecht wanneer een communautair grondrecht wordt geschonden.

8. De erkenning van de verplichting om bij het nemen van dergelijke maatregelen de grondrechten te eerbiedigen is een belangrijke ontwikkeling in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, maar sluit toch aan bij vroegere rechtspraak. Zo heeft het Hof in oudere arresten het begrip openbare orde (artikelen 36, 48 en 56 EEG-Verdrag), dat het nemen van het vrije verkeer beperkende regelingen rechtvaardigt, reeds nader gepreciseerd. Hierbij omkaderde het Hof van Justitie de bevoegdheid van de Lid-Staten met een aantal communautaire voorwaarden. De Lid-Staten blijven in hoofdzaak vrij de eisen van openbare orde op hun nationale behoeften af te stemmen ²⁷. Specifieke omstandigheden die een beroep op het begrip openbare orde zouden kunnen rechtvaardigen, verschillen immers naar land en tijd ²⁸. Het

begrip openbare orde mag door de Lid-Staten echter niet worden misbruikt om zich aan hun gemeenschapsverplichtingen te onttrekken. Het beroep van een nationale instantie op het begrip openbare orde veronderstelt dan ook een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast ²⁹. De inhoud van het begrip openbare orde kan dan ook niet eenzijdig door elke Staat zonder controle van de gemeenschapsinstellingen worden vastgelegd. Aan de Lid-Staten is een beoordelingsmarge toegekend, binnen de door het verdrag en ter uitvoering daarvan genomen bepalingen gestelde grenzen ³⁰. Nationale maatregelen van openbare orde kunnen door het Hof van Justitie dus getoetst worden aan het verdrag en het secundaire gemeenschapsrecht. Zo werd in het bekende Rutili-arrest een nationale maatregel van vreemdelingenpolitie, ingegeven door redenen van openbare orde, getoetst aan communautaire verplichtingen vervat in richtlijnen en verordeningen ³¹. Het Hof van Justitie overwoog echter uitdrukkelijk dat in casu deze communautaire rechtsvoorschriften slechts de uitdrukking waren van meer algemene beginselen inzake grondrechten, zoals deze naar voren komen in het door het Hof uitdrukkelijk genoemde bepalingen van het EVRM. Het arrest van 18 juni 1991 lijkt een logische voortzetting van die rechtspraak ³². Het Hof van Justitie is nu niet alleen bereid nationale regelingen die om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid het intracommunautaire verkeer beperken, te toetsen aan verdragsbepalingen of regels van secundair gemeenschapsrecht, maar ook aan die beginselen die geen uitdrukking hebben gekregen in een specifiek communautair rechtsvoorschrift, maar besloten liggen in de communautaire grondrechten. De bevoegdheid van de Lid-Staten tot het nemen van zulke maatregelen moet dus beoordeeld worden in het licht van de verplichting de communautaire grondrechten te eerbiedigen. Hierdoor krijgt de communautaire controle op de vrijwaringsgronden die het nemen van het vrije verkeer beperkende maatregelen rechtvaardigen, geen nieuwe dimensie en ondergaat de bevoegdheid van de Lid-Staten in dezen nu de inwerking van de communautaire rechtsorde in al haar aspecten.

9. T.a.v. de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Cinétheque is er nu duidelijke vooruitgang wat de handhaving van de grondrechten in de Gemeenschap betreft. Het

²⁶ Arrest van 18 juni 1991, zaak C-260/89, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, r.o. 41-45.

²⁷ Arrest R. Rutili t. Minister van Binnenlandse Zaken, zaak 36/75, 28 oktober 1975, *Jur.*, 1219, r.o. 26.

²⁸ Arrest Y. Van Duyn t. Home Office, zaak 41/74, 4 december 1974, *Jur.*, 1974, 1337, r.o. 18, en arrest Regina t. P. Bouchereau, zaak 30/77, 27 oktober 1977, *Jur.*, 1977, 1999, r.o. 34.

²⁹ Arrest Regina t. P. Bouchereau, zaak 30/77, 27 oktober 1977, *Jur.*, 1977, 1999, r.o. 31.

³⁰ Zie voetnoot 28.

³¹ Arrest R. Rutili t. Minister van Binnenlandse Zaken, zaak 36/75, 28 oktober 1975, *Jur.*, 1975, 1219, r.o. 32.

³² In het arrest R. Adoui en D. Cornuaille t. België en Stad Luik, gev. zaken 115 en 116/81, 18 mei 1982, *Jur.*, 1982, 1665, besliste het Hof van Justitie dat een Lid-Staat zich niet op de openbare orde kan beroepen om een onderdaan van een andere Lid-Staat van zijn grondgebied te weren, als de activiteiten die tot deze maatregel aanleiding geven, niet bij de eigen onderdanen worden beteugeld. De bevoegdheid van de Lid-Staten tot het nemen van maatregelen om redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid is dus onderworpen aan de voorwaarde het communautaire beginsel van niet-discriminatie te eerbiedigen. Zie hierover ook HALL, S., "The European Convention on Human Rights and public policy exceptions to the free movement of workers under the EEC Treaty", *European Law Review*, 1991, 466-488.

is juist dat de Franse wetgeving inzake verkoop en verhuur van videocassettes niet discriminatoir was, maar het ging toch om een nationale regeling die het vrije goederenverkeer hinderde en communautaire rechtvaardiging behoeft. Op het gebied van het vrije goederenverkeer is het immers, zeker sinds het Cassis de Dijon-arrest, zo dat niet-discriminerende maatregelen die het tussenstaatse verkeer hinderen, slechts aan het verbod van artikel 30 EEG-Verdrag ontsnappen voor zover artikel 36 EEG-Verdrag of een erkende groep van dwingende redenen³³ een rechtvaardiging bieden. Zowel discriminerende als niet-discriminerende beperkingen van het vrije goederenverkeer vallen hierdoor binnen het domein van het gemeenschapsrecht, en kunnen dan ook aan de communautaire grondrechten worden getoetst. De voorzichtige opstelling van het Hof van Justitie in de zaak Cinétheque lijkt na het arrest van 18 juni 1991 dus wel achterhaald.

Op het gebied van het vrije dienstenverkeer is de situatie tot nu toe minder duidelijk geweest. Nationale maatregelen die het vrije dienstenverkeer binnen de Gemeenschap op discriminerende wijze hinderen komen uiteraard binnen de werkingssfeer van artikel 59 EEG-Verdrag. Een toepassing hiervan kan gelezen worden in het arrest van 18 juni 1991. In zijn rechtspraak had het Hof van Justitie evenwel artikel 59 EEG-Verdrag nog niet uitdrukkelijk toepasselijk verklaard op niet-discriminerende maar het intra-communautaire dienstenverkeer niettemin belemmerende nationale maatregelen. Indien een dergelijke interpretatie van artikel 59 EEG-Verdrag wordt aangenomen, behoeven ook deze regelingen een communautaire rechtvaardiging en komen ze dan voor toetsing aan de communautaire grondrechten in aanmerking.

In zijn reeds herhaaldelijk geciteerde conclusie van 11 juni 1991 heeft advocaat-generaal Van Gerven, zoals voorheen al andere advocaten-generaal³⁴, en recentelijk ook advocaat-generaal Jacobs³⁵, een ruime interpretatie van artikel 59 EEG-Verdrag verdedigd. Volgens Van Gerven komen niet-discriminerende nationale maatregelen die toch het intercommunautaire dienstenverkeer hinderen, in principe binnen de werkingssfeer van artikel 59 EEG-Verdrag, maar kunnen ze hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang. Deze nationale maatregelen buiten het toepassingsgebied van artikel 59 EEG-Verdrag houden zou volgens hem op niet te overziene wijze afbreuk doen

aan het nuttig effect van het beginsel van vrij dienstenverkeer dat in een economie waarin de tertiaire sector blijft groeien, nog aan belang zal winnen. Bovendien zou anders een ongewenste divergentie ontstaan tussen de rechtspraak van het Hof inzake goederen- resp. dienstenverkeer in situaties waarin alleen de dienst of dienstenontvanger de binnen-grenzen van de Gemeenschap overschrijdt welke niet echt te onderscheiden zijn van situaties waarin koopwaren of kopers zich over die grenzen bewegen, en in situaties waarin dienstverrichtingen als "produkten" worden voorgesteld³⁶.

In het arrest Säger van 25 juli 1991 heeft ook het Hof van Justitie zich dan, duidelijker dan voorheen, voorstander getoond van een ruimere interpretatie van artikel 59 EEG-Verdrag. In deze zaak overwoog het Hof van Justitie dat artikel 59 EEG-Verdrag zich niet enkel verzet tegen discriminerende regelingen, maar ook de opheffing beoogt van elke beperking, ook als ze zonder onderscheid van toepassing is op nationale en buitenlandse dienstenverleners, die die activiteiten kan verhinderen of bemoeilijken van een dienstenverlener gevestigd in een andere Lid-Staat, waar hij soortgelijke activiteiten op wettige wijze uitoefent. Verder overwoog het Hof dat het beginsel van de vrije dienstverlening slechts beperkt mag worden door maatregelen gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, voor zover deze zonder onderscheid van toepassing zijn op elke persoon of onderneming die op het grondgebied van de ontvangende staat een welbepaalde activiteit uitoefent, en in de mate waarin dit belang niet reeds wordt gewaarborgd door regels waaraan de dienstenverlener is onderworpen in de Lid-Staat waar hij gevestigd is³⁷. Niet-discriminerende beperkingen van het vrije dienstenverkeer kunnen dus binnen de werkingssfeer van artikel 59 EEG-Verdrag komen. Zij behoeven dan communautaire rechtvaardiging, en vallen dus binnen het domein van het gemeenschapsrecht. Ook zij kunnen dan aan de communautaire grondrechten worden getoetst.

10. In het arrest The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. t. S. Grogan e.a. van 4 oktober 1991, waarin het Hof van Justitie vragen van het High Court te Dublin diende te beantwoorden betreffende de verenigbaarheid met het communautaire recht, en de bepalingen inzake het vrije dienstenverkeer in het bijzonder, van sommige aspecten van de Ierse verbodswetgeving inzake abortus, is het Hof niet aan een toetsing van zulk een wetgeving aan de communautaire grondrechten toegekomen. De vragen hadden in wezen betrekking op het in Ierland geldend verbod op het verspreiden van bijstandverlenende informatie over abortus. In casu was door Ierse studentenverenigingen informatie verspreid over klinieken gevestigd in het Verenigd Koninkrijk waar abortus wettig wordt uitgevoerd. Na te hebben overwogen dat abortus uitgevoerd overeenkomstig de

³³ In de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn o.m. aanvaard: bescherming van de consument en de eerlijke handelspraktijken, doeltreffendheid der fiscale controles en bescherming van het milieu en het arbeidsmilieu.

³⁴ Zie o.m. de conclusie van adv.-gen. J.P. WARNER in de zaak strafgeding tegen M. Debaue, zaak 52/79, 18 maart 1980, *Jur.*, 1980, 833; van adv.-gen. G. SLYNN in de zaak A.J. Webb, zaak 279/80, *Jur.*, 1981, 3305; van adv.-gen. C. LENZ in de zaken Commissie t. Frankrijk, Commissie t. Italië en Commissie t. Griekenland, zaken C 154/89, C 180/89 en C 198/89, 26 februari 1991, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, en van adv.-gen. G. TESAURIO in de zaken Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda t. Commissariaat voor de Media en Commissie t. Nederland, zaken C 288/89 en C 353/89, 25 juli 1991, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

³⁵ Conclusie van adv.-gen. P. JACOBS in de zaak M. Säger t. Soc. Dennemeyer & Co Ltd, zaak 76/90, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

³⁶ Conclusie van advocaat-generaal W. VAN GERVEN in de zaak C-159/90, nrs. 20-21.

³⁷ Arrest M. Säger t. Soc. Dennemeyer & Co Ltd, zaak C-76/90, 25 juli 1991, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, r.o. 12-15. Voor een eerste bespreking zie MATTERA, A., "Les principes de 'proportionnalité' et la 'reconnaissance mutuelle' dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services: de l'arrêt 'Thieffry' aux arrêts 'Vlassopoulou', 'Media-wet' et 'Dennemeyer'", *Revue du Marché Unique européen*, 1992, 191-203.

wetgeving van de Lid-Staat waar de ingreep plaatsvindt, een dienst is in de zin van artikel 60 EEG-Verdrag, onderzocht het Hof of het gemeenschapsrecht er zich tegen verzet dat een Lid-Staat met een verbodswetgeving inzake abortus de verspreiding verhindert van informatie over mogelijkheden tot abortus die in een andere Lid-Staat legaal wordt verricht. Het Hof van Justitie verwijst naar zijn uitspraak in de zaak GB-Inno-BM, waarin het had vastgesteld dat een verbod op het verspreiden van informatie een belemmering voor het intracommunautaire (goederen)verkeer kan inhouden³⁸. In tegenstelling tot voornoemde zaak was de informatie nu evenwel niet verspreid door de verkoper of dienstverlener zelf. Evenmin stonden de klinieken in het Verenigd Koninkrijk aan de oorsprong van de door de Ierse studentenverenigingen verstrekte informatie. Het Hof van Justitie oordeelt dan ook dat de band tussen de activiteiten van de studentenverenigingen en de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde klinieken te zwak is om het informatieverbod als een onder artikel 59 EEG-Verdrag vallende beperking te kunnen beschouwen³⁹. Voor het Hof van Justitie gaat het hier om een zuiver interne Ierse aangelegenheid⁴⁰. Het Hof van Justitie komt dan ook tot het besluit dat de betrokken regeling, rekening houdend met de feitelijke omstandigheden van de zaak, niet binnen het kader van het gemeenschapsrecht valt, zodat zij evenmin aan de communautaire grondrechten kan worden getoetst. Het Hof van Justitie heeft hiermee geen enkele afbreuk willen doen aan zijn uitspraak in de zaak Elliniki Radiophonia Tileorassi. Het arrest van 4 oktober 1991 toont evenwel goed aan dat het Hof zich slechts over de verenigbaarheid van een nationale maatregel met de communautaire grondrechten kan uitspreken, wanneer deze het voorwerp uitmaakt van een geschil met communautaire dimensie. Bij gebrek aan elke band tussen een nationale maatregel en een door het gemeenschapsrecht

beoogde situatie, valt deze niet binnen de beoordelingsbevoegdheid van het Hof van Justitie⁴¹.

Anders dan het Hof van Justitie verdedigt advocaat-generaal Van Gerven de opvatting dat het opgelegde informatieverbod wel binnen de werkingssfeer van artikelen 59 en 60 EEG-Verdrag valt⁴². Als fundamenteel verdragsbeginsel dient de vrijheid van dienstverlening, aldus de advocaat-generaal immers door een ieder te worden gerespecteerd zoals zij ook door een ieder mag worden bevorderd, onder meer door onder bezwarende titel of om niet inlichtingen omtrent de eigen of andermans dienstverlening te verstrekken. Volgens de advocaat-generaal valt de betrokken verbodsregeling dus wel binnen het domein van het gemeenschapsrecht, en kan ze dan ook aan de communautaire grondrechten worden getoetst. Op de interessante toetsing door advocaat-generaal Van Gerven van het Ierse informatieverbod aan het algemene beginsel inzake de vrijheid van meningsuiting, zoals dit in artikel 10 EVRM is vastgelegd, zal ik hier niet nader ingaan. Opvallend is echter dat hij zich niet beperkt tot de vaststelling dat artikel 10, lid 2, EVRM de Lid-Staten toestaat bepaalde beperkingen op te leggen aan de vrijheid van meningsuiting om o.m. redenen van openbare orde, wanneer deze in verhouding staan tot het nagestreefde doel. De advocaat-generaal gaat zelf op dit probleem in, en laat de appreciatie niet over aan de uitsluitende bevoegdheid van de nationale rechter. Mede op grond van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens komt de advocaat-generaal tot het besluit dat het informatieverbod in overeenstemming is met artikel 10 EVRM, en het algemene beginsel inzake vrijheid van meningsuiting niet schendt⁴³.

11. Het arrest van 18 juni 1991 is in elk geval ongetwijfeld een belangrijke stap voorwaarts in de aanvaarding door het Hof van Justitie van zijn bevoegdheid om nationale regelingen te toetsen aan de communautaire grondrechten. Deze toetsing is nu niet meer beperkt tot die nationale maatregelen die genomen worden ter uitvoering van een communautair rechtsvoorschrift. Ook nationale maatregelen die het intracommunautaire verkeer hinderen en daarom communautaire rechtvaardiging behoeven, worden nu aan de communautaire grondrechten getoetst. Voor de burger in de Gemeenschap betekent deze ontwikkeling in de jurisprudentie van het Hof van Justitie vooral dat de door het Hof verleende bescherming t.a.v. met het gemeenschapsrecht strijdige nationale recht steeds meer ook de handhaving van de communautaire grondrechten zal gaan omvatten. Vereist is evenwel steeds dat het geschil een communautaire dimensie heeft.

Erwin BOOGAERTS
Assistent U.I.A.

³⁸ Arrest GB INNO BM t. Fédération du commerce luxembourgeois, zaak C-332/88, 7 maart 1990, *Jur.*, 1990, 667. Zie hierover in het bijzonder ook het arrest Aragonesa de Publicidad Exterior SA en Publivia SAE t. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Catalunya, gev. zaken C-1 en C-176/90, 25 juli 1991, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*; De VROEDE, P., "Grensoverschrijdende reclame en artikel 30 EEG", *Liber amicorum E. Krings*, Story, 1991, pp. 97-104.

³⁹ Arrest The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd t. S. Grogan e.a., zaak C-159/90, 4 oktober 1991, nrs. 22-32.

⁴⁰ Hiermee bevestigt het Hof van Justitie uitdrukkelijk dat de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten en de vrijheid van vestiging niet van toepassing kunnen zijn op activiteiten die zich in al hun relevante aspecten in één enkele Lid-Staat afspelen (arrest strafgeding tegen M. Debaube, zaak 52/79, 18 maart 1980, *Jur.*, 1980, 833; arrest strafzaak tegen A. Gauchard, zaak 20/87, 8 december 1987, *Jur.*, 1987, 4897). Ook de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van werknemers kunnen niet toegepast worden op zuiver interne aangelegenheden van een Lid-Staat (arrest V. Saunders, zaak 175/78, 28 maart 1979, *Jur.*, 1979, 1129; arrest E. Morson en S. Jhanjan t. Nederland, gev. zaken 35 en 36/82, 27 oktober 1982, *Jur.*, 1982, 3723; arrest Moser t. Land Baden-Württemberg, zaak 180/83, 28 juni 1984, *Jur.*, 1984, 2539). Zie hierover A. ARNULL, *The General Principles of EEC Law and the Individual*, Leicester University Press, Leicester and London, 1990, pp. 57-62.

⁴¹ Zie in die zin reeds WEILER, J., o.c., p. 833.

⁴² Conclusie van advocaat-generaal W. VAN GERVEN in de zaak C-159/90, nrs. 16-21.

⁴³ Conclusie van advocaat-generaal W. VAN GERVEN in de zaak C-159/90, nrs. 32-38. Voor een eerste bespreking zie RIGAUX, F., "La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse, liberté économique selon le droit communautaire", *Rev. trim. des droits de l'homme*, 1992, 63-72.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 20 JANUARI 1992

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. De Gryse

Taalgebruik — In gerechtszaken — Vonnis — Aanhaling in andere taal — Nietigheid — Cassatie — Omvang

Geheel nietig is het arrest dat beslist op grond van een aanhaling in een andere taal, wanneer de vertaling of de zakelijke inhoud ervan niet in de procestaal is weergegeven.

De vernietiging strekt evenwel niet uit tot de punten van de beslissing die door de eiser tot cassatie niet worden bestreden.

D. en L. t/ L.

Conclusie van procureur-generaal H. Lenaerts

In de drie zaken steunt het arrest op een in het Frans gesteld citaat zonder vertaling of weergave van de zakelijke inhoud.

Volgens de rechtspraak van het Hof¹ worden daardoor de artikelen 27 en 34 van de Taalwet in gerechtszaken geschonden en zijn de arresten derhalve, krachtens artikel 40 van die wet, nietig.

Deze zaken doen de vraag rijzen of die nietigheid zich in elk geval uitstrekt tot het ganse bestreden arrest.

In de zaak GB-Inno-BM steunt alleen de beslissing over het bestaan van de dringende reden — en dus ook de veroordeling tot betaling van de opzeggingsvergoeding — op de uitsluitend in het Frans aangehaalde ontslagbrief. Dat is daarentegen niet het geval met de beslissing over het recht op loon en vakantiegeld voor 6 en 7 mei 1986. Weliswaar bevat de desbetreffende redengeving ook enkele citaten uit de Franse ontslagbrief; maar de eigenlijke grond van de desbetreffende beslissing ligt daarbuiten, namelijk in het gebrek aan bewijs van ontslag van 5 mei.

In de zaak Sabena betoogt eiseres in het eerste onderdeel van het eerste middel ten onrechte dat het in het Frans geciteerde arrest wordt ingeroepen tot staving van de veroordeling tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding, van het verschil tussen verweerders pensioen en zijn wedde en van het verschil in kapitaalsuitkering. Naar dat arrest verwijst het arbeidshof alleen tot staving van de veroordeling tot betaling van een eindeloopbaanuitkering. Het eerste onderdeel gaat dus uit van een verkeerde lezing van het arrest en mist derhalve feitelijke grondslag. In het tweede onderdeel wordt daarentegen terecht aangevoerd dat laatstgenoemde veroordeling tot betaling van een eindeloopbaan-

uitkering mede steunt op een Franstalig citaat uit de Journal des Tribunaux du Travail.

In beide zaken maakt de Franse tekst die in aanmerking komt, alleen deel uit van de motivering van een deel van de aangevochten veroordeling, met uitsluiting van een ander deel.

In de zaak Delesalle is de voorziening gericht tegen de enige veroordeling die het arrest bevat. Maar de eisers stellen in hun verzoekschrift uitdrukkelijk dat zij niet de vernietiging vragen van de beslissingen dat het hoger beroep ontvankelijk is, dat wijlen Blomme nooit partij was en dat architect Bauwens buiten de zaak wordt gesteld.

In de zaken GB-Inno-BM en Sabena wordt de voorziening niet uitdrukkelijk beperkt, maar volgt de beperking impliciet uit de middelen, die ofwel uitsluitend gericht zijn tegen bepaalde veroordelingen, ofwel niet gericht zijn tegen bepaalde punten aan het bestreden arrest, bijvoorbeeld de ontvankelijkheid van het hoger beroep.

Vraag is nu hoever de vernietiging in deze drie zaken reikt.

Uitgangspunt van het antwoord op deze vraag is dat, volgens de rechtspraak van het Hof, de overtreding van de Taalwet de nietigheid van de akte zowel naar de inhoud als naar de vorm tot gevolg heeft². Die nietigheid is niet beperkt tot de beslissing die op de in het Frans gestelde passus van het arrest steunt. Zij betreft de akte in haar geheel, omdat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de eentaligheid van de akte.

Bij arrest van 19 december 1988³ heeft het Hof een voorziening geheel nietig verklaard, omdat één van de middelen steunde op een uitsluitend in het Frans gestelde brief.

Dezelfde regel dient overeenkomstige toepassing te vinden op een arrest, waarin één van de beslissingen mee gegrond is op een in het Frans gesteld motief.

Het arrest van 4 januari 1990⁴, dat een arrest vernietigt wegens een in een andere taal gestelde aanhaling, doet daaraan geen afbreuk. Het stelt weliswaar vast dat «het oordeel van het arrest *geheel* berust op de inhoud» van een in het Frans gesteld stuk. Maar uit de motivering van het cassatiearrest blijkt niet dat het Hof anders zou beslist hebben, zo het oordeel van de rechters ook nog op andere motieven was gegrond.

Is het arrest dat niet integraal in de taal van de rechtspleging is gesteld, krachtens artikel 40 van de Taalwet in gerechtszaken geheel nietig, dan volgt hieruit evenwel niet noodzakelijk dat het Hof het ganse arrest moet vernietigen.

Als regel geldt dat maar kan worden vernietigd wat aangevochten wordt.

Wanneer het arrest verscheidene punten bevat, schrijft artikel 1082 van het Gerechtelijk Wetboek voor dat het ver-

¹ Cass., 25 maart 1983, A.R. 3653 (A.C., 1982-83, nr. 417) en 4 januari 1990, A.R. 6753 (A.C., 1989-90, nr. 271). Zie ook Cass., 25 november 1987, A.R. 5869 (A.C., 1987-88, nr. 183).

² Cass., 13 februari 1984, A.R. 4154 (A.C., 1983-84, nr. 323) en 22 januari 1988, A.R. 5379-5638 (A.C., 1987-88, nr. 314).

³ A.R. 6355 (A.C., 1988-89, nr. 234) met concl. O.M.

⁴ A.R. 6753 (A.C., 1989-90, nr. 271).

zoekschrift nauwkeurig aangeeft tegen welke punten de voorziening is gericht.

In de zaak Delesalle hebben de eisers dit voorschrift stipt in acht genomen, wat veeleer uitzonderlijk is. Maar ook wanneer dat niet het geval is, volgt de omschrijving van het cassatieberoep doorgaans impliciet uit de middelen, zoals in de zaken GB-Inno-BM en Sabena. Hoe dan ook, de eiser dient zelf de grenzen van de beoogde vernietiging te bepalen. Want artikel 1095 van het Gerechtelijk Wetboek luidt dat het Hof alleen kennis kan nemen van de punten van de beslissing die in het inleidende verzoekschrift zijn aangegeven.

Weliswaar wordt, volgens de rechtspraak van het Hof, de vernietiging in bepaalde gevallen uitgebreid tot niet aangevochten beslissingen, bijvoorbeeld tot een beschikking of beslissing die het gevolg van de vernietigde beslissing is⁵, bij onplitsbaarheid van twee dicta⁶ of tot een niet afscheidbaar beschikkend gedeelte⁷.

Het betreft hier evenwel uitzonderingen⁸ die de regel bevestigen dat het Hof niet kan vernietigen wat niet wordt aangevochten. Die regel geldt ook, wanneer het niet bestreden gedeelte van het arrest nietig is. Want de nietigheid van het arrest op zich zelf volstaat niet om tot vernietiging te leiden.

Hieruit volgt dat

- in de zaak GB-Inno-BM de vernietiging moet worden beperkt tot de in het middel aangevochten punten;
- in de zaak Sabena de vernietiging zich uitstrekt tot het ganse arrest, behalve tot de beslissing over de ontvankelijkheid van het hoger beroep;
- in de zaak Delesalle de door de eisers aangegeven punten van het arrest uit de vernietiging moeten worden gesloten.

Binnen die grenzen concludeer ik tot de vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 18 oktober 1990 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Gelet op de beschikking door de eerste voorzitter van het Hof genomen op 16 oktober 1991, waarbij de zaak naar de derde kamer wordt verwezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 24, 37 en 40, eerste lid, van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken,

doordat het arrest beslist «dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 1641 Burgerlijk Wetboek en de actio aestimatoria of quanti minoris voldaan is», derhalve eisers veroordeelt tot betaling, ieder voor de helft, aan verweerster van de som van 206.874 fr., vermeerderd met de gerechtelijke rente vanaf 26 juni 1989, op grond van de volgende motivering: «Er dient wel degelijk aangenomen te worden dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 1641 B.W. en de actio aestimatoria of quanti minoris voldaan is; het gebrek was wel in de kiem aanwezig op het ogenblik van de aankoop; de fundering van 1 meter was onvoldoende gelet op de grondsoort die bij een in ons land droge, maar daarom

niet abnormale, zomer alsook bij het wegtrekken van water door bomen, volumeveranderingen ondergaat die een gewone grond niet kent; er is geen kwade trouw van (eisers) bewezen; (verweerster) beweerde zulks voor het eerst in beroepsgrievan; waar (verweerster) in beroepsgrievan ook voor het eerst gewag maakt van dwaling, zonder verdere conclusies hieraan te verbinden, dient vastgesteld te worden dat zij gekozen heeft de zaak te behouden en zich een gedeelte van de prijs te doen terugbetalen, welk gedeelte door deskundige wordt bepaald; de verkoopsvoorwaarden '... le bien vendu est parfaitement connu de l'acquéreuse qui n'en demande pas plus ample description...' '... le bien est vendu dans l'état où il se trouve' houden geen uitsluitel in van de vrijwaringsplicht wegens verborgen gebreken»;

terwijl ingevolge de artikelen 24, 37 en 40, eerste lid, van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken het arrest, dat beslist op grond van een aanhaling in een andere taal dan die van de rechtspleging, nietig is, wanneer de vertaling of de zakelijke inhoud van die aanhaling niet in de proces taal is weergegeven,

zodat het bestreden arrest, nu het beslist «dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 1641 B.W. en de actio aestimatoria of quanti minoris voldaan is» en daartoe noodzakelijk steunt op de inhoud van «verkoopsvoorwaarden» die enkel in het Frans zijn aangehaald terwijl de inhoud van dat citaat niet in het Nederlands, de taal van de rechtspleging, is weergegeven, de in het middel aangeduide wetsbepalingen schendt;

Overwegende dat het arrest, na het hoofdverweer van de eisers te hebben verworpen, hun subsidiair verweer verwerpt op grond van de inhoud van de «verkoopsvoorwaarden», die enkel in het Frans zijn aangehaald, terwijl de inhoud van dat citaat niet in het Nederlands, de taal van de rechtspleging, is weergegeven;

Dat, nu de voormelde reden in het Frans is gesteld, zonder vertaling of weergave van de zakelijke inhoud in het Nederlands, het arrest niet geheel in de taal van de rechtspleging is gesteld en derhalve de artikelen 24 en 37 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken schendt;

Dat deze wetsschending, krachtens artikel 40, eerste lid, van dezelfde wet, de nietigheid van de akte zowel naar de inhoud als naar de vorm tot gevolg heeft; dat het hele arrest derhalve nietig is; dat het verzoekschrift tot cassatie evenwel aangeeft tegen welke punten van het bestreden arrest de voorziening niet is gericht; dat de vernietiging niet kan worden uitgebreid tot de punten die de eisers niet bestrijden;

Dat het middel gegrond is;

...

NOOT – Dezelfde dag zijn twee arresten van dezelfde strekking gewezen in de zaken nr. 7683 (N.V. S. t/ Van H.) en nr. 7607 (N.V. C. t/ De M.). In de zaak nr. 7683 kwam de eiseres niet op tegen de beslissing over de ontvankelijkheid van het hoger beroep, en in de zaak nr. 7607 was de voorziening beperkt tot de opzeggingsvergoeding en het vakantiegeld van twee dagen, zodat telkens de vernietiging beperkt wordt tot de punten van de beslissing waartegen de voorziening gericht is.

⁵ Cass., 15 januari en 31 mei 1990, A.R. 3898 en A.R. 8634 (A.C., 1989-90, nrs. 298 en 574).

⁶ Cass., 5 november 1990, A.R. 8727 (A.C., 1990-91, nr. 124).

⁷ Cass., 11 april 1988, A.R. 6113 (A.C., 1987-88, nr. 486).

⁸ Cass., 1 februari 1991, A.R. 6982 (A.C., 1990-91, nr. 294).

HOF VAN CASSATIE*3e KAMER – 20 JANUARI 1992*

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: de h. Marchal

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Dienstplicht – Herkeuringsraad – Inzage van het dossier – Bijstand

De dienstplichtige mag aan de herkeuringsraad inzage van het dossier vragen en kan zich bij die inzage laten bijstaan of vertegenwoordigen door een advocaat of door een gevolmachtigde die geen doctor in de geneeskunde is.

D.

Gelet op de bestreden beslissing, op 26 september 1991 door de Herkeuringsraad van de Provincie West-Vlaanderen gewezen;

...

Overwegende dat, luidens artikel 43, § 2, van de Dienstplichtwet, de herkeuringsraad de «aanvraag van de betrokkene niet onontvankelijk (mag) verklaren zonder de betrokkene te hebben opgeroepen om hem, of zijn gevolmachtigde, die doctor in de geneeskunde moet zijn, te horen en het hem mogelijk te maken een memorie of verweerschrift in te dienen»;

Dat blijkens die bewoordingen de in die bepaling vervatte regeling inzake de vertegenwoordiging van de dienstplichtige alleen toepassing vindt wanneer de dienstplichtige of diens gevolmachtigde door de herkeuringsraad wordt gehoord;

Dat, nu het de dienstplichtige mogelijk moet zijn een memorie of verweerschrift bij de herkeuringsraad in te dienen, inzonderheid na inobservatiestelling en ook ingeval hij dan niet wordt opgeroepen omdat de herkeuringsraad een nieuwe verschijning nodeloos acht, hij daartoe inzage mag vragen van het dossier; dat hij zich bij die inzage kan laten bijstaan of vertegenwoordigen door een advocaat of door een gevolmachtigde die geen doctor in de geneeskunde is;

Dat de herkeuringsraad, door anders te oordelen, voormelde bepaling schendt en het recht van verdediging mist;

...

HOF VAN CASSATIE*1e KAMER – 23 JANUARI 1992*

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten: mrs. Tournicourt en De Bruyn

Inkomstenbelastingen – Aanslag van ambtswege

Wanneer een aangifte onvolledig of onregelmatig is, kan het bestuur de belasting ten kohiere brengen binnen de bij art. 259, eerste lid, W.I.B. bepaalde termijn, zonder dat het een beroep

hoeft te doen op een aanslag van ambtswege, die voor het bestuur slechts een mogelijkheid en geen verplichting is.

D. en B. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 19 maart 1991 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het eerste middel: schending van artikel 256 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, gewijzigd bij artikel 44 van de wet van 3 november 1976, die van toepassing is op het aanslagjaar 1985,

doordat het hof van beroep beslist dat het bestuur, na een onregelmatigheid in de aangifte te hebben vastgesteld, te dezen het niet aanbrengen van de vermelding «gelezen en goedgekeurd» op de door een derde ingevulde aangifte, het recht had om de belasting binnen de bij artikel 259 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen vastgestelde termijnen ten kohiere te brengen op basis van de gegevens in de aangifte, als zij daarin alle elementen vond om dat te doen, zonder dat zij verplicht was over te gaan tot een aanslag van ambtswege in de zin van artikel 256 van dat wetboek, en dat de vastgestelde onregelmatigheid alleen tot gevolg had dat de bij artikel 259 van dat wetboek voorgeschreven termijnen van toepassing werden in de zaak,

terwijl, eerste onderdeel, de aanslag van ambtswege, bedoeld in artikel 256 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, wordt vastgesteld in het geval dat de belastingplichtige verzuimd heeft een aangifte in te dienen binnen de wettelijke termijn alsook in het geval dat hij verzuimd heeft om het vormgebrek of de vormgebreken van zijn aangifte te herstellen binnen de hem met dat doel toegestane termijn, nu een aangifte die door een vormgebrek is aangetast gelijkstaat met niet-aangifte; het hof van beroep bijgevolg niet zonder het bovengenoemde artikel 256 te schenden wettig kon beslissen dat het bestuur de belasting ten kohiere kon brengen zonder noodzakelijkerwijze te hoeven overgaan tot de aanslag van ambtswege en dat de vastgestelde onregelmatigheid enkel tot gevolg had dat de bij artikel 259 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalde termijnen van toepassing werden, in plaats van de termijnen bepaald bij de artikelen 258 en 264 van dat wetboek;

tweede onderdeel, het bestuur, alvorens de aanslag van ambtswege te vestigen, de redenen hiervan, het bedrag van de inkomsten en de overige gegevens waarop de aanslag zal berusten, alsook de wijze van vaststelling van die inkomsten en gegevens, aan de belastingplichtige ter kennis moet brengen bij ter post aangetekend schrijven; het hof van beroep bijgevolg niet wettig kon beslissen dat het bestuur, na onderzoek van de onregelmatigheid, het recht had om de belasting ten kohiere te brengen binnen de bij artikel 259 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalde termijnen, nu hierdoor de procedure zelf van de aanslag van ambtswege werd verward met de termijnen waarbinnen de aanslag van ambtswege mag worden vastgesteld;

Over het middel in zijn geheel:

Overwegende dat, wanneer, zoals te dezen, een aangifte in de belasting op de natuurlijke personen onvolledig of onregelmatig is, het bestuur de belasting ten kohiere mag brengen binnen de bij artikel 259, eerste lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalde termijn, zonder dat het een beroep hoeft te doen op de aanslag van ambtswege

die voor het bestuur slechts een mogelijkheid en geen verplichting is;

Dat het hof van beroep derhalve, door uitspraak te doen zoals het gedaan heeft en zoals het middel weergeeft, zijn beslissing naar recht verantwoordt;

Dat het middel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 29 JANUARI 1992

Voorzitter: de h. Stranard

Rapporteur: mevr. Jeanmart

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten: mrs. Draps en Simont

Verzekering – Motorrijtuigen – Excepties die de verzekeraar niet aan de benadeelde kan tegenwerpen

De uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende excepties die de verzekeraar ingevolge art. 11 van de wet van 1 juli 1956 niet kan tegenwerpen aan de benadeelde, zijn die welke de verzekeraar kan gronden op een bestaand contract om zich te bevrijden van zijn verplichtingen jegens de verzekerde, en niet die welke het bestaan zelf van het contract, zijn draagwijdte en de dekking van het risico betreffen.

N.V. F. t/ F. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 juni 1991 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Overwegende dat eiseres haar voorziening enkel heeft gericht tegen de beschikkingen die op haar betrekking hebben;

I. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissingen op de door de verweerders, burgerlijke partijen, tegen eiseres ingestelde burgerlijke rechtsvorderingen;

...

Overwegende dat uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende excepties, bedoeld in artikel 11 van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, die door de verzekeraar niet aan de benadeelde kunnen worden tegengeworpen, die zijn welke de verzekeraar kan gronden op een bestaand contract om zich te bevrijden van zijn verplichtingen jegens de verzekerde en niet die welke het bestaan zelf van het contract, zijn draagwijdte en de dekking van het risico betreffen;

Overwegende dat eiseres de vorderingen van de benadeelden betwistte met het argument dat de verzekering op de dag van het ongeval, namelijk 18 april 1989, niet de burgerrechtelijke aansprakelijkheid dekte waartoe de door de verzekerde bestuurde Mazda aanleiding kon geven, aangezien het in de verzekeringsovereenkomst omschreven voertuig een Ford was en dat voor de Mazda slechts een voorlopige dekking was verleend voor de periode van 1 februari 1989 tot 28 februari 1989;

Overwegende dat dit verweer betrekking had op de draagwijdte van de verzekeringsovereenkomst en de door de contracterende partijen achteraf gesloten overeenkomsten;

Overwegende dat het arrest, door te vermelden dat de verzekeraar «het bestaan van een verzekeringsovereenkomst niet betwist» en «dat krachtens artikel 11 van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering, (hij) zich niet op die omstandigheden kan beroepen ten aanzien van de burgerlijke partijen, doch enkel ten aanzien van zijn verzekerde», niet naar recht verantwoord is;

...

NOOT – De conclusie van advocaat-generaal Janssens de Bisthoven zal t.z.t. in de Pasicrisie worden gepubliceerd.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 5 FEBRUARI 1992

Voorzitter: de h. Stranard

Rapporteur: mevr. Jeanmart

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaten: mrs. Houtekier en De Bruyn

Verzekering – Motorrijtuigen – 1. Art. 38 modelpolis – Uitlegging – 2. Art. 34 modelpolis – Vervangingsvoertuig

1. De bewijskracht van art. 33 modelpolis wordt niet miskend door de rechter die op grond van de vaststelling dat door een ongeval niet meer met het voertuig kon worden gereden, dat de verzekeringnemer een nieuwe auto had gekocht en dat elk bedrog door het gelijktijdig gebruik van twee voertuigen uitgesloten was, de buitengebruikstelling van het eerste voertuig gelijktelt met overdracht ervan.

2. De bij art. 34 modelpolis aan de verzekeringnemer opgelegde verplichting om aan de verzekeraar mee te delen dat hij vóór het verstrijken van het vijfde jaar van de schorsing een ander voertuig in het verkeer brengt, verplicht de verzekeraar het nieuwe risico te dekken op de voorwaarden van het tarief dat van toepassing is op het ogenblik dat het voertuig in het verkeer wordt gebracht.

C.V. S. t/ J. e.a.

Gelet op het bestreden vonnis, op 29 april 1991 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Luik;

...

III. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing op de door de N.V. La M. tegen eiseres ingestelde rechtsvordering;

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1108, 1134, 1135, 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek, 6 en 11 van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen,

doordat het bestreden vonnis, op burgerlijk gebied, vaststelt en voor recht zegt dat de Fiat 127 ten tijde van het ongeval op 9 april 1988 rechtsgeldig verzekerd was bij eiseres, het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds buiten het geding stelt, de beklaagde Jean-Paul J. en eiseres gezamenlijk veroordeelt om een provisionele vergoeding te betalen aan de verweerders, burgerlijke partijen, namelijk het bedrag van 1 frank aan Roger P., het bedrag van 42.068 frank aan

de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten, het bedrag van 12.188 frank aan Serge G., het bedrag van 7.100 frank aan Mathieu M., en de beklagde Jean-Paul J. samen met eiseres veroordeelt om aan de naamloze vennootschap La M. het bedrag van 260.250 frank te betalen, op grond dat eiseres «weigert de schade te vergoeden en zich daartoe beroept op artikel 35 van de algemene voorwaarden van de modelpolis volgens hetwelk het risico ophoudt te bestaan bij onbruikbaarheid van het voertuig; dat eraan moet worden herinnerd dat P. rechtsgeldig bij (eiseres) verzekerd was voor een VW Polo; dat dit voertuig ten gevolge van een ongeval onbruikbaar is geworden en dat P., om het te vervangen, op 1 april 1988 een Fiat 127 heeft gekocht; dat P. binnen de wettelijke termijn de heer D., agent (van eiseres), op de hoogte heeft gebracht van de verandering van voertuig; dat laatstgenoemde weigerde P. een voorlopige dekking te verlenen, niet omdat het risico opgehouden had te bestaan (artikel 35 van de algemene voorwaarden van de modelpolis), maar omdat P. hem het B.T.W.-formulier en de kaart van de technische controle niet kon voorleggen; dat de artikelen 33 en 34 van de algemene voorwaarden van de modelpolis betrekking hebben op het geval van overdracht van het voertuig, met andere woorden op het geval dat de eigendom onder bezwarende titel of om niet overgaat, met het oog op de vrijwaring van de benadeelde derden, maar dat het Hof van Cassatie van oordeel was dat de artikelen 33 en 34 van het modelcontract ook van toepassing zijn op identieke gevallen, zoals de al dan niet definitieve buitengebruikstelling, of op de total loss van het omschreven voertuig; dat de verzekerde voldaan heeft aan de bij de artikelen 33 en 34 bepaalde voorwaarden door zijn verzekeraar vóór het ongeval op de hoogte te brengen van de vervanging van de VW Polo door een Fiat 127; dat de buitengebruikstelling van het voertuig VW Polo wegens onbruikbaarheid een overdracht is in de zin van artikel 33; dat eiseres op grond van de artikelen 33 en 34 van de algemene voorwaarden van de modelpolis verplicht was dekking te verlenen voor de Fiat 127; dat de eerste rechter de toedracht van de zaak degelijk en op oordeelkundige gronden die de rechtbank overneemt, heeft beoordeeld en een juiste toepassing heeft gemaakt van de wet»,

terwijl, (...)

tweede onderdeel, het bestreden vonnis, nu het beslist dat de artikelen 33 en 34 van de algemene voorwaarden van de modelpolis, die betrekking hebben op de overdracht van het voertuig, met andere woorden op het geval waarin de eigendom onder bezwarende titel of om niet overgaat, met het oog op de vrijwaring van de benadeelde derden, ook van toepassing zijn op identieke gevallen, zoals de al dan niet definitieve buitengebruikstelling, of de total loss van het voertuig, de bewijskracht van de bedingen 33 en 34 van de modelpolis schendt; die bedingen immers betrekking hebben op het geval van volledige en definitieve overgang van de eigendom van het voertuig en het bestreden vonnis, door te beslissen dat een buitengebruikstelling, ongeacht of ze definitief is of niet, dus tijdelijk is, eveneens onder toepassing valt van die twee bedingen, aldus de bewijskracht van de twee litigieuze bedingen schendt (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek);

vierde onderdeel, (schending van art. 97 Gw.);

vijfde onderdeel, het bestreden vonnis, nu het beslist dat de verzekerde heeft voldaan aan de bij de artikelen 33 en 34 bepaalde voorwaarden door zijn verzekeraar vóór het ongeval op de hoogte te brengen van de vervanging van de VW Polo door een Fiat 127, bewijskracht schendt van die bedingen naar luid waarvan de verzekeringsovereenkomst betreffende een niet onmiddellijk vervangen voertuig wordt geschorst en slechts op de voorwaarden van het tarief dat op dat ogenblik van toepassing is, opnieuw van kracht wordt en volgens welke in het geval dat het contract opnieuw in werking wordt gesteld een premiegedeelte ten bate van de verzekeringnemer in rekening wordt gebracht; het contract pas opnieuw in werking treedt, wanneer eiseres haar toestemming geeft, hetgeen ze niet gedaan heeft (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek); die beslissing tevens de verbindende kracht van die overeenkomst schendt; die bedingen immers bepalen dat, in het geval dat het verzekerde voertuig niet onmiddellijk wordt vervangen, de verzekering geschorst wordt en het contract opnieuw in werking wordt gesteld aan de voorwaarden van het tarief dat op het ogenblik van toepassing is; eiseres geweigerd heeft het contract opnieuw in werking te stellen (schending van de artikelen 1108, 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek); het feit dat het contract aldus geschorst is gebleven aan de benadeelden kan worden tegengeworpen (schending van de artikelen 6 en 11 van de wet van 1 juli 1956); ...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de appelrechters, na op grond van een eigen motivering te hebben vastgesteld dat het voertuig ten gevolge van een ongeval «onbruikbaar» was geworden en dat de verzekeringnemer, om het te vervangen, op 1 april 1988 een Fiat 127 had gekocht en na, verwijzend naar de motivering van de eerste rechter, te hebben vastgesteld dat de agent van eiseres wel degelijk wist dat met de Polo niet meer kon gereden worden, hetgeen elk bedrog door het gelijktijdig gebruik van twee voertuigen uitsloot, zonder de bewijskracht van de bedingen 33 en 34 van de modelpolis te schenden een dergelijk onbetwistbaar en niet dubbelzinnig geval van buitengebruikstelling hebben kunnen gelijkstellen met de overdracht van het voertuig;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

Wat het vierde en vijfde onderdeel betreft:

Overwegende dat het vierde onderdeel neerkomt op een kritiek op de wettigheid van de beslissing en dus geen verband houdt met de regelmatigheid van de motivering van het bestreden vonnis; dat het onderdeel, in zoverre het een schending van artikel 97 van de Grondwet aanvoert, faalt naar recht;

Overwegende voor het overige dat de bij artikel 34 van de verzekeringspolis aan de verzekeringnemer opgelegde verplichting om aan de verzekeraar mee te delen dat hij vóór het verstrijken van het vijfde jaar van de schorsing een ander voertuig in het verkeer brengt, voor de verzekeraar de verplichting meebrengt het nieuwe risico te dekken op de voorwaarden van het tarief dat van toepassing is op het ogenblik dat het voertuig in het verkeer wordt gebracht;

Dat de appelrechters, na te hebben vastgesteld dat de verzekerde voldaan had aan de bij de artikelen 33 en 34 van

de modelpolis bepaalde voorwaarden, zonder aan die bepalingen een met de bewoordingen ervan onverenigbare uitlegging te geven en zonder de verbindende kracht van de overeenkomst of de gevolgen ervan ten aanzien van derden te schenden wettig hebben beslist dat eiseres op grond van die bepalingen verplicht was dekking te verlenen voor de Fiat 127;

Dat, in zoverre, de twee onderdelen niet kunnen worden aangenomen;

...

NOOT – Zie Cass., 3 mei 1988, *R.W.*, 1988-89, 538, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 538; Cass., 31 januari 1977, *J.T.*, 1977, 502.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 25 FEBRUARI 1992

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. Holsters

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaat: mr. Crabeels

Uitlevering – Bevel tot aanhouding – Vorm

Inzake uitlevering is niet vereist dat het buitenlands bevel tot aanhouding zelf plaats en datum van de feiten vermeldt. Het moet duidelijk de feiten omschrijven zodat de onderzoeksgerechten kunnen nagaan of ze volgens de Belgische wetten een misdrijf uitmaken en grond voor uitlevering kunnen opleveren en of, mede gelet op de andere stukken van de procedure, de verjaring van de strafvordering niet bereikt is volgens de Belgische wetten.

B.

Gelet op het bestreden arrest, op 10 januari 1992 gewezen door het Hof van Beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling;

Gelet op de namens eiser ingediende memorie, waarvan een door de griffier van het Hof voor eensluidend verklaarde kopie aan dit arrest is gehecht en daarvan deel uitmaakt;

Overwegende dat het volharden in voor de kamer van inbeschuldigingstelling aangevoerde middelen geen cassatiemiddel oplevert;

Overwegende dat artikel 6 E.V.R.M. geen betrekking heeft op de uitoefening van het recht van verdediging voor de onderzoeksgerechten wanneer deze, zoals te dezen, uitspraak doen over de uitvoerbaarverklaring van een door een buitenlandse rechterlijke overheid verleend aanhoudingsbevel;

Overwegende dat het stuk «exposé des faits» een bijlage is en deel uitmaakt van het door de eerste onderzoeksrechter J. Zamponi te Parijs verleende bevel tot aanhouding waarop de vraag om uitlevering van eiser is gebaseerd;

Dat niet blijkt dat eiser op enigerlei wijze in zijn verdediging tegen dit bevel en de daarbij horende stukken werd gehinderd;

Overwegende dat niet vereist is dat het buitenlands bevel tot aanhouding zelf plaats en datum der feiten vermeldt; dat

het duidelijk de feiten moet omschrijven zodat de onderzoeksgerechten kunnen nagaan of deze volgens de Belgische wetten een misdrijf uitmaken en grond voor uitlevering kunnen opleveren en of, mede gelet op de andere stukken van de procedure, de verjaring van de strafvordering niet bereikt is volgens de Belgische wetten;

Dat de appelrechters door hun motivering hun beslissing regelmatig met redenen omkleeden en naar recht verantwoordt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

NOOT – *Het buitenlands bevel tot aanhouding*

1. Het bevel tot aanhouding bevat, naar Belgisch recht, de opgave van het feit waarvoor het wordt verleend, vermeldt de wetsbepaling die bepaalt of het feit een misdaad of een wanbedrijf is, en stelt het bestaan van ernstige aanwijzingen van schuld vast.

Ook de feitelijke omstandigheden van de zaak en die welke eigen zijn aan de persoonlijkheid van de verdachte, die de voorlopige hechtenis wettigen, worden door de rechter vermeld evenals het voorafgaand verhoor van de betrokkene.

2. De vermelding van datum en plaats van het ten laste gelegde feit wordt door geen wettelijke bepaling voorgeschreven (Cass., 2 april 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1061; Cass., 21 mei 1985, *R.W.*, 1985-86, 1735, met noot van A. Vandeplass; A. De Nauw en M. Vandebotermert, «Het bevel tot aanhouding», in *Voorlopige hechtenis. De wet van 20 juli 1990*, p. 118).

Waarom zouden we van de buitenlandse onderzoeksrechter eisen dat hij de datum en de plaats van het ten laste gelegde feit in zijn bevel tot aanhouding zou vermelden, terwijl de Belgische wet zulks niet voorschrijft aan de nationale rechter?

3. Te dezen was bij het bevel tot aanhouding een uiteenzetting van de feiten gevoegd dat deel uitmaakte van de procedurestukken. Hieruit heeft het onderzoeksgerecht de nodige gegevens kunnen putten om na te gaan of de uitlevering kan worden toegestaan.

A. Vandeplass

RAAD VAN STATE

10e KAMER – 20 JANUARI 1992

Voorzitter: de h. Baeteman

Staatsraden: mevr. Vrints en de h. Beirlaen

Auditeur: de h. Van Noten (eensluidend advies)

Advocaat: mr. Zanardi

Raad van State – Verzoek tot schorsing – Motivering

Een verzoek tot schorsing dat geen uiteenzetting van de middelen en de feiten bevat en enkel verwijst naar de middelen vervat in het verzoekschrift tot vernietiging, is niet ontvankelijk.

R. t/ Vlaamse Gemeenschap

Overwegende dat, naar luid van artikel 17, § 3, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, de akte waarbij de vordering tot schorsing wordt ingesteld een uiteenzetting van de middelen en de feiten bevat die het bevelen van de schorsing rechtvaardigen; dat in casu de akte waarin de schorsing gevorderd wordt geen uiteenzetting van de middelen bevat, maar alleen verwijst naar de middelen vervat in het verzoekschrift tot vernietiging; dat evenwel naar luid van artikel 17, § 3, eerste lid, van voornoemde wetten de vordering tot schorsing wordt ingesteld bij een afzonderlijke akte die geen deel uitmaakt van het verzoekschrift tot nietigverklaring; dat de vordering tot schorsing derhalve niet regelmatig is ingesteld en bijgevolg niet ontvankelijk is;

...

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

K.I. — 6 DECEMBER 1991

Voorzitter: de h. Cerckel

Raadsheren: de hh. Mahieu en Goldberg

Openbaar ministerie: de h. De Brauwere

Advocaat: mr. Van den Nest

Voorlopige hechtenis — Arrestatie — Termijn — Administratieve aanhouding

De termijn van 24 uren bepaald in de artt. 1 en 2 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis neemt een aanvang op het ogenblik van de gerechtelijke vrijheidsbeneming, afgezien van de omstandigheid dat de verdachte op dat tijdstip reeds administratief van zijn vrijheid was beroofd.

B.

Ten aanzien van de regelmatigheid van het aanhoudingsbevel

Overwegende dat duidelijk en met nauwkeurige opgave van de omstandigheden uit het onderzoeksdossier blijkt dat de verdachte gerechtelijk zijn vrijheid werd benomen op 20 november 1991 om 19u30, ten vroegste, verdacht van de feiten die tussen 18 uur en 19.30 uur plaatshadden en op heeterdaad vastgesteld werden.

dat hij weliswaar voordien, diezelfde dag, het voorwerp was geweest van een «administratieve» maatregel in het kader van de ordehandhaving, genomen blijkbaar ettelijke uren voordien;

dat noch de onderzoeksrechter, noch de onderzoeksge-rechten te oordelen hebben over de opportuniteit van die maatregel;

dat niets het mogelijk maakt te beweren dat die «administratieve» vrijheidsberoving wettelijk niet toegelaten was en niet reglementair uitgevoerd werd;

dat daarentegen blijkt dat die vrijheidsberoving onafhankelijk staat van het gerechtelijk optreden van de rijkswacht in verband met de strafrechtelijke feiten ter kennis gebracht van de bevoegde gerechtelijke overheden, zelfs indien dit

optreden en de feiten gebeurden gedurende de periode van de «administratieve» vrijheidsberoving;

Overwegende dat het optreden van de agent van de openbare macht gebeurde overeenkomstig de voorschriften van artikel 1 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis;

dat te dezen uit de voorpagina van het initiaal proces-verbaal blijkt dat de procureur des Konings op 21 november 1991, te 1 uur, verwittigd werd zoals door de wet voorgeschreven is, terwijl ook zijn bevelen nageleefd werden;

dat, na verhoor door de onderzoeksrechter, het bevel tot aanhouding aan de verdachte betekend werd en dit binnen de termijn van 24 uren van zijn vrijheidsberoving zoals zij op juridisch strafrechtelijk gebied gebeurde;

Overwegende dat volledig ten onrechte de bestreden beschikking stelt dat «de administratieve vrijheidsberoving wordt omgezet in een gerechtelijke», om dan verder te stellen dat «de termijn van vrijheidsberoving van 24 uren begon te lopen vanaf het uur van de administratieve vrijheidsberoving», aangezien inderdaad beide omstandigheden onafhankelijk van elkaar staan;

dat dit ook geldt zelfs indien de twee periodes een continuïteit in de tijd hebben gekend;

Overwegende, trouwens, dat de termijn van 24 uren bedoeld door de wet betreffende de voorlopige hechtenis pas ingaat op het ogenblik dat de verdachte ten gevolge van het optreden van de agent van de openbare macht niet meer beschikt over de vrijheid van komen en gaan;

dat, zoals gezegd, het optreden op 20 november 1991 van de rijkswacht plaats gevonden heeft te 19.30 uur en alleen gebeurde ter beteugeling van de strafrechtelijke feiten die pas plaatsgevonden hadden en die alleen het voorwerp uitmaken van het bevel tot aanhouding met uitsluiting van andere of vroegere feiten;

dat er dan ook te dezen geen cumulatie van de twee periodes van vrijheidsberoving bestaat, hoewel de tweede op de andere volgt;

Overwegende dat het niet redelijk is te veronderstellen dat de wetgever, bij het opstellen van hoofdstuk I van de wet betreffende de voorlopige hechtenis van 20 juli 1990, gewenst heeft elk optreden van een gerechtelijke overheid en als gevolg hiervan het verlenen van een bevel tot aanhouding, te verbieden in dergelijke omstandigheden;

dat hier moet worden gedacht aan strafrechtelijke feiten die gepleegd zouden worden door een persoon gedurende de laatste ogenblikken van een «administratieve» vrijheidsberoving en waar de verplichting zou worden opgelegd de termijn van 24 uren vóór het verlenen van een bevel tot aanhouding te berekenen vanaf het ogenblik van het begin van de toen bestaande «administratieve» vrijheidsberoving en niet vanaf het ogenblik van het optreden van de overheid handelende met het oog op de toepassing van de strafwet ten aanzien van de gepleegde feiten;

dat de wetgever trouwens in de parlementaire werkzaamheden geen andere of tegenstrijdige opinie heeft geuit waaruit zou kunnen worden vermoed dat hij in die omstandigheden elke gerechtelijke aanhouding heeft willen verbieden;

Overwegende dat het bestreden bevelschrift ook ten onrechte zegt dat «het parket de zaak maar aanhangig maakte bij de onderzoeksrechter omstreeks 17 uur (op 21 november

1991) dus laattijdig», terwijl geen enkel gegeven uit het dossier toestaat zulks te beweren;

Overwegende derhalve dat het aanhoudingsmandaat regelmatig is overeenkomstig de bepalingen van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis;

dat er evenmin sprake kan zijn van een schending van artikel 7 van de Grondwet of van het recht van verdediging van de verdachte;

...

NOOT – *De gerechtelijke en de administratieve vrijheidsbeneming*

A. De vrijheidsbeneming

1. Er is vrijheidsbeneming op het ogenblik waarop iemand onder dwang wordt belemmerd zich vrij te verplaatsen (De Nauw, A., «Recente tendensen in het onderzoek in strafzaken», *Panopticon*, 1988, 354). Zij werd ook omschreven als een hindernis die aan de betrokkene de persoonlijke vrijheid ontnemt om te gaan en te komen (K.I. Antwerpen, 22 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 2656, met noot Vandeplass, A.).

2. De wetgever omschrijft de vrijheidsbeneming als de tussenkomst van de overheid waardoor iemand niet meer beschikt over de vrijheid van komen en gaan (zie de voorbereidende teksten inzake de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, *Parl.St.*, *Senaat*, 658/2, 9; *Parl.St.*, *Kamer*, 1989-90, 1255/2, 6).

3. In het kader van het E.V.R.M. wordt een meer genuanceerde definitie gegeven: de vrijheidsbeneming is een maatregel van de overheid waardoor een persoon tegen zijn wil wordt opgehouden in een bepaalde plaats en voor een bepaalde tijd.

De alternatieve maatregelen, hoe streng ook, worden beschouwd als een vrijheidsbeperking, niet als een vrijheidsbeneming (zie daarover Kohl, A., «Implications de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme en procédure pénale», *J.T.*, 1989, 487 e.v.).

4. Is iemand die onder toezicht staat van een agent van de openbare macht, zijn vrijheid ontnomen? Klaarblijkelijk niet. Slechts wanneer hij zich aan dat toezicht onttrekt of poogt te onttrekken, kan hij van zijn vrijheid worden beroofd door het nemen van bewarende maatregelen (art. 2, Wet Voorlopige Hechtenis). De vrijheidsbeneming gaat in vanaf dat moment (*Parl.St.*, *Senaat*, 658/2, 34; Spriet, B., «De aanhouding en het bevel tot medebrenging», in *De voorlopige hechtenis*, Acco, Leuven, 1991, 35; zie eveneens de plaatsing onder politietoezicht vermeld in de Wegverkeerswet van 16 maart 1968, artikel 59).

B. De gerechtelijke vrijheidsbeneming

5. Een persoon tegen wie (1) ernstige aanwijzingen van schuld (2) aan een misdaad of een wanbedrijf bestaan, kan (3) voor een termijn die niet langer duurt dan 24 uren, van zijn vrijheid worden beroofd (4) met het oog op zijn terbeschikkingstelling van het gerecht.

6. De toepasselijke wetsbepalingen zijn artikel 7 van de Grondwet, artikel 5 E.V.R.M. en de artikelen 1 en 2 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis (hierna: Wet VH).

7. Voor meer uitgebreide toelichtingen i.v.m. de nieuwe wet betreffende de voorlopige hechtenis, raadplege men Dejemeppe, B., «La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive», *J.T.*, 1990, 581 en 601; Mennes, I., «De wet van

20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis», *R.W.*, 1990-91, 376 en 416; Van den Wyngaert, C., «De nieuwe wet op de voorlopige hechtenis kritisch doorgelicht», *C.B.R. - Antwerpen*, 18 januari 1991, en *Panopticon*, 1991, 309; Mennes, I., «De voorlopige hechtenis», *C.B.R. - Antwerpen*, 18 januari 1991; Declercq, R. en Verstraeten, R. (red.), *Voorlopige hechtenis*, Acco, Leuven 1991; Bosly, H.-D. en Vandermeersch, D., «La nouvelle loi belge sur la détention préventive (20 juillet 1990)», *R.D.P.*, 1991, 262; Du Jardin, J., «La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive. Bilan de quelques mois d'application», *J.T.*, 1991, 825; Wijnants, A., «Enkele aspecten van de nieuwe wet op de voorlopige hechtenis – Invloed op het opsporings- en gerechtelijk onderzoek», *Liber Amicorum prof. em. E. Krings*, 421.

8. De artikelen 1 en 2 van de wet van 20 juli 1990 handelen over «de aanhouding». Ten einde verwarring met de andere vormen van aanhouding (bv. door de onderzoeksrechter, het bevel tot medebrenging of het vattingsbevel) te vermijden, wordt voor de gerechtelijke vrijheidsbeneming de term *arrestatie* gebruikt (naar luid van de richtlijnen van de parketten-generaal; Van den Wyngaert, C., o.c., 3; Spriet, B., o.c., 18).

9. De arrestatie is slechts mogelijk op voorwaarde dat er *ernstige aanwijzingen van schuld* zijn (Wet VH; art. 5 E.V.R.M.; Cass., 21 oktober 1901, *Pas.*, 1901, I, 15; Cass., 22 januari 1934, *Pas.*, 1934, I, 142; Cass., 14 januari 1987, *Arr.Cass.*, 1986-87, 610; Cass., 17 juni 1983, nr. 3750).

De ontstentenis ervan maakt de arrestatie wederrechtelijk en mogelijk willekeurig, waardoor de arresterende zelf een veroordeling op grond van artikel 147 Sw. rikeert (Gent, 16 april 1881, *Pas.*, 1881, II, 389; Bergen, 8 februari 1991, *R.D.P.*, 1991, 984, met noot C. De Valkeneer; Spriet, B. en D'Haese, C., «Het misdrijf van wederrechtelijke en willekeurige vrijheidsberoving», *R.W.*, 1991-92, 188 e.v.).

De ernstige aanwijzingen van schuld moeten van meet af aan bestaan. Het lijkt ons riskant om een soort gradatie te maken in de schuldaanwijzingen bij de arrestatie en later bij de aanhouding door de onderzoeksrechter (Bosly, H.-D. en Vandermeersch, D., o.c., 169). De onderzoeksrechters stellen inderdaad minder gearresteerden daadwerkelijk onder bevel tot aanhouding, maar dit vindt zijn reden in tal van andere elementen (De Nauw, A., «Een onderzoek naar de toepassing van de voorlopige hechtenis», *Panopticon*, 1990, 206 e.v.).

10. Niettegenstaande de klassieke leer het tegendeel voorstond (bv. Declercq, R., *Strafvordering*, 228; D'Haenens, J., *Belgisch strafprocesrecht*, 310; Schuind, G. en Vandeplass, A., *Traité...*, III, 317), niettegenstaande artikel 2 spreekt van een terbeschikkingstelling van de rechter (de Franse tekst vermeldt: *à la disposition de la justice*) en ondanks de toch wel duidelijke stellingname van de wetgever in de voorbereidende teksten (Mennes, I., «De voorlopige hechtenis», o.c., 10, met verwijzingen in voetnoot 23), wordt nu algemeen aanvaard dat arrestatie mogelijk is voor *alle* misdaden en wanbedrijven aangezien de wet voor de arrestatie, evenmin als voor het bevel tot medebrenging, een strafdrempel heeft ingevoerd (in tegenstelling tot het aanhoudingsbevel (art. 16 Wet VH)).

11. De *duur* van de arrestatie mag 24 uren niet overschrijden (art. 7 Gw.; artt. 1 en 2 Wet VH). In vergelijking met de ons omringende landen is die termijn zeer kort (Screvens,

R., «Détention préventive, règles légales, application, alternatives», *R.D.P.*, 1990, 105).

Is de termijn van 24 uren verstreken, dan moet de verdachte in vrijheid worden gesteld (artt. 1, 2 en 18 Wet VH).

Die termijn, voorgeschreven op straffe van verval, kan klaarblijkelijk zelfs op verzoek van de verdachte niet worden verlengd (cf. art. 32 Wet VH). Kan de termijn geschorst worden, bv. door overmacht (ziekte of ongeval na arrestatie) of door ontvluchting na arrestatie en een nieuwe vassing kort voor het verstrijken van de termijn (zie K.I. Antwerpen, 2 maart 1982, in zake Panhuysen, onuitg., waarbij de schorsing van de voorlopige hechtenis werd aanvaard)?

12. Het tijdstip van arrestatie is een feitelijkheid. Zij valt onder de beoordeling van de onderzoeksrechter en van de onderzoeksgerechten, alsmede van het Hof van Cassatie (Cass., 18 november 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 305; Cass., 22 juli 1988, *R.D.P.*, 1988, 1084; K.I. Antwerpen, 5 februari 1991, in zake Guldentops, onuitg.; K.I. Antwerpen, 10 december 1991, in zake Van Rossem, onuitg.).

13. Bij betrapting op heterdaad is het tijdstip van de arrestatie zelden een probleem. De arrestatie buiten het geval van betrapting op heterdaad geschiedt in de regel op het ogenblik dat de magistraat de beslissing tot vrijheidsbeneming neemt. Zijn er evenwel bewarende maatregelen noodzakelijk geweest, dan start de arrestatie op het moment waarop die maatregelen werden genomen. Aldus werd niet aangenomen dat, wanneer een persoon de politie vrijwillig vergezelt of wanneer iemand eenvoudig wordt verhoord, hij ook meteen is beroofd van zijn vrijheid (*Parl.St.*, *Senaat*, 658/2, 31; *Parl.St.*, *Kamer*, 1255/2, 32).

14. De berekening van de termijn van 24 uren geschiedt, in tegenstelling tot andere tijdseenheden zoals bv. de verdere handhaving voor een maand (K.I. Antwerpen, 3 mei 1991, in zake Labeye, onuitg.; Vandeplas, A., «De handhaving van de voorlopige hechtenis», noot onder Cass., 11 juni 1985, *R.W.*, 1985-86, 1929) van uur tot uur, zelfs van minuut tot minuut (K.I. Antwerpen, 22 maart 1991, in zake Roets, onuitg.; Boutmans, E., *Voorlopige hechtenis*, Kluwer, 1985, 14).

15. De arrestatiebevoegdheid (magistraat of politie) wordt strikt afgebakend door de wet.

16. De arrestatieduur neemt een *einde* bij de betekening van het bevel tot aanhouding. De wijze van betekening is, in tegenstelling tot voorheen (Mast, A., *Wetboek publiek recht*, Story, rechtspraak onder art. 7 Gw.; rechtspraak en -leer geciteerd in Mennes, I., «De wet van 20 juli...», *o.c.*, 385, voetnoot 78) streng bepaald in artikel 18 Wet VH (Cass., 26 juni 1991, *R.W.*, 1991-92, 538, met noot Vandeplas, A.).

De verdachte moet in vrijheid gesteld worden zodra de arrestatie, of de daaropvolgende voorlopige hechtenis, niet meer redelijk te verantwoorden is (art. 2, 5°, Wet VH; art. 5, lid 3, E.V.R.M.; Cass., 12 juni 1985, *J.T.*, 1985, 645).

17. De arrestatiemaatregelen dienen nauwkeurig en omstandig opgenomen te worden in een proces-verbaal (art. 1, 6°, en art. 2, 4°, Wet VH; zie tevens art. 16, § 7, Wet VH). Effectieve controle, ook door de verdediging, is derhalve mogelijk (*Parl.St.*, *Senaat*, 658/2, 10). Wanneer het strafdosier niet aantoonde dat het bevel tot aanhouding binnen 24 uren is betekend, moet de verdachte in vrijheid gesteld worden (Cass., 26 juni 1991, *R.D.P.*, 1992, 110).

18. De zeer strenge bepalingen en in de praktijk soms moeilijk te hanteren voorschriften m.b.t. de arrestatie zijn door de wet niet op straffe van nietigheid voorgeschreven. Uit de enkele omstandigheid dat de politie artikel 2 (arrestatiebevoegdheid, voorwaarden met betrekking tot het nemen van bewarende maatregelen) verkeerd heeft toegepast, volgt niet dat het daarna overeenkomstig de wettelijke voorschriften uitgereikte bevel tot aanhouding nietig is (Cass., 12 november 1991, nr. 6042; Cass., 28 januari 1992, nrs. 6301 en 6303; K.I. Antwerpen, 29 maart 1991, in zake Chriqui; K.I. Antwerpen, 19 september 1991, in zake Errahil; K.I. Antwerpen, 31 oktober 1991, in zake Schepens; K.I. Antwerpen, 17 januari 1992, in zake De Oliveira en idem inzake Latorraca; *contra*: Dejemppe, B., *o.c.*, 585; Spriet, B., *o.c.*, 38 en 39). Het criterium van de krenking van het recht van verdediging blijft verder centraal staan.

C. De administratieve vrijheidsbeneming

19. De administratieve vrijheidsbeneming is die waardoor een persoon kortstondig van zijn vrijheid wordt beroofd, in de door de wet bepaalde gevallen en uitgevoerd door de overheid, met als doel, niet de terbeschikkingstelling van het gerecht, maar het doen ophouden van een toestand van ordedoring.

20. De administratieve vrijheidsbeneming is verspreid over tal van wetten, onder meer: openbare ordehandhaving (gemeentewet, wet rijkswacht); verkeer (idem); identiteitscontrole – verdachte personen (idem); openbare dronkenschap (besluitwet 14 november 1939); vreemdelingen (15 oktober 1980); landlopers (17 november 1891) en geestesgestoorden (26 mei 1990).

21. Het wetsontwerp op het politieambt, ingediend in de Kamer van Volksvertegenwoordigers op 4 juni 1991, brengt in dezen een zekere eenheid (*Parl.St.*, *Kamer*, 1990-91, 1637/1, en 1637/12).

22. Rechtspraak en rechtsleer erkennen de rechtsgeldigheid van de administratieve vrijheidsbenemingen (*Les nouvelles*, T.II, 68 + gecit. rechtspraak; Laffineur, G., *Police communale, gendarmerie, police judiciaire des parquets*, Uga, 1979, 82, + gecit. rechtspraak; De Wolf, V., *L'arrestation administrative*, Swinnen, 1986, 2 e.v.; Luik, 10 oktober 1978, *J.L.*, 1978-79, 169; *contra*: Boutmans, E., *o.c.*, 15).

23. De wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis is niet van toepassing (*Parl.St.*, *Senaat*, 658/2, 10).

24. Algemeen wordt aangenomen dat de administratieve vrijheidsbeneming niet valt onder toepassing van artikel 7 Gw. (*Parl.Vragen en Antwoorden*, 23 december 1979, 32; *Les Nouvelles*, l.c.; Laffineur, G., *o.c.*, 106; Declercq, R., *o.c.*, 225; D'Haenens, J., *o.c.*, 309; Schuind, G. en Vandeplas, A., *o.c.*, 312F). Sommigen betwijfelen die stelling (Velu, J., «La régime de l'arrestation et de la détention préventive, à la lumière de l'évolution du droit international», *R.D.P.*, 1965-66, 707; Van de Meulebroecke, O., «Le contrôle juridictionnel de la détention préventive», *R.D.P.*, 1970-71, 142). Anderen zijn van oordeel dat artikel 7 Gw. daadwerkelijk van toepassing is (De Wolf, V., l.c.; Boutmans, E., l.c.; Van den Wyngaert, C., *Strafrecht en strafprocesrecht*, Maklu, 1991, 685).

25. Artikel 5 E.V.R.M. somt limitatief een aantal mogelijkheden van vrijheidsbeneming op, gelijklopend met de reeds geciteerde Belgische wetten. Alleen voor de in artikel 5, lid 1, c, gestelde gevallen geldt als voorwaarde dat de betrokkene onmiddellijk voor de rechter geleid moet worden,

dus ook i.v.m. de vrijheidsbeneming ter preventie van het plegen van een strafbaar feit.

Desaangaande wordt de vraag gesteld of die naar Belgisch recht administratieve maatregel in overeenstemming is met het E.V.R.M. (Velu, J., *l.c.*).

26. Ofschoon zulks niet in alle wetten is opgenomen, wordt algemeen aanvaard dat de *duur* van de vrijheidsbeneming maximaal 24 uren kan belopen (Velleman, L., «De administratieve en de gerechtelijke politie, hun raakpunten en prioriteiten», *R.W.*, 1987-88, 382; Laffineur, G., *o.c.*, 104). In vele wetteksten is inmiddels deze termijn als een maximum ingeschreven (bv. de nieuwe gemeentewet). Bovendien wordt veelal bepaald dat de duur van de vrijheidsbeneming beperkt moet blijven tot het strikte minimum (bv. inzake identiteitscontrole, openbare ordehandhaving; Janssens, E., «Police et droits de l'homme», *R.D.P.*, 1979, 527).

27. Die maximumduur wordt in het ontwerp op het politieambt (cf. supra, nr. 21) beperkt tot twaalf uur voor de «bestuurlijke aanhoudingen» inzake verkeer, verstoring van de openbare rust of de openbare veiligheid, de misdaadpreventie en de identiteitscontrole (artt. 31 en 34).

28. Valt de administratieve vrijheidsbeneming onder de controle van het gerecht? Deze vraag wordt meestal negatief beantwoord wegens de scheiding van de machten (Laffineur, G., *o.c.*, 106; Luybaers, J., «De persoonlijke vrijheid», in *Handboek politiediensten*, II C2/1, 15).

Het ontwerp op het politieambt bevestigt die opvatting.

29. In overeenstemming met de voorschriften van artikel 5, lid 4, E.V.R.M., bepalen verschillende wetten (de mogelijkheid van) een voorziening bij de rechter op korte termijn: dit is o.m. het geval m.b.t. de landlopers, de vreemdelingen, de geesteszieken.

30. Alle onregelmatige vrijheidsberovingen, ook de administratieve, kunnen gesanctioneerd worden als misdrijf van wederrechtelijke en willekeurige aanhouding (Denys, T., «Onrechtmatige en willekeurige vrijheidsberoving, strafsancties», blz. 7, in Vandeplas, A., e.a., *Strafrecht en strafvordering, commentaar*, Kluwer). Het misdrijf kan bestaan vanaf de vrijheidsbeneming, ongeacht de duur ervan. Het is een ogenblikkelijk misdrijf (K.I. Antwerpen, 22 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 2656, met noot Vandeplas, A.; Spriet, B., en D'Haese, C., *o.c.*, 189).

D. Samenloop administratieve en gerechtelijke vrijheidsbeneming

31. In het geannoteerde arrest van 6 december 1991 van het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbeschuldigingstelling, werd een verdachte (gerechtelijk) gearresteerd nadat hem voordien administratief zijn vrijheid was ontnomen. Het strafbaar feit (weerspanning in bende met wapen) werd gepleegd tijdens de duur van de administratieve vrijheidsbeneming.

In een soortgelijke situatie werd door de K.I. Antwerpen een arrest gewezen op 12 januari 1990 (nr. 40, onuitg.). Een persoon werd wegens openbare dronkenschap opgesloten, waarna in zijn wagen gestolen goederen werden aangetroffen.

32. Beide hoven van beroep beslisten dat voor de duur van de arrestatie alleen rekening gehouden moet worden met de gerechtelijke vrijheidsbeneming.

De samenloop van een administratieve en gerechtelijke vrijheidsbenoeming kan dus leiden tot een termijn die langer is dan 24 uren.

33. Rekening houdende met de overheersende mening dat de administratieve vrijheidsbeneming buiten de toepassing van artikel 7 Gw. valt, wordt deze samenloop door meerdere auteurs beaamd (D'Haenens, J., *o.c.*, 311; Luybaers, G., *o.c.*, 18; Janssens, E., *o.c.*, 527).

Andere auteurs aanvaarden uitsluitend de eerste feitelijke vrijheidsbeneming, zij die administratief (Boutmans, E., *l.c.*; Dejemeppe, B., *o.c.*, 585, voetnoot 46; Spriet, D., *o.c.*, 36; Du Jardin, J., *o.c.*, 829).

34. Een van de doelstellingen van het wetsontwerp op het politieambt is een einde te maken aan de controverse inzake de gerechtelijke arrestatie die volgt op een administratieve aanhouding (memorie van toelichting, *Parl.St.*, *Kamer*, 1990-91, 1637/1, 55).

Artikel 32 van dit wetsontwerp bepaalt dat in geval van samenloop van de gerechtelijke en de administratieve aanhouding, de vrijheidsbeneming niet meer dan 24 uren mag duren.

Het verslag van de kamercommissie (*Parl.St.*, *Kamer*, 1990-91, 1637/12, 105) geeft als voorbeeld: het aantreffen van drugs op een persoon die *voordien* administratief van zijn vrijheid was beroofd. Het ogenblik van de administratieve vrijheidsbeneming zou tevens de start zijn voor de (gerechtelijke) termijn van 24 uren.

Niettemin blijft verwarring bestaan. In hetzelfde verslag, enkele bladzijden verderop, staat te lezen: «Indien tijdens of na de identiteitscontrole een misdrijf wordt geconstateerd, kan de termijn *worden verlengd* op grond van de wet op de voorlopige hechtenis.» (*ibidem*, blz. 109).

35. Wat betekent in feite de *samenloop* van een administratieve en een gerechtelijke aanhouding? De voorwaarden voor zowel de ene als de andere vrijheidsbeneming kunnen immers terzelfder tijd vervuld zijn (bv. openbare dronkenschap, zware slagen), maar kunnen ook elkaar opvolgen in de tijd (bv. het plegen van een misdrijf tijdens een administratieve vrijheidsbeneming).

36. Een verfijning van die mogelijkheden werd, naar verluidt, door het parket van Antwerpen in een van zijn circulaires voorgesteld. Bij de samenloop vanaf de vating van een verdachte heeft de gerechtelijke vrijheidsbeneming voorrang, d.w.z. de (gerechtelijke) termijn van 24 uren loopt onmiddellijk (ook bv. tijdens de periode van ontnuchtering).

Wordt een misdrijf ontdekt of gepleegd tijdens de administratieve vrijheidsbeneming, dan kan er samenloop zijn. Vanaf de gerechtelijke vrijheidsbeneming loopt een nieuwe termijn van 24 uren.

37. Die oplossing geniet de voorkeur. Een te algemene stelling, zoals nu ook geformuleerd in artikel 32 van het wetsontwerp op het politieambt, houdt gevaren in zich. Terecht wijst het geannoteerde arrest op de mogelijkheid dat iemand tijdens de laatste ogenblikken van de termijn van (administratieve) vrijheidsbeneming bv. een misdaad pleegt.

Bovendien zou een zodanige inkorting van de gerechtelijke termijn van 24 uren ernstig werk onmogelijk maken, getuige op de huidige verplichtingen ter zake van de voorlopige hechtenis. Overhaast schaadt immers zowel het openbaar belang, als dat van verdachte.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 13 FEBRUARI 1992

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas
Raadsheren: de hh. Luyckx en Michiels
Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven
Advocaat: mr. Van der Mussele

Dwangsom – In strafzaken

De naleving van de strafwet, die reeds door specifieke sancties afdwingbaar is, kan niet worden verbonden aan een veroordeling tot een dwangsom.

S. t/ Van A.

Overwegende dat aan de beklaagde het misdrijf van kwaadwillige ruchtbaarmaking ten laste wordt gelegd en de beklaagde de feiten grif toegeeft;

Overwegende dat de beklaagde tussen 1 september 1983 en 14 maart 1987, zonder onderbreking van meer dan drie jaar, aan talloze personen behorende tot de vriendenkring of tot de werkkring van de benadeelde, brieven heeft toegestuurd waarin hij hun kennis gaf van het overspel van zijn vrouw; dat hij daar zelfs afschriften bij voegde van de processen-verbaal van vaststelling van het misdrijf en van het verhoor van de onderzoeksrechter;

Overwegende dat de beklaagde deze laakbare feiten toeschrijft aan de omstandigheid dat hij zich gegriefd heeft gevoeld door de gedragingen van zijn echtgenote; dat hij ook de mening toegedaan is dat de echtscheidingsprocedure ongewoon traag verloopt en dat er van de kant van de tegenpartij kwade trouw en rechtsmisbruik werd gepleegd;

Overwegende dat de gedragingen van de beklaagde ongetwijfeld te wijten zijn aan zijn emotionele toestand, aan problemen bij het verwerken van de echtelijke ontrouw van zijn echtgenote en aan de gegevens eigen aan zijn persoonlijkheid, maar dat hij zich niettemin aan eigenrichting en aan strafbare feiten heeft overgeleverd; dat deze feiten niet eenmalig zijn of in een eerste opwelling van gramschap werden gepleegd, maar jarenlang en systematisch werden voortgezet; dat de beklaagde door het versturen van die brieven zijn gewezen echtgenote schade heeft willen toebrengen en haar in haar eergevoelens heeft willen treffen;

Overwegende dat bij de straftoemeting rekening wordt gehouden met de bovenvermelde omstandigheden zodat slechts een geldstraf wordt uitgesproken aangepast aan de beroering die de brieven hebben aangericht;

Overwegende dat de burgerlijke partij een reële schade heeft geleden door deze systematische campagne die niet kan worden vergoed door een symbolische vergoeding; dat een vergoeding van 100.000 fr. billijk en gerechtvaardigd voorkomt;

Overwegende dat de burgerlijke partij bij conclusie vordert dat de beklaagde verbod wordt opgelegd alsnog eerrovende brieven te versturen en dat door middel van een gepaste dwangsom dit verbod kracht wordt bijgezet;

Overwegende enerzijds dat er helemaal geen verbod vereist is om een rechtsonderhorige tot het besef te brengen dat hij onder de toepassing van de strafwet valt als hij strafbare feiten pleegt; dat anderzijds de naleving van de strafwet, die

reeds door specifieke sancties afdwingbaar is, niet kan worden verbonden aan een veroordeling tot een dwangsom;

...

NOOT – Zie ook Pol. Antwerpen, 30 november 1988, R.W., 1989-90, 963, en de noot.

ARBEIDSHOF TE GENT

2e KAMER – 13 JANUARI 1992

Voorzitter: de h. Decraeye
Raadsheren in sociale zaken: de hh. De Cuyper en Huylebroeck
Openbaar ministerie: de h. Dhaeyer
Advocaat: mr. Van de Gehuchte

Arbeidsovereenkomst – Vervangingsovereenkomst – Voorwaarden – Schriftelijke vaststelling uiterlijk bij indiensttreding van werknemer – Begrip – Ondertekening door werknemer

De vervangingsovereenkomst krachtens welke een werknemer een ander vervangt overeenkomstig artikel 11ter Arbeidsovereenkomstenwet, is schriftelijk vastgesteld uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer in dienst treedt, wanneer het geschrift uiterlijk op dat tijdstip bestaat en de werknemer ervan kennis heeft. Niet vereist is dat de werknemer het geschrift uiterlijk bij zijn indiensttreding ondertekent.

V. t/ N.V. B.

Appellante betwist niet:

- dat zij vooraleer zij in dienst van geïntimeerde trad, werd aangeworven ter vervanging van een andere bediende, nl. M., wier arbeidsovereenkomst werd geschorst wegens ziekte en bevallingsrust,

- dat geïntimeerde de overeenkomst schriftelijk op 24 maart 1988, daags vóór haar indiensttreding heeft opgesteld.

Appellante betwist geen enkele van de vermeldingen van het vervangingscontract, waarvan zij een exemplaar voorbrengt.

De vervangingsovereenkomst is een overeenkomst waarvan de voorwaarden van indienstneming kunnen afwijken van de bepalingen in de Arbeidsovereenkomstenwet, wat de duur van de overeenkomst en de opzeggingstermijn aangaat.

De reden, de identiteit van de vervangen werknemer en de voorwaarden van de indienstneming moeten schriftelijk worden vastgelegd, uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer in dienst treedt. Is er geen geschrift, dan gelden voor die overeenkomst dezelfde voorwaarden als voor de overeenkomst voor onbepaalde tijd.

Uit de voormelde bepalingen van art. 11ter van de Arbeidsovereenkomstenwet volgt, dat wanneer er geen geschrift is dat de hierboven vermelde gegevens vaststelt uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer in dienst treedt, de duur van de tussen partijen gesloten overeenkomst en de opzeggingstermijn worden geregeld overeenkomstig de bepalingen die gelden voor de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Nergens wordt bepaald dat de werknemer het geschrift moet ondertekenen of medeondertekenen. Voldoende is

dat het bestaan van het geschrift uiterlijk bij de indiensttreding bewezen is en de werknemer ervan kennis had.

Uit de feitelijke gegevens die de partijen naar voren brengen, mag worden afgeleid dat tussen appellante en geïntimeerde een overeenkomst bestond tot vervanging van een bepaalde werknemster in bevallingsrust; dat vóór de indiensttreding geïntimeerde een geschrift heeft opgesteld dat alle in art. 11ter, tweede lid, Arbeidsovereenkomstenwet, bepaalde vermeldingen bevat; dat appellante van al die vermeldingen op de hoogte was; dat zij dat geschrift voor ondertekening in handen kreeg nadat zij het werk reeds had aangevat, maar dit niet meer ondertekende.

De ondertekening van het geschrift door appellante is op zichzelf geen vereiste om uit te maken of dit geschrift bestond uiterlijk op het tijdstip van de indiensttreding. Het ontbreken van haar handtekening verschaft haar dan ook geen recht op een opzeggingsvergoeding als bepaald voor een overeenkomst voor onbepaalde tijd.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE OUDENAARDE

1e KAMER – 30 OKTOBER 1990

Voorzitter: de h. Dossche

Advocaat: mr. De Maesschalck

Huwelijk – Onmogelijkheid van een der echtgenoten om zijn wil te kennen te geven – Art. 220, § 2, B.W. – Indeplaatsstelling

Op verzoek van de echtgenote van een man die wegens een lichamelijke en geestelijke aandoening in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven, geen lasthebber heeft aangesteld en geen wettelijke vertegenwoordiger heeft, stelt de rechtbank van eerste aanleg haar in het onderhavige geval met toepassing van art. 220, § 2, B.W. in de plaats van haar man voor de verkoop van het vruchtgebruik van een onroerend goed.

V.

Verzoekschrift

Geeft met de meeste eerbied te kennen:

Dat zij samen met haar voornoemde echtgenoot het vruchtgebruik op het volgende onroerend goed bezit:
(...)

Dat met het oog op de verkoop van het vruchtgebruik op voormeld goed notaris P.B. werd aangesteld om de akte te verlijden;

Dat voornoemde notaris een ontwerp van akte, zoals bijgevoegd, heeft opgemaakt met het akkoord der partijen;

Dat evenwel de echtgenoot van de verzoekster in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven omtrent de voorgestelde akte van verkoop, gezien zijn toestand van tijdelijke zwakzinnigheid;

Dat hij geen lasthebber heeft aangesteld of geen wettelijke vertegenwoordiger heeft;

Dat de verzoekster dit verzoek doet op basis van artikel 220, § 2 van het Burgerlijk Wetboek;

Vonnis

Gezien de redenen aangehaald in voormeld verzoekschrift en de stukken eraan gehecht meer bepaald het geneeskundig attest van dr. S. van 9 oktober 1990 waaruit blijkt dat de echtgenoot van verzoekster, samenwonend met verzoekster te (...) wegens een lichamelijke en geestelijke aandoening in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven;

Dat hij bovendien geen lasthebber heeft aangesteld noch een wettelijke vertegenwoordiger heeft;

Dat het derhalve noodzakelijk voorkomt daarin te voorzien teneinde te doen overgaan tot de geplande verkoop van het vruchtgebruik op het in het verzoekschrift beschreven onroerend goed waarvan verzoekster en haar echtgenoot het bezit hebben, en waarvan met akkoord van partijen notaris P.B. een ontwerp van akte-verkoop heeft opgemaakt;

...

NOOT – Zie in nr. 32 van deze jaargang (pp. 1077 e.v.) het artikel van Bart Van Der Meersch, «De rechterlijke machtiging en de gerechtelijke indeplaatsstelling (art. 220, §§ 1 en 2, B.W.)».

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 23 december 1991

Sociaal statuut zelfstandigen – Gezinsbijslagen – Beroepsbezigheid in België en in Frankrijk – Periode vóór 1 juli 1982 – Toepasselijke wetgeving – Criterium

Voor de appelrechter betoogde eiser, die zowel in België als in Frankrijk een zelfstandige beroepsbezigheid uitoefende, dat het sociaal statuut der zelfstandigen op hem niet toepasselijk was vóór 1 juli 1982, ingevolge art. 3, § 3, van de Algemene Overeenkomst tussen België en Frankrijk betreffende de maatschappelijke zekerheid, ondertekend op 17 januari 1948, goedgekeurd bij de wet van 2 juni 1949, nu hij zijn voornaamste beroepsbezigheid in Frankrijk uitoefende. Het bestreden arrest (Arbh. Brussel, 11 mei 1990) wijst dit verweer af, op grond dat, hoewel eisers inkomsten van 1980, het eerste volledige jaar van zijn beroepsbezigheid, hoger liggen in Frankrijk dan in België, hij steeds zijn verblijfplaats in België heeft gehad en in Frankrijk nooit belast is.

Eisers cassatieberoep wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat de in het middel weergegeven bepaling van artikel 3, § 3, van de Algemene Overeenkomst tussen België en Frankrijk betreffende de maatschappelijke zekerheid, de wetgeving bepaalt die, inzake de kindertoelagen, bij uitsluiting van toepassing is op de Belgische of Franse onderhorigen andere dan de loonarbeiders of er mee gelijkgesteld die een beroepsbezigheid uitoefenen in dat land van die twee waarvan zij niet de nationaliteit bezitten;

«Dat uit die bepaling volgt dat de daarin bedoelde werknemers die een beroepsbezigheid in Frankrijk en in België uitoefenen, niet onder toepassing vallen van de Belgische

wetgeving betreffende de kindertoelagen wanneer zij hun voornaamste beroepsbezigheid in Frankrijk uitoefenen en dat zij onder toepassing vallen van de Franse wetgeving betreffende de kindertoelagen;

«Dat, bijgevolg, in tegenstelling tot hetgeen in het middel wordt betoogd, de plaats van de voornaamste beroepsbezigheid niet het enige gegeven is dat in aanmerking moet worden genomen bij de vaststelling van de krachten die bepaling toepasselijke wetgeving.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Marchal – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaten: mrs. Simont en Bützler – In de zaak: H. t/ R.S.V.Z.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 16 januari 1992

Inkomstenbelastingen – Bestuurder van vennootschap – Belastbare grondslag – Bezoldiging

Het bestreden arrest (Hof Luik, 20 september 1990) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerder in 1982 bestuurder was van de N.V. H. en dat laatstgenoemde op de hem betaalde bezoldigingen geen bedrijfsvoorheffing heeft ingehouden, en vervolgens overweegt dat 'het bestuur van financiën niet aantoonde dat de naamloze vennootschap zich jegens (verweerder) heeft verbonden om de bedrijfsvoorheffing in zijn plaats te betalen' en dat het 'niet aantoonde dat de beweerd bezoldiging als betaling voor beroepswerkzaamheden is toegekend';

«Overwegende dat, enerzijds, uit die eerste overweging niet naar recht kan worden afgeleid dat het bedrag van de bedrijfsvoorheffing niet in aanmerking komt bij de vaststelling van de belastbare grondslag;

«Overwegende dat, anderzijds, ingevolge de artikelen 26, tweede lid, 2°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, gewijzigd bij artikel 5 van de wet van 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-1980, en 27, § 1, tweede lid, 2°, van dat wetboek, de als bedrijfsinkomsten belastbare bezoldigingen inzonderheid de voordelen van alle aard omvatten die de bestuurder behaalt uit hoofde of ter gelegenheid van de uitoefening van zijn mandaat;

«Overwegende dat uit de wetgeschiedenis van de wet van 8 augustus 1990 blijkt dat de wetgever alle voordelen heeft willen belasten die in welke vorm ook werden verkregen en waarvan de oorsprong al dan niet rechtstreeks in de uitoefening van de beroepswerkzaamheid van de begunstigde te vinden is en, wanneer het een bestuurder van een vennootschap betreft, in de uitoefening van zijn bestuurdersmandaat; dat het niet noodzakelijk is dat de aan de bestuurder betaalde bezoldiging de tegenprestatie is van een beroepswerkzaamheid;

«Overwegende dat het hof van beroep bijgevolg, op grond van de voormelde overwegingen, zijn beslissing dat het bedrag van de bedrijfsvoorheffing, dat niet ten laste van verweerder is ingehouden, voor hem geen belastbaar voordeel uitmaakte, niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Parmentier – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael – In de zaak: Belgische Staat t/ N.

Hof van Cassatie (3e Kamer), 20 januari 1992

Arbeidsvoorziening – Pool van de Zeelieden ter Koopvaardij – Intrekking van de inschrijving door het beheerscomité – Ook bij tijdelijke lichamelijke of geestelijke ongeschiktheid – Mogelijkheid van herinschrijving

Het bestreden arrest (Arbh. Antwerpen, 4 april 1990) wordt, wegens schending van de artt. 3 en 4 van de wet van 25 februari 1965, art. 14, § 2, 1°, van het K.B. van 9 april 1965 en art. 1, § 1, van het M.B. van 17 januari 1980, op de volgende gronden vernietigd:

«Overwegende dat, naar luid van artikel 14, § 2, 1°, van het koninklijk besluit van 9 april 1965 betreffende de Pool van de Zeelieden ter Koopvaardij, het beheerscomité over de intrekking van de inschrijving in de Pool kan beslissen ten aanzien van 'de ingeschrevenen welke bevonden worden lichamelijke of geestelijke ongeschikt te zijn voor het vervullen van het voorheen gewoonlijk waargenomen beroep'; dat, wanneer tot intrekking is besloten, het aan de betrokkene vrijstaat nadien zijn herinschrijving te vragen;

«Overwegende dat het arrest, met vermelding en aanvaarding van de besluiten van de deskundige, oordeelt dat verweerder 'op 13 februari 1984 inderdaad niet in staat was om op een schip te varen en te werken, waardoor sinds die datum en voor een termijn van twee jaar, een arbeidsongeschiktheid bestond op medisch gebied, die thans niet meer bestaat';

«Overwegende dat het arrest, door te beslissen dat er 'op die grond geen reden was om de inschrijving in de Pool blijvend in te trekken' omdat verweerder 'niet lijdt aan epilepsie in de zin van het M.B. van 17 januari 1980', de beslissing van het beheerscomité van 14 februari 1984 waarbij de inschrijving van verweerder om medische redenen werd ingetrokken, teniet te doen en voor recht te zeggen dat verweerder 'op 13 februari 1984 ingeschreven diende te blijven als zee-man in de Pool van de Zeelieden ter Koopvaardij', de in het onderdeel aangevoerde wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Rauws – Rapporteur: de h. Boes – Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal – Advocaten: mrs. Houtekier en Nelissen Grade – In de zaak: Pool van de Zeelieden ter Koopvaardij t/ Vande W.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 27 januari 1992

Hoven en rechtbanken – Beslissing gegrond op rechtspraak – Uitspraak bij wege van algemene en als regel geldende beschikking – Schending van art. 6 Ger.W.

Het bestreden vonnis (Rb. Namen, 28 november 1990) veroordeelt eiser, huurder, tot betaling van 246.180 fr. op grond «dat, blijkens een vaste rechtspraak, een huurder die, niettegenstaande de uitsluitend privé-bestemming van het goed, een gedeelte van de betaalde huur als bedrijfslasten heeft afgetrokken, veroordeeld kan worden om aan de eigenaar het bedrag van de aanvullende belastingaanslag te betalen dat deswege ten laste van laatstgenoemde is gelegd.» Het vonnis wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het bestreden vonnis beslist dat eiser het gehuurde gebouw niet heeft gebruikt volgens de bestem-

ming die daaraan in de huurovereenkomst was gegeven; dat het, met bevestiging van het beroepen vonnis, eiser bovendien veroordeelt om aan verweerder het bedrag van 246.180 frank te betalen, vermeerderd met de vergoedende en de gerechtelijke interest;

«Overwegende dat die laatste beslissing gegrond is op de in het middel weergegeven overweging, waaruit blijkt dat de appelrechter, om eisers verweer af te wijzen, alleen op de 'vaste rechtspraak' heeft gesteund; dat de rechtbank van eerste aanleg aldus, met schending van artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek, aan de rechtspraak een algemene en als regel geldende draagwijdte geeft.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Marchal – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaat: mr. Delahaye – In de zaak: De K. t/ L.)

NOOT – Zie Cass., 13 februari 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 321; Cass., 12 december 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 254.

WETGEVING IN KORT BESTEK

Onder de zorg van het departement Rechten van de U.I.A.

Aan het nazien van het Belgisch Staatsblad van augustus 1991 verleenden hun medewerking: W. Lambrechts, H. Swennen en I. Zegels.

Grondwet – Artikel 137 – Opheffing

Artikel 137 van de Grondwet bevatte een archaïsche tekst waarbij werd bepaald dat de Grondwet van 24 augustus 1815 werd afgeschaft maar de provinciale en plaatselijke overheden hun bevoegdheden behielden totdat een wet hierin op een andere wijze zou hebben voorzien.

Een dergelijke tekst had vanzelfsprekend geen enkele zin meer.

W.L.

Begrotingsbepalingen

De wet van 20 juli 1991 houdende begrotingsbepalingen (B.S., 1 augustus 1991) bevat allerlei maatregelen tot uitvoering van beslissingen die tijdens de begrotingscontrole van februari 1991 werden genomen om de in het regeerakkoord bepaalde begrotingsdoelstellingen te verwezenlijken. Dat legt uit waarom wij andermaal voor een mozaïek-wet staan die een harmonische aaneenschakeling van complementaire bepalingen mist die normaal voor de samenhang van de wetgeving zorgt. Men vindt in de wet allerlei bepalingen i.v.m. begrotingsmaatregelen, wijzigingen van de wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van de ziekenfondsen, bepalingen betreffende tewerkstelling en arbeid en pensioenen, maatregelen i.v.m. het sociaal statuut der zelfstandigen, bepalingen over Sabena naast een titel over fiscale bepalingen.

Onder de diverse voorschriften moet worden gelet op de verhoging van de opdecimes voor de geldboeten die worden

gebracht op 890 decimes, d.i. een vermenigvuldigingscoëfficiënt 90 i.p.v. 80.

W.L.

Sociale en diverse bepalingen

Een andere wet van 20 juli 1991, eveneens gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 1 augustus 1991 (err. 22 oktober 1991 en 20 november 1991), bevat allerlei maatregelen van sociale en andere aard met betrekking tot ambtenaren, hulpverleners, koppelbazen en vele anderen.

In een eerste hoofdstuk worden de minimale rechten voor de ambtenaren omgezet in een wet. De minimale rechten zijn rechten die worden toegekend aan alle ambtenaren, ongeacht tot welke overheid ze behoren. Aldus wordt het protocolakkoord van 17 oktober 1989 in wettelijke voorschriften omgezet. Onder de minimale rechten bevinden zich onder meer de koppeling van de lonen aan de index, de maximale arbeidsduur, het minimum-aantal vakantiedagen, het gewaarborgd maandelijks minimuminkomen, het vakantiegeld, de oudejaarspremie enz. Hoe deze laatste uitbetaald wordt, blijft een zaak die de afzonderlijke overheden zelf kunnen bepalen. Maaltijdcheques worden dus nog niet uitgesloten.

De wet bevat een artikel over de toepassing van de werkloosheids- en ziekteverzekering op ambtenaren die eenzijdig worden ontslagen door een eenzijdige handeling van de overheid of omdat de benoemingsakte wordt vernietigd, ingetrokken, opgeheven of niet hernieuwd. Die ontslagen ambtenaren zijn op basis van hun statutair dienstverband nooit opgenomen geweest in de algemene sociale zekerheid zodat ze ook geen beroep kunnen doen op een werkloosheidsuitkering, ziekteuitkering of kinderbijslag. Dit is voortaan anders.

De antikoppelbaasmaatregelen worden aangepast. Uit de opgedane ervaring was immers gebleken dat de ingestelde sanctieregeling niet de gewenste soepelheid biedt. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de echte koppelbaaspraktijken en de overtredingen die toevallig door ondernemingen te goeder trouw worden gemaakt. Het sanctiemechanisme wordt daarom aangepast.

Er wordt een deontologie aan de medische hulpverleners opgelegd waarbij de therapeutische vrijheid van de geneesheren en de tandartsen rekening moet houden met de door de gemeenschap ter beschikking gestelde middelen. Een specifieke controlecommissie zal worden opgericht die de naleving van die regels moet controleren. Verder worden de regelingen betreffende het gewaarborgd inkomen voor bejaarden, de tegemoetkomingen voor gehandicapten, het recht op een bestaansminimum en de gewaarborgde gezinsbijslag aangepast aan het E.G.-recht. Het stelsel van de rustpensioenen van het onderwijzend personeel, met uitzondering van het universitair onderwijzend personeel, wordt gereorganiseerd. De wet maakt het mogelijk een nationaal onderzoeksinstituut voor arbeidsomstandigheden op te richten (NOVA) dat in de plaats komt van het bestaande instituut voor de arbeidsvoorwaarden (IVA) waaraan de werkgevers altijd hun medewerking hebben geweigerd.

Enkele kleine artikelen kunnen wel een geladen rechtskracht hebben.

De in het paritaire orgaan gesloten overeenkomst is niet vatbaar voor vernietiging door de Raad van State. Het zag

ernaar uit dat de Raad van State er een andere mening op zou kunnen nahouden, wat moeilijkheden zou hebben kunnen veroorzaken i.v.m. de internationale regels over de autonomie van de sociale partners en over de niet-inmenging van de overheid in C.A.O.'s.

De inning van de dwangsom in de procedures voor de Raad van State wordt verduidelijkt, de aanwervingen van de 64 vaste ambtenaren die door de Belgische dienst voor buitenlandse handel in dienst zijn genomen tussen 1 januari 1983 en 31 december 1988 worden geldig verklaard, er mag worden overgegaan tot de primo-benoemingen bij het nationaal instituut voor criminalistiek en onder de bepalingen inzake volksgezondheid mag de Koning de doelbewuste verspreiding van genetisch gewijzigde organismen regelen.

W.L.

Opiniepeiling

De wet van 18 juli 1958 betreffende de bekendmaking van opiniepeilingen (*B.S.*, 13 augustus 1985) legde onder meer een publikatieverbod voor opiniepeilingen vast binnen een maand vóór de verkiezingen en voorzag in de oprichting van een commissie voor opiniepeilingen die voorstellen moet formuleren voor het vaststellen van kwaliteitsnormen en gedragsregels inzake opiniepeilingen.

In een advies van 12 april 1989 hebben de verenigde kamers van de afdeling wetgeving van de Raad van State bij het voorontwerp dat uiteindelijk de wet van 21 juni 1991 zou worden (*B.S.*, 1 augustus 1991) gesteld dat het de wetgever niet vrijstaat een publikatieverbod in te stellen voor de resultaten van de opiniepeilingen tijdens de maand voorafgaand aan de verkiezingen.

De wetgever kwam tot de conclusie dat, hoe wenselijk ook, een publikatieverbod niet kon worden opgelegd en dat het derhalve beter is te opteren voor een kwaliteitswaarborg, waarbij de burger het onderscheid zou kunnen maken tussen ernstige opiniepeilingen en opiniepeilingen die worden uitgevoerd door de eerste de beste.

Voor een commentaar zie Voorhoof, D., «De wetgeving op de bekendmaking van opiniepeilingen herzien», *T.B.P.*, 1991, 785-790.

W.L.

Munteenheid in openbare en administratieve akten

De wet van 12 juli 1991 houdende wijziging van de wet van 30 december 1885 en van de artikelen 1018 en 1650 van het Gerechtelijk Wetboek teneinde de bedragen in de openbare en administratieve akten te kunnen uitdrukken in Ecu of in een andere munteenheid dan de Belgische frank (*B.S.*, 9 augustus 1991), heeft tot doel onze financiële wetgeving te moderniseren en België als financieel centrum uit te bouwen, naar het voorbeeld van wat in andere landen gebeurt.

De wet bestaat uit drie artikelen:

– Artikel 1 bevat het grondbeginsel van de wet; het vervangt artikel 3 van de wet van 30 december 1885 door een bepaling die inhoudt dat in de openbare en administratieve akten de bedragen niet alleen in Belgische frank maar ook in Ecu of in een valuta van een lidstaat van de OESO uitgedrukt kunnen worden. Daarnaast is ook in de mogelijkheid voorzien voor de Koning om de omzettingsmodaliteiten, die toepasselijk zijn behoudens andersluidende wette-

lijke, regelgevende en contractuele bepalingen, in frank vast te stellen.

– Artikel 2 wijzigt artikel 1018 van het Gerechtelijk Wetboek en heeft tot doel de omzetting in frank te regelen van de bedragen die tot grondslag dienen voor de berekening van de kosten in juridische aangelegenheden. In die gevallen bepaalt artikel 2 dat de omzetting gebeurt op de datum waarop het vonnis of het arrest dat in de kosten verwijst, wordt uitgesproken.

– Artikel 3 wijzigt artikel 1650 van het Gerechtelijk Wetboek. Het bepaalt op welk moment de omzetting in Belgische frank moet gebeuren van de bedragen van schuldvorderingen, voorrechten en hypotheek uitgedrukt in Ecu of in valuta, bij gedwongen tenuitvoerlegging op onroerend goed, en dat om de respectieve rechten van de schuldeisers te kunnen bepalen. Artikel 3 bepaalt dat dit dient te gebeuren op de dag van het proces-verbaal van verdeling of van rangregeling.

Zie M. Niyonzima, «Vreemde munteenheden in openbare en administratieve akten», *R.W.*, 1991-92, 723; J.-V. Louis, «Le franc belge n'est plus requis dans les actes publics et administratifs», *J.T.*, 1991, 679.

I.Z.

Controle der verzekeringsondernemingen

De wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen en de werking van de Controle-dienst voor de verzekeringen heeft tot hoofddoel de bescherming van de rechten van de verzekeringsnemers en de begunstigen van de verzekeringscontracten.

De wet van 19 juli 1991 (*B.S.*, 9 augustus 1991) verbetert die bescherming door een reeks bijzondere regelingen die vooral de oneerlijke praktijken tegengaan die nog worden vastgesteld. De middelen voor de controle worden versterkt. De Controledienst voor de verzekeringen krijgt ruimere bevoegdheden met juridische en administratieve middelen en een aangepaste infrastructuur.

Een tweede belangrijke wijziging is de vervanging van de voorafgaande en systematische goedkeuring van de voorwaarden en tarieven door een a posteriori-controle. Voortaan moeten de ondernemingen de voorafgaande goedkeuring van de dienst niet meer afwachten om hun contracten op de markt te kunnen brengen of hierin wijzigingen aan te brengen. Een dergelijk stelsel moet evenwel vergezeld gaan van maatregelen die de doeltreffendheid van de controle verzekeren en die eventuele buitensporigheden tegengaan.

Voor de tarieven wordt een rentabiliteitscontrole per verzekeringsprodukt of per groep van produkten uitgebouwd om de solvabiliteit van de ondernemingen en een eerlijke mededinging te waarborgen.

De artikelen 47 en 48 van de wet zijn in werking gesteld door het K.B. van 18 oktober 1991 (*B.S.*, 7 december 1991).

W.L.

Rijkscomptabiliteit

Diverse wetteksten regelen de voorschriften betreffende de rijkscomptabiliteit.

Krachtens artikel 80 van de wet van 28 juni 1963 tot wijziging en aanvulling van de wetten op de rijkscomptabiliteit werd de Koning gemachtigd om de diverse wetten te coör-

dineren. De tekst werd opgesteld door het Coördinatiebureau van de Raad van State en omgezet in het K.B. van 17 juli 1991 houdende coördinatie van de wetten op de rijkscomptabiliteit (*B.S.*, 21 augustus 1991).

W.L.

Het wederkerigheidsbeding

De wet van 1 augustus 1985 houdende fiscale en andere bepalingen voorziet in een vergoeding voor de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden zonder dat er een beroep moet worden gedaan op artikel 1382 B.W. Oorspronkelijk was deze vergoeding alleen bestemd voor Belgische onderdanen. Nadien werd de bepaling uitgebreid tot personen van andere nationaliteiten, op voorwaarde dat er een wederkerigheidsclausule bestond met het land, die bepaalde dat Belgische onderdanen in dat land ook een vergoeding voor opzettelijke gewelddaden kunnen krijgen.

In zijn arrest van 2 februari 1989 heeft het Hof van Justitie van de E.E.G. het wederkerigheidsbeding in strijd geacht met het niet-discriminatiebeginsel.

De wet van 23 juli 1991 (*B.S.*, 24 augustus 1991, err. *B.S.*, 22 oktober 1991) schrapt dit wederkerigheidsbeding. De wet reikt nog verder dan wat artikel 7 van het E.G.-Verdrag vereist, aangezien het werkingsgebied niet wordt beperkt tot de onderdanen van de lidstaten.

W.L.

Handelspraktijken en consumentenbescherming

De wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument (*B.S.*, 29 augustus 1991), d.i. de nieuwe Wet Handelspraktijken, herregelt de voorlichting van de consument en bevat nieuwe regelingen m.b.t. bepaalde handelspraktijken. Voorts is in deze wet ook de regeling opgenomen die bepaalde bedingen in overeenkomsten tussen verkopers en consumenten verbiedt. De wet is eerder in dit tijdschrift besproken door prof. Paul De Vroede (*R.W.*, 1991-92, 793).

Een bespreking van de bezwarende bedingen, van de hand van prof. Eric Dirix, vindt men in *R.W.*, 1991-92, 562 (ook in *DAOR*, 1992, 31).

H.S.

Buitenbezitstelling titels aan toonder

Vroeger bestonden twee regelingen betreffende de buitenbezitstelling van effecten aan toonder: een gewone regeling ingesteld bij de wet van 24 juli 1921 op de ongewilde buitenbezitstelling van titels aan toonder en een bijzondere regeling, ingevoerd bij het K.B. van 4 november 1921, die van toepassing was op effecten uitgegeven door de Staat, het Gemeentekrediet, de gemeenten en sommige parastatalen.

De wet van 22 juli 1991 tot wijziging van de wet van 24 juli 1921 (*B.S.*, 29 augustus 1991) maakt beide regelingen eenvormig door de effecten van de overheidsschuld te onderwerpen aan de gewone regeling. De wet strekt ertoe de formaliteiten i.v.m. de wetsprocedures die totaal onaangepast zijn geraakt aan de huidige praktijk, te vereenvoudigen en ze ook minder zwaar te maken. Voortaan kan worden volstaan met een aangetekende brief te sturen of een een-

voudige verklaring ter plaatse af te leggen in de kantoren van het nationaal kantoor voor roerende waarden.

De wet treedt in werking op 1 juli 1992.

Voor een uitgebreide commentaar leze men Vuye, H., «Ongewilde buitenbezitstelling van titels aan toonder. De wet van 24 juli 1921 als gewijzigd door de wet van 22 juli 1991», *R.W.*, 1991-92, 969-984.

W.L.

Reclame en sponsoring op radio en televisie

Het ontwerp van een volledig nieuw decreet inzake reclame en sponsoring op radio en televisie was om twee redenen noodzakelijk:

1. de aanpassing aan de staatshervorming (de wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen, kende de bevoegdheid inzake de handelsreclame op radio en televisie toe aan de Gemeenschappen);

2. de aanpassing van onze decreetwetgeving aan de Europese richtlijn (richtlijn 89/552/EEG van 3 oktober 1989 van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke handelingen in de lidstaten inzake de uitoefening van de televisieomroepactiviteiten. Hoofdstuk IV handelt over reclame en sponsoring. De principes van deze richtlijn moesten op uiterlijk 3 oktober 1991 in de decreetgeving worden ingevoegd).

Het decreet van 12 juni 1991 tot regeling van de reclame en sponsoring op radio en televisie (*B.S.*, 14 augustus 1991) strekt ertoe de wet van 6 februari 1987 betreffende de radio-distributie- en teledistributienetten en betreffende de handelsreclame op radio en televisie te vervangen door een autonome regeling voor de Vlaamse Gemeenschap.

In grote krachtlijnen kan het decreet als volgt worden samengevat:

1. Er worden een aantal nieuwe definities gegeven en een aantal nieuwe begrippen (zoals streekgebonden reclame) gedefinieerd.

2. Het principe van een voorafgaande machtiging door de Vlaamse Executieve voor het uitzenden van reclame blijft behouden. Bovendien kan slechts één radio- en televisieomroeporganisatie die zich tot de hele Vlaamse Gemeenschap richt, worden gemachtigd om reclame uit te zenden.

3. De radio- en televisieomroeporganisaties die zich tot een deel van de Vlaamse Gemeenschap richten, kunnen worden gemachtigd om streekgebonden reclame uit te zenden. De niet-openbare radio-omroepen die zich richten tot een lokale gemeenschap en die erkend zijn door de Vlaamse Gemeenschap, worden bij hun erkenning automatisch gemachtigd om streekgebonden reclame uit te zenden.

4. Er worden een aantal verbodsbepalingen (zoals sigaretten en tabaksprodukten, geneesmiddelen en medische behandelingen die alleen op doktersvoorschrift verkrijgbaar zijn) en vormvereisten vastgelegd.

5. De integrale beperking van de reclamepakketten wordt vastgelegd op maximaal 15% van de dagelijkse zendtijd en maximaal 20% per uur.

6. Nieuw is het verbod op sluikreclame, dat overgenomen is uit de richtlijn, en de regeling inzake produktplacement.

7. Boodschappen van algemeen nut mogen door alle omroepen worden uitgezonden.

8. Er zijn een aantal strenge regels in verband met sponsoring van de diverse radio- en televisieomroeporganisaties vastgelegd.

9. Tot slot wordt voorzien in de oprichting van een Vlaamse raad voor reclame en sponsoring op radio en televisie. De raad dient een code op te stellen voor reclame en sponsoring op radio en televisie; hij waakt eveneens over de naleving van de voorschriften inzake reclame, sponsoring en televerkoop op radio en televisie en hij verstrekt advies.

I.Z.

Maatschappelijk opbouwwerk

Het decreet van 26 juni 1991 betreffende de erkenning en subsidiëring van het maatschappelijk opbouwwerk (*B.S.*, 27 augustus 1991) heeft geen fundamentele vernieuwingen op het oog.

Het doel is om het maatschappelijk opbouwwerk het kader van een decreet te geven dat op de realiteit aansluit. Voordien werden de erkenning en subsidiëring geregeld bij ministeriële circulaire, wat niet bevorderlijk was voor de rechtszekerheid.

Het decreet biedt dus een wettelijke basis voor de erkenning en subsidiëring van de organisaties die in het kader van de samenlevingsopbouw werkzaam zijn ter bestrijding van de achterstelling.

Daarnaast voorziet het decreet ook in de oprichting van een Hoge Adviescommissie inzake Maatschappelijk Opbouwwerk.

I.Z.

Inspectie en pedagogische begeleidingsdiensten

Het decreet van de Vlaamse Raad van 17 juli 1991 betreffende inspectie en pedagogische begeleidingsdiensten (*B.S.*, 31 augustus 1991) strekt ertoe de inspectie van de Vlaamse Gemeenschap en de erbij horende stafdienst, nl. de Dienst voor Onderwijsontwikkeling, te organiseren, alsmede een subsidieregeling uit te werken voor de pedagogische begeleidingsdiensten van het gesubsidieerd onderwijs. Het decreet bevat ook bepalingen betreffende de navorming.

Met dit decreet wilde de Vlaamse Executieve twee doelstellingen verwezenlijken:

- enerzijds wordt de controlebevoegdheid behouden maar wordt de pedagogische begeleiding aan de opdrachten toegevoegd, een bevoegdheid die aan de pedagogische begeleidingsdiensten wordt gegeven;

- anderzijds wordt de heterogene regeling i.v.m. de inspectie coherenter gemaakt en in één decreet samengebracht in een tekst van 117 artikelen.

In het Belgisch Staatsblad van 31 augustus 1991 werd terzelfder tijd het uitvoeringsbesluit van de Vlaamse Executieve van 17 juli 1991 gepubliceerd.

Op 4 december 1991 werd door een inspecteur die terzelfder tijd gemeenteraadslid is, een verzoek tot nietigverklaring van artikel 19 van het decreet bij het Arbitragehof ingesteld.

Inmiddels werden, bij decreet van 23 oktober 1991, artikel 19 en artikel 108 van het decreet gewijzigd (*B.S.*, 20 november 1991). Inspecteurs die een politiek mandaat uitoefenden buiten hun inspectieopdracht mogen dit politiek mandaat

verder waarnemen, ook na herverkiezing.

W.L.

Minimumlevering van elektriciteit

De ordonnantie van 11 juli 1991 met betrekking tot het recht op een minimumlevering van elektriciteit (*B.S.*, 15 augustus 1991), wil een minimale en ononderbroken levering van elektriciteit voor huishoudelijk gebruik in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest waarborgen.

Onderzoeken hadden nl. uitgewezen dat de betaling van essentiële voorzieningen zoals woning, verwarming en verlichting, heel wat gezinnen voor betalingsmoeilijkheden stelt.

Het decreet bepaalt dat ieder gezin recht heeft op een minimale levering van elektriciteit beperkt tot een vermogen van 4 Ampère.

In het decreet wordt ook de tussenkomst van de gemeenten omschreven en krijgt de tussenkomst van de elektriciteitsbedrijven een wettelijke basis.

De V.Z.W. ATD Vierde Wereld België heeft op 13 februari 1992 beroep ingesteld tot vernietiging van de artikelen 4, laatste lid, 5, §§ 2 en 3, en 6 van deze ordonnantie.

I.Z.

Rentenfonds

De wet van 22 juli 1991 (*B.S.*, 20 augustus 1991) wijzigt de besluitwet van 18 mei 1945 houdende oprichting van een Rentenfonds.

Met de invoering van de lineaire obligaties en van de nieuwe wijze van uitgifte van de schatkistcertificaten werd het beheer van de overheidsschuld in Belgische frank, zowel de geconsolideerde, als de vlottende, grondig gewijzigd, zowel op het vlak van de primaire markt, als op dat van de secundaire markt van het thesauriebeheer. Die wijzigingen hebben een grondige invloed gehad op de uitoefening door de schatkist van haar taak als beheerder van de overheidsschuld. Daarom moest de taak van het Rentenfonds opnieuw worden bepaald volgens twee hoofdlijnen: de regerende rol van het Rentenfonds op de secundaire markt zal worden gericht op de effecten van de overheidsschuld die in handen zijn van particulieren; het Rentenfonds kan tot taak krijgen technische bijstand te verlenen bij het beheer van de overheidsschuld.

Een M.B. van 25 juli 1991 (*B.S.*, 20 augustus 1991) houdt de opdracht in aan het Rentenfonds van sommige taken van het bestuur van de buitenbeursmarkt van de lineaire obligaties en van de secundaire markt van de schatkistcertificaten.

Het besluit van het Rentenfonds van 29 juli 1991 tot vaststelling van het marktreglement voor de buitenbeursmarkt van de lineaire obligaties en de secundaire markt van de schatkistcertificaten wordt goedgekeurd bij M.B. van 5 augustus 1991 (*B.S.*, 20 augustus 1991).

W.L.

BOEKEN

J.H. BLAAUW, **Kort geding in strafzaken**, Studiepockets strafrecht nr. 23, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1992, 135 pp.

Deze studiepocket handelt in wezen over het burgerlijk kort geding ex art. 289 Rv. maar tracht toch een antwoord te geven op de vraag of de voorzitter van de rechtbank zitting houdende in kort geding zich ook mag begeven op het terrein van de strafrechter.

De auteur, mr. J.H. Blaauw, beschikt over een rijke ervaring als voorzitter in kort geding. Hij nam achtereenvolgens en gedurende meerdere jaren het voorzitterschap waar van de Rechtbanken te Roermond en te 's-Gravenhage.

Na een uiteenzetting over de betekenis en de doelstelling van het Nederlands burgerlijk kort geding onderzoekt de auteur wanneer en in welke mate de voorzitter van de rechtbank zitting houdende in kortgeding kennis kan nemen van geschillen met een strafrechtelijk of strafvorderlijk aspect. Verder wordt nagegaan of een eigen strafvorderlijk kort geding nodig of wenselijk is.

Volgens een arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 11 december 1936 (het zgn. Autobussen-arrest) heeft het strafvorderlijke systeem een gesloten karakter zodat de burgerlijke rechter onbevoegd is om kennis te nemen van geschillen die betrekking hebben op de legitimiteit van gehanteerde bevoegdheden in strafvorderlijke kwesties.

In latere rechtsleer en rechtspraak, vooral in en omstreeks de tachtiger jaren, werd bij herhaling dit beginsel bevestigd maar tevens enige ruimte gelaten aan de burgerlijke rechter, met name in die gevallen waarin een onrechtmatige toestand aanwezig is of dreigt te ontstaan zonder dat een adequate strafvorderlijke weg openstaat. Dat kan de indruk wekken dat de leer van het Autobussen-arrest verlaten is, een conclusie die de auteur aan het slot van zijn werk relatieveert aan de hand van recentere rechtspraak.

De vordering in kort geding in strafzaken is gebaseerd op art. 1401 B.W., dus op een onrechtmatige overheidsdaad. De overheid treedt immers strafvorderlijk als overheid op. Als toetsingsgrond geldt hier voornamelijk het handelen in strijd met een algemeen verbindend voorschrift en meer algemeen het «handelen in strijd met beleidsregels, die op juiste wijze zijn bekendgemaakt» (p. 35).

In het derde hoofdstuk gaat mr. Blaauw nader in op de uitspraken van de rechter in kort geding die betrekking hebben op de onderscheidene fasen van het opsporingsonderzoek, meer bepaald het optreden van de politie in het algemeen. Ten aanzien van een vordering tot staking van een opsporingsonderzoek werd bijvoorbeeld gestatueerd «dat aan het Openbaar Ministerie in de begijnfase van een opsporing een ruime beleidsvrijheid moet toekomen die insluit dat in dat stadium eiseres zich moet laten welgevalen als verdachte te worden aangemerkt, ook indien in een later stadium zij niet meer als zodanig kan worden beschouwd» (Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, 10 mei 1979, geciteerd p. 40).

In een beslissing van 24 januari 1987 legt de president van de Rechtbank te Roermond aan de officier van justitie verbod op om een getuige in een bepaald onderzoek te horen (p. 41-42).

Mr. Blaauw bespreekt verder enkele bijzondere dwangmiddelen zoals de inbeslagneming en de invezekeringstelling en de vorderingen in dit verband ingeleid voor de burgerlijke rechter in kort geding. Zo werd in een geval de onmiddellijke beëindiging van de invezekeringstelling van een verdachte gevorderd en bekomen (Breda, 18 juni 1987, *KG*, 1987, 293).

In het kader van opsporingsactiviteiten spelen ook bepaalde strafbare feiten een rol zoals huis- en lokaalvredebreuk. Naar luid van art. 138, lid 1, Sr. wordt bestraft «hij die in de woning of het besloten lokaal of erf, bij een ander in gebruik, wederrechtelijk binnendringt of wederrechtelijk aldaar verblijvende zich niet op vordering van of vanwege de rechthebbende aanstonds verwijdt». Een telkens weerkerend probleem, ook in kort geding, is wat onder «bij een ander in gebruik» dient te worden verstaan (p. 60).

Ook in de fase van het vervolgingsbeleid kan een bevoegdheid zijn weggelegd voor de burgerlijke rechter in kort geding. Bij overschrijding van de redelijke termijn bv. is het oordeel over de ontstane situatie primair voorbehouden aan de strafrechter ten principale. Alleen wanneer er voor de verdachte spoedeisende omstandigheden aanwezig zijn, die maken dat een berechting of beslissing

ten principale niet kan worden afgewacht, kan een voorlopige voorziening door de president in kort geding gerechtvaardigd zijn, indien redelijkerwijze moet worden aangenomen dat het openbaar ministerie bezig is een onrechtmatige daad jegens de verdachte te begaan of dreigt te begaan (p. 73).

De algemene teneur van de rechtspraak van de Hoge Raad is dat geschillen in de strafvorderlijke sfeer, extensief geïnterpreteerd, door de daartoe aangewezen en geëigende strafrechter moeten worden behandeld en beslist. Het resultaat wordt vergelijkbaar geacht met wat in kort geding kan worden bereikt.

Een voorbeeld van marginale toetsing door de voorzitter in kort geding is het geval waarin eiser betrokken was in een verkeersongeval waarbij een zekere R. ernstig gewond werd en daarna overleed. De weigering van de officier van justitie tot het nemen van een bloedproef op de overledene uit piëteitsoverwegingen gaf aanleiding tot een voorziening in kort geding. De voorzitter wees de vordering van eiser af en oordeelde dat niet aangenomen kon worden dat de bloedproef een wezenlijke bijdrage kon leveren tot het onderzoek in de strafzaak, een beslissing die, volgens de auteur, de geur ademt van een volledige beoordeling van het beleid van de officier van justitie (p. 78).

Ook voor wat betreft de fase van het onderzoek ter terechtzitting worden voorbeelden aangehaald waarin de vordering in kort geding werd afgewezen. Zo citeert de auteur een uitspraak waarbij een vordering tegen de Staat wegens ernstige fouten van een kantonrechter werd afgewezen. De Hoge Raad overwoog hierbij dat wettelijke regelingen waarbij tegen rechterlijke beslissingen voorzieningen ter beschikking worden gesteld of wordt bepaald dat daartegen generlei voorziening is toegelaten, moeten worden geacht uitputtend te hebben voorzien in bescherming van belangen die voor partijen bij de verkrijging van een juiste beslissing zijn betrokken. Hiermee is onverenigbaar dat de in het ongelijk gestelde partij de gelegenheid zou hebben langs de weg van een vordering tegen de Staat op grond van art. 1401 B.W. de juistheid van een rechterlijke beslissing nogmaals onderwerp van een nieuw geding te maken, en deze daardoor op andere wijze dan in de wet is voorzien ter toetsing te brengen (p. 96).

Een onherroepelijke rechterlijke beslissing, en dus rijp voor executie, kan niet door een vonnis in kort geding opzij gezet worden (p. 101).

In een principieel arrest van 1 februari 1991 overweegt de Hoge Raad: «In het wettelijk stelsel ligt besloten dat een veroordelende beslissing van de strafrechter waartegen geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat, niet alleen mag maar ook moet worden ten uitvoer gelegd. Voorts is het onverenigbaar met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken, dat een veroordeelde de gelegenheid zou hebben langs de weg van een vordering tegen de Staat op grond van artikel 1401 B.W. de juistheid van de beslissing van de strafrechter of van de aanvaardbaarheid van de procesgang die tot de beslissing heeft geleid, tot onderwerp van een nieuw geding te maken en door de burgerlijke rechter te doen toetsen» (p. 106).

Als enige uitzondering aanvaardt de Hoge Raad de omstandigheid dat het Europese Hof een uitspraak zou hebben gedaan waarmee de strafrechter bij zijn beslissing geen rekening heeft kunnen houden en die noopt tot de slotsom dat zijn beslissing tot stand is gekomen op zodanige wijze dat niet meer gesproken kan worden van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van artikel 6, lid 1, eerste zin, E.V.R.M.

Ook is de gevestigde rechtspraak, gesteund door de rechtsleer, van oordeel dat klachten over concrete maatregelen en klachten over onbillijkheid en onverbindendheid van geldende regels (bv. klachten van gedetineerden) het beste bij een in de materie gespecialiseerde instantie worden ingediend (p. 114).

Ten aanzien van een maatregel van terbeschikkingstelling wordt een kort geding mogelijk geacht mits aan de gewone vereisten voor het kort geding voldaan is, d.w.z. dat een spoedeisende situatie is ontstaan die niet toelaat dat de beslissing van de rechtbank of het hof wordt afgewacht. Dat zal zich, gelet op het karakter van de procedure, niet zo snel voordoen (p. 123).

Samenvattend besluit de auteur dat het gesloten systeem is opengebroken. Ook in het strafrecht, meer bepaald in het bijzonder in het strafprocesrecht, zijn er naast de wet andere bronnen van recht, met name gelegen in het ongeschreven recht. De ontwikkeling van de leer van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de invloed van deze beginselen op het recht zijn ook hier van betekenis

gebleken. Daaraan moet men ook de normen toevoegen die voortvloeien uit verdragen die rechtstreeks werken.

Terzelfder tijd is er een nieuwe hang naar geslotenheid van het strafrechtelijk en strafvorderlijk systeem: binnen deze verruiming van bronnen, waaruit het recht ontstaat, moet het volgens de auteur wel de strafrechter zijn die over de rechtsbetrekkingen oordeelt met uitsluiting van de burgerlijke rechter, ook van de president in kort geding (p. 128).

Mr. Blaauw vraagt zich uiteindelijk af of er in Nederland behoefte is aan een strafvorderlijk kort geding naar Antilliaans-Arubaans model waarbij uitdrukkelijk in de ontwerpen van het nieuw Wetboek van Strafvordering een bepaling werd ingevoegd betrekking hebbende op de «Rechterlijke voorzieningen bij dringende noodzaak», een pendant van het civiel kort geding.

De auteur meent dat in de Nederlandse situatie behoefte aan een soortgelijk afzonderlijk strafrechtelijk kort geding niet zo groot is. Hij steunt hierbij op de overwegingen dat in de fase van de opsporing een verbetering van de wetgeving op stapel staat waarbij de rechter-commissaris als habeas-corpus-rechter wordt ingeschakeld. Ook in de fase van het vervolgingsbeleid, het onderzoek ter terechtzitting en de executie acht hij voldoende rechtswaarborgen aanwezig in het bestaande strafvorderlijk systeem.

Het werk van mr. Blaauw sluit af met een trefwoordenregister en een jurisprudentieregister. Ter wille van de levendigheid zijn diverse gevallen waarop de rechtspraak betrekking heeft, vaak kort beschreven zodat de lezer kennis kan nemen van de belangrijkste elementen van het dossier. Daar waar nodig werden de overwegingen van de geciteerde uitspraken aangehaald. De tekst is afgesloten per 1 november 1991.

J. Luuyckx

E.-M. HOHNERLEIN, *Internationale Adoption und Kindeswohl. Die Rechtslage von Adoptivkindern aus der Dritten Welt in der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich zu anderen europäischen Ländern*, Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Band 12, Nomos, Baden-Baden, 1991, 371 pp., 59 DM

Een kind, zes maanden oud, wordt wegens ondervoeding in een Braziliaans ziekenhuis opgenomen. Zijn familie daagt niet meer op, hun adres is niet meer te vinden en het kind wordt na enige tijd in een tehuis ondergebracht. Daar wordt het ontdekt door een Duits echtpaar dat het in Brazilië adopteert. Het kind krijgt een nieuwe geboorteakte en mag het land verlaten. Terug in Duitsland wordt na enkele maanden duidelijk dat het kind gehandicapd is en intensieve zorgen nodig heeft, die de adoptieouders niet kunnen of willen opbrengen. Uiteindelijk wenden ze zich tot de dienst van de jeugdbescherming met de vraag het kind elders onder te brengen.

In haar doctoraat dat met de Prijs 1990 van de rechtsfaculteit te Saarbrücken werd bekroond, onderzoekt de auteur de complexe juridische vragen die soortgelijke gevallen doen rijzen, en vergelijkt ze de voorgestelde Duitse oplossingen met de ontwikkelingen in een aantal buitenlandse rechtsordes, hoofdzakelijk België, Frankrijk, Italië, de Scandinavische landen en Zwitserland: wordt deze adoptie erkend in Duitsland? Welke rechten en plichten volgen uit zulk een erkenning? Wie oefent het ouderlijk gezag uit? Wie vertegenwoordigt het kind? Wat gebeurt er wanneer de adoptie niet wordt erkend? Kan een nieuwe adoptie het statuut van het kind bekrachtigen of wordt het kind teruggestuurd? Kunnen de adoptanten zich aan hun verplichtingen onttrekken, bv. door de adoptie te laten herroepen?

Inzake de erkenning van adopties die in het buitenland rechtsgeldig tot stand zijn gekomen, komt de auteur tot conclusie dat het Duitse IPR na de hervorming van 1986 zeer erkenningsvriendelijk is geworden, vooral omdat niet meer dient te worden onderzocht of de buitenlandse beslissing is genomen op basis van conflictregels die conform het Duitse IPR zijn. Enig criterium is de «ordre public»-clausule, die het niet altijd mogelijk maakt rekening te houden met het belang van het kind. In het buitenland tekenen zich daarentegen duidelijke tendensen af om de adoptie afhankelijk te maken van bijzondere voorafgaande toelatingsprocedures teneinde een adoptie die niet in het belang van het kind is, te kunnen verhinderen.

Inzake de gevolgen van de erkende adoptie tekenen zich nog altijd grote verschillen af tussen de onderzochte Europese landen, vooral ten aanzien van de zgn. «schwache Adoption» (eenvoudige adoptie), waaraan in het ene land meer gevolgen worden verbonden dan in het andere. De auteur pleit ervoor aan een erkende buitenlandse adoptie dezelfde gevolgen te koppelen als aan een adoptie die in het binnenland tot stand is gekomen.

Vervolgens behandelt de auteur het probleem van de buitenlandse «de facto»-adoptie. Met dit begrip omschrijft de auteur de in vele Latijns-Amerikaanse staten voorkomende feitelijke adopties, die erin bestaan dat de adoptanten het kind bij de burgerlijke stand aangeven als hun eigen kind. Voor het bewijs van de geboorte volstaat meestal de verklaring van twee getuigen, zonder dat een verder onderzoek gebeurt. Een binnenlandse regularisatieadoptie is hier de enige mogelijkheid. Het belang van het kind rechtvaardigt meestal deze regularisatie, ook al kan de totstandkoming van de basisrelatie waarop de adoptie rust, niet door de rechtsorde worden geaccepteerd. Doch elke andere oplossing leidt tot een bestraffing van het kind i.p.v. de ouders.

De auteur onderzoekt dan de internationale adoptie die in het binnenland heeft plaatsgehad, waarbij de uiteenzetting vooral geconcentreerd wordt op het belang van het kind, en zij gaat verder in op de ontbinding van de adoptie, waar het Duitse recht zowel in het interne recht als in zijn IPR een soepele houding aanneemt en in bepaalde gevallen de herroeping van de volle adoptie toestaat.

In het tweede deel van het proefschrift wordt een bijzonder goed gestructureerd overzicht gegeven van de multilaterale en bilaterale overeenkomsten in dit domein.

Dit kwalitatief hoogstaand proefschrift is een aanrader voor een ieder die zich op de hoogte wil stellen van de stand van het internationaal adoptierecht, en biedt bijzonder veel informatie inzake de problematiek van de adoptie van kinderen uit Latijns-Amerika.

W. Pintens

J. SPIER, *Sluipende schade*, Kluwer, Deventer, 1990, 38 pp.

In zijn in september 1990 uitgesproken oratie gaat Spier in op het fenomeen «sluipende schade»: schade die niet meteen aan een bepaalde nadelige handeling manifest wordt, maar pas na verloop van tijd, of nadat verschillende (op zichzelf beschouwd onvoldoende) schadelijke handelingen effect sorteren.

In de inleiding merkt de auteur onder andere op dat de vraag of preventieve overwegingen in het aansprakelijkheidsrecht een rol spelen, veelal niet aan de orde wordt gesteld. Hij wijkt naar de Zwitserse literatuur uit voor een voorbeeld van een verhandeling over dit facet van het aansprakelijkheidsrecht. Op deze plaats past, mede in het licht van de relatief kleine betekenis van deze opmerking voor de oratie, geen uitgebreid betoog over de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht. Toch acht ik het raadzaam naar de rechtseconomische literatuur, die ook heel wat dichterbij huis is verschenen, te verwijzen, waarin het aansprakelijkheidsrecht als instrument voor ongevalspreventie wordt doorgelicht. Hier zij bijvoorbeeld voor Duitsland verwezen naar het handboek van H. Kötz (*Deliktsrecht*, 5e druk, Neuwied/Kriftel/Berlijn, Alfred Metzner Verlag, 1991, pp. 46 e.v.), voor België naar een tweetal produkties van het duo M.G. Faure en R. Van den Bergh (*Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen, Maklu, 1989, en «Efficiënties van het foutcriterium in het Belgische aansprakelijkheidsrecht», *R.W.*, 1987-88, 1105-1119) en voor Nederland wederom naar M.G. Faure («Milieubescherming door aansprakelijkheid of regulering?», *Ars Aequi*, 1990, 759-769, en «Rechtseconomie en privaatrecht: kunnen rechtsregels bijdragen tot reductie van ongevalskosten?», in E.H. Hondius/J.J. Schippers/J.J. Siegers (red.), *Rechtseconomie en recht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1991, pp. 51-93), E. Mackaay («Veranderingen in het stelsel van vergoeding en verhaal van schade», *N.J.B.*, 1980, 813-825) en R.W. Holzhauser/R. Teyl e.a. (*Inleiding rechtseconomie*, Arnhem, Gouda Quint, 1989).

De auteur behandelt aan de hand van een casus twee juridische vragen die bij sluipende schade opkomen: «Wanneer begint de vergoeding te lopen?» en, daaraan (logisch) voorafgaand, «wanneer ont-

staat de schade?». Grof geschetst komt de casus erop neer dat een tweetal werknemers van een bedrijf gedurende een langere periode aan schadelijke stoffen blootstaan, met uiteindelijk dodelijke gevolgen. Gedurende de eerste jaren van de blootstelling bestaat (nog) geen aansprakelijkheid van de werkgever, daarna (als voorbeeld wordt het jaar 1965 genomen) wel. Op de vraag wanneer de schade ontstond, zouden een aantal antwoorden mogelijk zijn. Als de kritische grens van blootstelling bijvoorbeeld al vóór 1965 wordt overschreden, zou er geen aansprakelijkheid zijn. Terecht merkt de auteur op dat dit wel wat gemakkelijk gezegd is: de grens kan immers al overschreden zijn, terwijl de schade zich pas later manifesteert en de werknemer kan na overschrijding van de grens doorwerken, wat de schade wellicht zou vergroten. Gecompliceerder is de situatie nog als de kritische grens na 1965 wordt overschreden. Dan is het immers denkbaar dat de blootstelling na 1965 op zich al voldoende was voor het ontstaan van de schade, maar ook dat de blootstelling van vóór 1965 en die van na dit tijdstip geïsoleerd beschouwd onvoldoende daarvoor zouden zijn. «Recht in de leer zijn», zou volgens Spier meebrengen dat «schade niet kan ontstaan, voordat zij ontstaat». Ook als de kritische grens wordt overschreden door slechts een minieme dosis extra blootstelling na 1965, het overgrote deel van de belasting van de gezondheid dus plaats had voordat aansprakelijkheid bestond, is de schade ontstaan na 1965 en is er dus aansprakelijkheid voor het gehele bedrag. Centraal in zijn rede staat vanaf dat moment de keuze van Spier voor de zogenaamde *pro-rata-methode* voor de vaststelling van (de mate van) mogelijke aansprakelijkheid voor schade. Dit houdt in dat dient te worden onderzocht welk deel van de schade vóór 1965 en welk deel daarna werd veroorzaakt. Aansprakelijkheid zou dan geconstrueerd kunnen worden voor bv. 10% van het totale schadebedrag, als ook 10% van de schade na 1965 is ontstaan. Het belangrijkste argument voor deze oplossing is dat de auteur het de meest redelijke en billijke vindt. Er valt zeker het nodige voor zijn benadering te zeggen, maar zijn argument dat een werkgever die zijn werknemers ook na 1965 nog blootstelt aan de gevaarlijke stoffen, ware hij voor het volledige schadebedrag aansprakelijk, *de facto* ook de schade zou moeten vergoeden, die is toegebracht in de periode dat hij nog niet aansprakelijk was, is in mijn ogen niet het meest sterke: de werkgever had er ook voor kunnen kiezen zorgvuldig met zijn werknemers om te gaan en hen niet (langer) bloot te stellen aan de stoffen. Nu hij dit wel doet, zou men kunnen menen dat het redelijk is dat hij daarvan ook de gevolgen draagt. Ook in de rest van het werk zijn de nadelen die kleven aan de (typisch Nederlandse) «rechtsvinding», waarbij niet vanuit een vastomlijnde theorie maar vanuit vage begrippen als «redelijkheid en billijkheid» wordt geargumenteed, merkbaar. De auteur meent bijvoorbeeld een argument voor de *pro-rata-methode* te kunnen ontleenen aan het overgangsrecht van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Hierin is geregeld dat bij een voortgezette handeling, die zich over het tijdstip van inwerkingtreding van het NBW uitstrekt, het oude BW toepasselijk is op onder zijn vigeur veroorzaakte schade, terwijl het NBW op het daarna veroorzaakte van toepassing is. De vergelijking gaat alleen al mank, omdat in het BW/NBW-voorbeeld blijkbaar sprake is van een eigen manifeste schade, veroorzaakt onder de onder gelding van het oude BW gestelde handelingen. Dit nu is bij sluipende schade juist niet het geval. De redenering is alleen te redden, als a priori uitgegaan wordt van de *pro-rata-methode*, maar dan hebben we te maken met een perfecte cirkelredenering.

In het volgende hoofdstuk geeft de auteur een korte verhandeling over de meervoudige causaliteit, eigenlijk een andere problematiek dan die der sluipende schade (wat door de auteur ook wordt gesignaleerd), waaruit echter ongetwijfeld ook interessante lessen voor het aan de orde zijnde probleem zijn te trekken. Jammer is dat Spier weliswaar meermaals opmerkt dat het in zijn ogen te dogmatische onderscheid tussen meerdere, samenwerkende oorzaken en/of daders en één doorlopende oorzaak niet ter zake doet, maar dat hij hiervoor niet echt argumenten geeft. Vervolgens wordt na een bespreking van de opvattingen over verjaring ingegaan op het schadebegrip en het ontstaan van schade. Eén van de belangrijkste conclusies van de auteur is dat schade kan ontstaan, voordat zij ontstaat. Dat wil zeggen dat ervan dient te worden uitgegaan dat ook vóór het overschrijden van de kritische grens al schade was berokkend, ook al was deze nog niet merkbaar. Voor het aldus toegevoegde deel van de schade zou dan, in principe, aansprakelijkheid bestaan. Bij de bespreking van de verzekeringsaspecten blijkt dat om

een billijk resultaat te bereiken wederom geschipperd zal moeten worden met de dogmatiek, in die zin dat schade die naar burgerlijk recht pas na drempeloverschrijding ontstaat, naar verzekeringsrecht steeds aanwezig moet worden geacht. De schrijver besluit met opmerkingen voor de toekomst.

Alhoewel men met de auteur op onderdelen van mening kan verschillen, moet zeker worden opgemerkt dat het werk een belangrijke bijdrage aan de discussie over aansprakelijkheid voor *sluipende schade* vormt, een schadevorm die met name – en de auteur signaleert dit meermaals – ook in het milieurecht zeker optreedt. Het werk is zeker de (kleine) moeite van het lezen waard.

Hans Oudijk
Rijksuniversiteit Limburg

AANGEKONDIGD

W. DUMON, *Families and policies. Evolutions and trend in 1989-1990*, Leuven, European Observatory on National Family Policies, 270 p.

K. RAES, *Ongemakkelijk recht. Rechtskritische perspectieven op maatschappij, ethiek en emancipatie*, Antwerpen, Kluwer, 212 p., 742 fr.

R. DE PUYDT, *Beroepsdeontologie van de advocaat* (tweede, herwerkte uitgave), Antwerpen, Kluwer, 80 p., 635 fr.

CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (red.), *Rechtspraak en milieubescherming* (Eerste Antwerps Juristencongres), Antwerpen, Kluwer, 300 p., 1.945 fr.

Ch. GIELEN, L. WICHERS HOETH, *Merkenrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 858 p.

R. CLETON, *Teksten vervoerrecht. Hulp aan schepen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 148 p., 54 fl.

ERRATA

Zaakwaarneming

In het vonnis van Rb. Tongeren, 5 september 1990 (*R.W.*, 1990-91, 926) is in de tweede alinea van «De feiten» een fout geslopen. Op de vijfde en zesde regel wordt gesproken van «eiser N.» en vervolgens nogmaals op de achtste regel. Die aanduiding dient telkens vervangen te worden door «Gilbert S.».

Afschaffing van de doodstraf

In het nr. 26 van deze jaargang verschenen artikel van Filiep Deruyck moet de eerste regel van de derde alinea van nr. 14 op p. 874 (linkerkolom) als volgt worden gelezen:

«Men begrijpt niet waarom de memorie van toelichting stelt dat ...»

MEDEDELINGEN

Le recrutement et la formation des magistrats

De Association Internationale de Méthodologie Juridique organiseert in samenwerking met het Centre Universitaire de Droit Judiciaire van de U.L.B., een colloquium over «Le recrutement et la formation des magistrats» op 19 mei 1992, in het Auditorium 1301 van de U.L.B., Gebouw H, Paul Hégerlaan 2, 1050 Brussel.

Inlichtingen: Centre de Philosophie du Droit de l'U.L.B., Adolphe Buyllaan 145, 1050 Brussel (tel. 02/650.40.07; fax: 02/650.40.74).