

ADMINISTRATIEVE RECHTBANKEN?

JA EN NEEN.

PLEIDOOI VOOR JURISDICTIONEEL MONISME *

Inleiding

1. Met genoegen ga ik in op de uitnodiging van uw conferentie om u te onderhouden over de recente ontwikkelingen op het stuk van de beslechting van bestuursgeschillen. Het onderwerp ligt ons allen ongetwijfeld na aan het hart, want de kwaliteit van de rechtsstaat – d.i. het regime waarin de overheid onderworpen is aan het recht en beperkt is in haar machten door de subjectieve rechten van de burgers – staat of valt met de kwaliteit van de rechtsbescherming. En ware rechtsbescherming is uiteindelijk de beslechting van de over de toepassing van het recht gerezen geschillen, d.i. de rechtsbescherming door de rechter.

2. Vooraf, om misverstanden te vermijden, enige toelichting bij de titel van deze lezing, die sommigen onder u wellicht de wenkbrauwen heeft doen fronsen of hen doet betwijfelen of het onderwerp hun wel aan het hart ligt.

Eerst over het begrip «*geschillen van bestuur*». Bestuursgeschillen moeten afgebakend worden van de andere rechtsgeschillen met een definitie die toestaat het typische van hun beslechting aan te duiden. Wat de rechtsbescherming tegen het bestuur zo delicaat maakt is de ongelijkheid van de partijen, het na te streven evenwicht tussen algemeen en particulier belang, en de zogenaamde «voorrechten van de administratieve actie»: het eenzijdig verbindend en uitvoerbaar karakter van de administratieve rechtshandeling. Een bestuursbeslissing behartigt in beginsel immers geen particuliere belangen, maar het algemeen belang, en zij wordt gezagshalve genomen, zodat de administratie geen instemming van de gezagsonderhorige behoeft om hem verplichtingen op te leggen, evenmin als de medewerking van een rechter om die verplichtingen te doen uitvoeren.

Niet elk geschil tussen burger en bestuur is van die problematiek doordrongen. Het bestuursgeschil moet dan ook enger gedefinieerd worden, als een geschil tussen burger en bestuur of tussen besturen onderling over handelingen die in beginsel uitgaan van een administratieve overheid en door publiekrecht worden beheerst.

Vervolgens beperk ik mij tot de *beslechting* van bestuursgeschillen, d.i. het op definitieve wijze regelen van de wederzijdse aanspraken van de betrokken partijen, dus met een rechterlijke beslissing die met gezag van gewijsde is bekleed: *res iudicata pro veritate habetur*. Ik heb het dus niet over preventieve vormen van rechtsbescherming (voornamelijk procedurevoorschriften, denk maar aan de formele motiveringsplicht...), noch over de intern-administratieve rechtsbescherming (willig beroep, administratieve beroepen enz.), maar uitsluitend over de rechterlijke rechtsbescherming tegen het bestuur.

«*Anno 2000*» is een modeverschijnsel, waaraan ik evenmin ontsnap. Net zoals nieuwjaar het ogenblik is om goede voornemens te maken, is het bij het einde van de eeuw – in dit geval ook van het millennium – *bon ton* zich af te vragen hoe het met sommige dingen is gesteld en hoe het daarmee nu verder moet.

Vandaar het gebruik van het woord «*pleidooi*», dat in uw midden niet onbekend is: het is de rede van een advocaat voor een rechtsprekende instantie, waarbij hij probeert het gelijk aan zijn kant – doorgaans ook de kant van zijn cliënt – te krijgen. De term bestaat in alle wereldtalen, en komt eveneens van het Latijn. Cicero was er een meester in, doch dan vooral taalkundig, want voor het overige is hij geen referentie: vele van zijn pleidooien leidden tot de veroordeling van zijn cliënt, uiteindelijk tot zijn eigen ondergang.

Meer algemeen is een pleidooi echter, ik citeer Van Dale, «een betoog van iemand die als verdediger van iets optreedt of iets gedaan zoekt te krijgen», en het is in die betekenis dat het woord hier wordt gebruikt. Ik ga u inderdaad proberen warm te maken voor iets, meer bepaald voor het «jurisdictionele monisme», zodat ik u ook nog dat begrip moet uitleggen.

3. «*Jurisdictioneel monisme*» is het tegenovergestelde van «*jurisdictioneel pluralisme*», en dit laatste is typisch voor bestuursrechtspraak in België: de beslechting van bestuursgeschillen, enerzijds door de hoven en de rechtbanken van de rechterlijke macht, anderzijds door rechters of rechtscolleges die «administratieve rechtscolleges» worden genoemd omdat zij, alhoewel zij ongetwijfeld de rechterlijke functie uitoefenen, ressorteren onder de uitvoerende macht, of ruimer, «buitengerechtelijke rechtscolleges», omdat zij geen deel uitmaken van de rechterlijke macht. Meteen is gezegd dat het jurisdictionele pluralisme een opvallende afwijking is van Montesquieu's «scheiding der machten», waarbij immers elke overheidsfunctie exclusief aan een speciale staatsmacht zou worden opgedragen, inzonderheid de rechtspraak aan de rechterlijke macht.

4. Centraal in dit verband staan de artikelen 144 en 145 (de vroegere artikelen 92 en 93) van de Grondwet, die respectievelijk bepalen: «Geschillen over burgerlijke rechten behoren bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken» en «Geschillen over politieke rechten behoren tot de bevoegdheid van de rechtbanken, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen».

Aldus verleent de Grondwet de gewone rechter van rechtswege de macht om kennis te nemen van alle geschillen over subjectieve rechten, ook wanneer het bestuur daarbij betrokken is. Voor geschillen over burgerlijke rechten is die bevoegdheid exclusief, terwijl de beslechting van geschillen over politieke rechten door de wetgever aan buitengerechtelijke rechters kan worden opgedragen. En dat is ook gebeurd, waarop ik in wat volgt kort zal ingaan, om ons geheugen op te frissen.

* Uiteenzetting gehouden op 1 oktober 1994 op de openingszitting van de Conferentie van de Jonge Balie te Mechelen.

I. Overzicht van de geschillen van bestuur de *lege lata*

A. Rechtsbescherming door de gewone rechter

5. Vooraf zij echter benadrukt dat bestuursgeschillen in de eerste plaats door de hoven en rechtbanken van de rechterlijke macht worden beslecht, alhoewel «geschillen van bestuur» vaak worden geïdentificeerd met de geschillen die door de buitengerechtelijke rechtscolleges voor hun rekening worden genomen. Dit is echter een kortzichtig misverstand, dat overigens bijdraagt tot de actuele, m.i. ongelukkige aanpak van de problemen van het administratieve geschil, dat méér omvat dan het geschil voor de administratieve rechters.

Krachtens de artikelen 144 en 145 van de Grondwet beschikt de bestuurde immers over verschillende rechtsmiddelen om zich bij de gewone rechter te verzetten tegen onrechtmatig bestuur, waaraan administratieve rechtscolleges op geen enkele wijze te pas komen.

6. Allereerst en niet in het minst is het de hoven en de rechtbanken naar luid van artikel 159 (oud artikel 107) van de Grondwet verboden de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen – lees: alle mogelijke administratieve rechtshandelingen – toe te passen indien zij niet met de wetten – lees: het recht – overeenstemmen.

Artikel 159 van de Grondwet raakt de openbare orde, zodat elke rechter, en dus ook de gewone rechter, verplicht is om ambtshalve de rechtmatigheid na te gaan van de bestuurshandelingen die voor hem ter sprake komen, en ze in voorkomend geval buiten toepassing moet laten. In de praktijk berust het initiatief echter doorgaans bij een procespartij die zich met een zogenaamde «exceptie van illegaliteit» verzet tegen de toepassing van een onrechtmatige bestuurshandeling, in het kader van hetzij een «burgerlijk» geding, hetzij een strafvervolgung. Alleszins is de rechter verplicht daarop in te gaan indien de wettigheid van de betwiste handeling niet wordt aangetoond.

Ooit werd dit voorschrift eng geïnterpreteerd. Geleidelijk is echter aanvaard dat die wettigheidscontrole zich uitstrekt tot de niet-reglementaire administratieve beslissingen (waarmee de Raad van State het niet steeds eens is), de interne legaliteit van de bestuurshandelingen omvat en dat de rechter, zowel in een kort als in een gewoon geding, niet alleen tegen de grove onwettigheid, maar tegen elke onwettigheid moet optreden: «*Tu veux ce que tu ne dois point vouloir, tu ne seras pas obéi*».

De wet in de formele betekenis daarentegen wordt buiten de werkingssfeer van artikel 159 van de Grondwet gehouden of, preciezer, niet op haar overeenstemming met hogere rechtsregels getoetst: *non de legibus, sed secundum leges iudicandum est*. Uitzonderingen hierop vormen de toetsing van de Belgische wetkrachtige normen – nationale of «federales» wetten, decreten en ordonnances van de gemeenschappen en de gewesten –, door elke rechter, aan internationaal of supranationaal recht met rechtstreekse werking, en wel krachtens de leer van het «smeerkaasarrest» van het Hof van Cassatie van 27 mei 1971, en de toetsing door het Arbitragehof, enerzijds aan de regels die de bevoegdheden verdelen tussen de staat, de gemeenschappen en de gewesten, anderzijds aan de artikelen 10, 11 en 24 (de vroegere artikelen 6, *6bis* en 17) van de Grondwet. Bovendien kan opnieuw elke rechter de Brusselse ordonnances toetsen aan de gehe-

le Grondwet en de bijzondere Brussel-wet, behalve in de mate waarin die controle tot de bevoegdheid van het Arbitragehof behoort. Toetsing van wetten, decreten en ordonnances heeft echter niet meer te maken met ons onderwerp, de rechtsbescherming tegen het bestuur.

7. Vervolgens kunnen de gewone rechtbanken de administratie van oudsher veroordelen tot vergoeding van de schade die wordt aangericht door wederrechtelijke bestuurshandelingen, en wel met toepassing van de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek. Ook op dit stuk heeft zich een merkwaardige evolutie voorgedaan in de rechtspraak. Thans is de overheid aansprakelijk voor elke onzorgvuldige – individuele zowel als verordenende – bestuurshandeling, ook voor elk onzorgvuldig verzuim, en wordt aangenomen dat een onwettigheid op zichzelf, behoudens overmacht, onoverkomelijke dwaling of noodtoestand, een fout oplevert die de aansprakelijkheid van de overheid in het gedrang brengt wanneer hierdoor schade is aangericht.

8. Ten slotte werd de beslechting van talrijke, in het bijzonder aangewezen bestuursgeschillen met verschillende wetten uitdrukkelijk aan de hoven en de rechtbanken van de rechterlijke macht toevertrouwd, zoals bijvoorbeeld vele, soms zelfs de meeste of alle onteigenings-, sociaalrechtelijke, stedenbouw- en fiscale geschillen.

B. Rechtsbescherming door administratieve rechters

9. In de tweede plaats wordt de rechtsbescherming tegen onrechtmatig bestuur behartigd door verschillende administratieve rechters of rechtscolleges. Zoals gezegd staat artikel 145 van de Grondwet immers toe dat bij formele wet uitzondering wordt gemaakt op de principiële en algemene bevoegdheid van de rechterlijke macht om kennis te nemen van geschillen over subjectieve rechten.

10. Van die mogelijkheid is ruimschoots gebruik gemaakt, waarbij de wetgever slechts werd gehinderd door het grondwettelijk criterium «geschillen over politieke rechten» dat die mogelijkheid beperkt.

In dit verband rijst het probleem dat niemand schijnt te weten wat politieke rechten precies zijn, of wat het juiste verschil is – *non datur tertium* – tussen «politieke» en «burgerlijke» rechten. Uiteraard wordt deze begripsbepaling bemoeilijkt door de omstandigheid dat het begrip «politieke rechten» thans – voor zover de grondwetgever van 1831 dit niet reeds zelf zou hebben gedaan – verschillend wordt geïnterpreteerd naargelang het erom gaat de Belgische nationaliteit als voorwaarde te stellen voor de uitoefening ervan (artikel 8, oud artikel 4 van de Grondwet), of de wetgever toe te staan geschillen daarover aan buitengerechtelijke rechtscolleges op te dragen (artikel 145, oud artikel 93 van de Grondwet). Inderdaad, artikel 145 van de Grondwet is precies geschreven om sommige *fiscale* betwistingen niet door de hoven en de rechtbanken te moeten laten beslechten, waarmee de grondwetgever op zijn minst te kennen heeft gegeven dat het recht om (niet te veel) belastingen te betalen een politiek recht is. Niemand zal nochtans beweren dat het «genot» van dit recht aan vreemdelingen is ontegenwoordig...

Tot oplossing van het probleem werd in de rechtsleer, op voorstel van Mast, en gevolgd door een groot deel van de rechtspraak, een beroep gedaan op het zogenaamde «organieke criterium» tot afbakening van de politieke rechten. Aangezien naar luid van artikel 145 van de Grondwet alleen

geschillen over politieke rechten aan de bevoegdheid van de rechterlijke macht mogen worden onttrokken, zijn de rechten waaromtrent de geschillenbeslechting aan buitengerechtelijke rechtscolleges is opgedragen noodzakelijk politieke rechten. Voor het overige biedt het toevertrouwen van geschillen aan de gewone rechtbanken geen houvast, aangezien hun bevoegdheid algemeen is, en zowel geschillen over politieke als over burgerlijke rechten omvat. Dit criterium laat de bepaling van het begrip politieke rechten derhalve volledig over aan de wetgever, alhoewel het niet de bedoeling van de grondwetgever kan zijn geweest hem «carte blanche» te verstrekken. Ook verliest men daarbij uit het oog dat de wetgever zich kan vergissen, en geschillen over burgerlijke rechten, tegen de wil van de grondwetgever, aan administratieve rechtcolleges kan opdragen, waardoor zij, krachtens het organiek criterium, *ipso facto* geschillen over politieke rechten worden, zodat het criterium eigenlijk willekeurig wordt. Tenslotte komt het «organiek criterium» duidelijk neer op een kringredenering die oorzaak en gevolg identificeert: bepaalde geschillen *mogen* buiten de rechterlijke macht worden beslecht, *omdat* zij buiten de rechterlijke macht worden beslecht...

11. Wat in ieder geval vaststaat is dat er enkele subjectieve rechten bestaan waarover iedereen het eens is dat zij politieke rechten zijn in de zin van artikel 145 van de Grondwet. Dergelijke «politieke rechten uit hun aard» zijn het (actief en passief) kiesrecht of het *ius suffragii*, het recht om in een openbare bediening te worden aangesteld of het *ius honorum*, het recht om de wapens te dragen voor het vaderland of het *ius militiae* en het recht om belastingen te betalen of het *ius tributi*. Op dit stuk zijn dan ook de nodige buitengerechtelijke rechters of rechtscolleges aangesteld, zij het dat daarin niet veel systematiek te bespeuren valt. Dit is nog minder het geval in het zeer uiteenlopend, bijzonder procesrecht dat daarbij moet worden toegepast.

Zo oefent het *Rekenhof* een rechtsprekende functie uit over het omspringen met overheidsgeld door de rekenplichtigen van de staat, de gemeenschappen, de gewesten en de provincies.¹

De *bestendige deputatie* – een uitermate politiek samengesteld orgaan! – van de respectieve provincieraden doet hetzelfde ten aanzien van de gemeenteontvangers.² Tevens doet zij in eerste aanleg uitspraak over uiteenlopende geschillen over gemeenteraadsverkiezingen, over de (in sommige gemeenten verplichte) rechtstreekse verkiezing van de schepenen en over de verkiezingen van de raad van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn.³ Ook beslecht

zij – al dan niet in eerste aanleg – de bezwaren over, sedert 1987 alle gemeente- en provinciebelastingen.

Bezwaren over directe rijksbelastingen, met inbegrip van de daarbij aansluitende «aanvullende» lokale belastingen en «oneigenlijke» gewestbelastingen, worden in eerste aanleg beslecht door de *directeurs der belastingen*,⁴ rijksambtenaren die voor het overige administratieve functies vervullen. De geschillen over indirecte rijksbelastingen daarentegen worden alle rechtstreeks voor de gewone rechter gebracht, met toepassing van het gemene procesrecht, zij het dat tevens in eenvoudige administratieve beroepen is voorzien.⁵

Het *college van burgemeester en schepenen* van zijn kant neemt in eerste aanleg kennis van de bezwaren tegen de kiezerslijsten.⁶

De *militieraad*, die in elke provincie bestaat, neemt – voor zover nog nodig – kennis van de aanvragen om uitstel, van de aanvragen om vrijlating en van de uitsluitingen van legerdienst, waartegen door de gouverneur of de dienstplichtige beroep kan worden aangetekend bij de *Hoge Militieraad*.⁷ In elke provincie is er tevens een *herkeuringsraad* die o.m. aanvragen om vrijstelling of voorlopige afkeuring op lichamelijke grond beoordeelt.⁸ Zo ook zijn er de *militievergoedingscommissies*, die de beroepen behandelen tegen de beslissingen waarbij uitspraak werd gedaan over de aanvragen tot het verkrijgen van militievergoedingen.⁹

De *Vestigingsraad* neemt kennis van de beroepen ingesteld tegen de weigering, door de provinciale kamers voor ambachten en neringen, van het getuigschrift dat vereist is voor het uitoefenen van een gereguleerd beroep.¹⁰

Vermeldswaard zijn ook de verschillende *tuchtrechtscolleges* voor de «vrije beroepen», zoals de raden van de Orde van Advocaten en de tuchtraden van beroep.¹¹

Van recentere datum is het *College van Provinciegouverneurs*,¹² opgericht met de «pacificatiewet» van 9 augustus 1988,¹³ dat immers naast zijn adviserende opdracht soms de

⁴ Artt. 366 e.v. Wetboek van de Inkomstenbelastingen/1992.

⁵ Bijvoorbeeld voor registratierechten: «De moeilijkheden die in verband met de heffing van registratierechten voor het inleiden der gedingen kunnen oprijzen, worden door de Minister van Financiën opgelost» (art. 219 W. Reg.; in dezelfde zin art. 141 W. Succ., art. 74 W. Zeg., art. 202, 4°, W. Taksen en art. 84 W.B.T.W.). Zo ook werden voor fiscale administratieve sancties beroepen georganiseerd met art. 9 van het regentbesluit van 18 maart 1831, dat bepaalt: «Le Ministre (des Finances) statue sur les réclamations ayant pour objet la remise d'amendes et d'augmentations de droits à titre d'amendes autres que celles prononcées par le juge, et arrête les transactions entre l'administration et les contribuables», inmiddels overgenomen in bijna alle fiscale wetboeken (art. 335, W.I.B., 141 W. Succ., 219 W. Reg., 74 W. Zeg., 202 (4), W. Taksen, 84 W.B.T.W.).

⁶ Artt. 18-26 Kieswetboek. Hoger beroep kan worden ingesteld bij het hof van beroep.

⁷ Artt. 24-37 gecoördineerde dienstplichtwetten.

⁸ Artt. 38-49 gecoördineerde dienstplichtwetten. De minister van Binnenlandse Zaken en de dienstplichtige kunnen zich voorzien bij het Hof van Cassatie (art. 50).

⁹ Artt. 34-38 wet 9 juli 1951; K.B. 17 januari 1964.

¹⁰ Artt. 12-13 wet 15 december 1970 op de uitoefening van beroepswerkzaamheden in de kleine en middelgrote handels- en ambachtsondernemingen.

¹¹ Art. 456 e.v. Gerechtelijk Wetboek.

¹² Art. 131bis Provinciewet.

¹³ B.S., 13 augustus 1988.

¹ Wet van 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof; art. 13, § 4, bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen; zie ook art. 74 W. 17 juli 1991 op de rijkscomptabiliteit. Voorzittingen daartegen kunnen voor het Hof van Cassatie worden gebracht.

² Rgt. B 10 februari 1945, art. 213. Cassatieberoep komt bij de Raad van State, cf. *infra*.

³ Artt. 74-77bis Gemeentekieswet; artt. 18 en 18bis van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de O.C.M.W. De Raad van State is bevoegd in hoger beroep (art. 16, 1° en 4°, R.v.St.-wet). Zie ook de wet van 7 juli 1994 «betreffende de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezing van de provincieraden en de gemeenteraden en voor de rechtstreekse verkiezing van de raden voor maatschappelijk welzijn».

rechtsprekende taken waarneemt van de bestendige deputaties van de provincieraden van Limburg of Henegouwen, ten aanzien van de «taalgrensgemeenten» Voeren en Komen-Waasten.¹⁴

Nog jonger is het «college» van negen leden waaraan met ingang van 1 januari 1995 de rechtsprekende functie is opgedragen van de bestendige deputatie van de op dat ogenblik afgeschafte provincie Brabant, voor het grondgebied van het administratief arrondissement Brussel-Hoofdstad, dat immers van geen provincie meer deel zal uitmaken.¹⁵

Het jongste buitengerechtelijke rechtscollege is de *Controlecommissie betreffende de verkiezingsuitgaven en de boekhouding van de politieke partijen*, d.i. een orgaan van de federale wetgevende macht, opgericht bij de wet van 4 juli 1989.¹⁶ Krachtens de wet van 7 juli 1994¹⁷ moet die Controlecommissie immers uitspraak doen over de bezwaren van kandidaten bij de provincieraadsverkiezingen tegen de verkiezing van provincieraadsleden die de hun bij die wet opgelegde beperkingen van de verkiezingsuitgaven niet zijn nagekomen. De Controlecommissie kan de verkozenen van zijn mandaat vervallen verklaren, waartegen beroep openstaat bij de Raad van State.

12. Slechts uitzonderlijk wordt een administratief rechtscollege afgeschaft. Zo namen *provinciale beroepskamers* tot vorig jaar kennis van de beroepen tegen beslissingen of tegen het uitblijven van een beslissing van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn over individuele hulpverlening.¹⁸ Met de wet van 12 januari 1993 «houdende een urgentieprogramma voor een meer solidaire samenleving»¹⁹ werden die geschillen echter zonder omhaal overgeheveld naar de arbeidsrechtbanken, net als in 1967 is gebeurd, bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek, met de sociale geschillen die tevoren door verschillende commissies en colleges werden beslecht.

13. Het hoogste en belangrijkste administratieve rechtscollege is de in 1946 opgerichte Raad van State, preciezer, de afdeling administratie van die Raad. Die is immers belast met een rechtsprekende taak «met volle rechtsmacht», en vooral met het «annulatiecontentieux».²⁰ Bevoegdheid

«met volle rechtsmacht» betekent dat de Raad van State geschillen over subjectieve – noodzakelijk politieke – rechten beslecht, ofwel als appelrechter, voornamelijk ten aanzien van de bestendige deputaties (in verband met verkiezingen, verkiesbaarheidsvoorwaarden, onverenigbaarheden en tuchtzaken van de gemeenten of de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en de terugbetaling van bijstandskosten tussen openbare centra voor maatschappelijk welzijn van dezelfde provincie), ofwel in enige aanleg (terugbetaling van bijstandskosten tussen O.C.M.W. van verschillende provincies, verdeling van gemeentegoederen enz...).²¹

De belangrijkste opdracht van de afdeling administratie van de Raad van State betreft echter het «annulatieberoep», waarbij naar luid van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State uitspraak wordt gedaan, zeer algemeen, «over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtrekking van de hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht,²² ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheidene administratieve overheden».²³

Meteen kan de Raad van State onverschillig welke, griefhoudende en uitvoerbare administratieve rechtshandeling van onverschillig welke administratieve overheid, wegens onverschillig welke onrechtmatigheid, nietig verklaren, zij het dat zijn bevoegdheid residuair is: hij kan niet aangesproken worden vooraleer de eventueel ter beschikking staande, door de wet ingestelde administratieve beroepen of jurisdictionele beroepen bij een administratief rechtscollege zijn uitgeput, en hij komt nooit aan de beurt wanneer bij een hof of een rechtbank van de rechterlijke macht een beroep met hetzelfde onderwerp openstaat. Met de instelling van de Raad van State was immers geen uitholling beoogd van de bestaande rechtsbescherming, door de gewone rechter.

De vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State doet uiteraard vragen rijzen in het licht van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet, naar luid waarvan hem slechts de beslechting van geschillen over politieke rechten kon worden opgedragen, wat bovendien uitdrukkelijk moest gebeuren. Nu kan moeilijk worden verdedigd dat elk geschil over een administratieve rechtshandeling meteen een geschil over een politiek recht is, en dat met artikel 14 van de Raad van State-wet aan het voorschrift van artikel 145 van de Grondwet is voldaan, gelet op de overweging dat de annulatiebevoegdheid van de Raad van State geen afbreuk mocht doen aan de bestaande bevoegdheden van de rechterlijke macht. Het probleem werd vrij eenvoudig opgelost door aan te ne-

problemen op tussen gemeenten, provincies en openbare instellingen (art. 12), en tussen de onder haar ressorterende administratieve rechtscolleges (art. 13).

²¹ Art. 16 R.v.St.-wet.

²² Kortom, wegens schending van het recht. Doorgaans wordt een viervoudig onderscheid gemaakt tussen onbevoegdheid, vormgebreken, misbruik van bevoegdheid en de restcategorie «schending van de wet». De eerste twee hebben betrekking op de «externe», de laatste twee op de «interne» wettigheid van de rechtshandeling.

²³ Waaraan is toegevoegd: «of tegen de administratieve beslissingen in betwiste zaken». Dit laatste zijn de beslissingen van de administratieve rechtscolleges waarvan de Raad ditmaal geen kennis neemt «met volle rechtsmacht», maar als administratieve cassatierechter.

¹⁴ Artt. 18bis en 21bis van de wet van 8 juli 1976; art. 77bis Gemeentekieswet. Zie het K.B. van 6 september 1988 tot vaststelling van de nadere regels voor de werking van het college van provinciegouverneurs ingesteld bij art. 131bis van de Provinciewet, gewijzigd bij K.B. van 28 juni 1994.

¹⁵ Art. 83quinquies, § 2, bijz. W. 12 januari 1989, als ingevoegd bij art. 87 bijz. W. 16 juli 1993 «tot vervollediging van de federale staatsstructuur» (B.S., 20 juli 1993).

¹⁶ «Betreffende de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven, de financiering en de open boekhouding van de politieke partijen» (B.S., 20 juli 1989). Inmiddels gewijzigd bij de wetten van 21 mei 1991 (B.S., 4 juni 1991), 18 juni 1993 (B.S., 7 augustus 1993; err. B.S., 27 oktober 1993) en 19 mei 1994 (B.S., 25 mei 1994).

¹⁷ «Betreffende de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezing van de provincieraden en de gemeenteraden en voor de rechtstreekse verkiezing van de raden voor maatschappelijk welzijn» (B.S., 16 juli 1994).

¹⁸ Voormalige artt. 69-74, wet 8 juli 1976; K.B. 9 maart 1977.

¹⁹ B.S., 4 februari 1993.

²⁰ De afdeling dient ook nog de respectieve regeringen van advies over niet-betwiste zaken (artt. 8 en 9 R.v.St.-wet), verleent advies in mijnzaken (art. 10), kent vergoedingen toe voor buitengewone, niet-foutief aangerichte schade (art. 11), lost de bevoegdheids-

men dat de Raad van State geen uitspraak doet over de schending van een subjectief recht van de verzoeker – die hoeft overigens slechts een «belang» aan te voeren bij zijn beroep – maar een zogenaamd «objectief geschil» beslecht, waarbij uitsluitend wordt nagegaan of de wet niet is geschonden. Kortom, artikel 14 R.v.St.-wet kent de Raad ongetwijfeld een rechtsprekende bevoegdheid toe, zodat hij even ongetwijfeld rechtsgeschillen beslecht, maar niet over subjectieve rechten,²⁴ wat nogal kunstmatig is voor wie weet dat een subjectief recht een aanspraak is op andermans gedrag, die door het objectieve recht wordt erkend of toegekend, en derhalve niets anders dan de keerzijde van het gedragsvoorschrift dat in de objectieve rechtsregel ligt besloten.

Hoe dan ook komt de theorie van het «objectieve geschil» de efficiëntie van het annulatieberoep niet ten goede. Telkens immers wanneer aan het licht komt dat een verzoeker de bescherming van een subjectief recht nastreeft, *a fortiori* van een burgerlijk recht – wat steeds het geval is wanneer om rechtsherstel wordt verzocht – moet de Raad van State hem wandelen sturen, of moet de rechtzoekende een bijkomend beroep doen op de gewone rechter.

II. Kritiek van de administratieve geschillenbeslechting

14. Het vorenstaande is reeds een eerste kritiek van de administratieve geschillenbeslechting, die meer algemeen in drie bedden ziek is.

A. Rechtsveelheid en rechtsonzekerheid

15. Allereerst is het systeem uiteenlopend, onoverzichtelijk en alleshalve systematisch georganiseerd, waardoor de rechtseenheid in het gedrang komt, meteen de rechtszekerheid wordt uitgehouden. Zo moet de rechtzoekende vaak een echte speurtocht ondernemen om de juiste instantie aan te spreken, vervolgens om de correcte procedureregels toe te passen, waarover dan nog de nodige meningsverschillen kunnen bestaan. Aan die formele, soms formalistische kwesties wordt ontzettend veel energie besteed, waarmee de grond van de zaak niet eens is aangeraakt. Overigens kunnen onbevoegde administratieve rechters een zaak onmogelijk doorzenden naar de bevoegde gewone rechter of omgekeerd: het beschot tussen de beide rechtsmachten is waterdicht, en de termijnen lopen.

Dit probleem wordt nog in de hand gewerkt door de omstandigheid dat het verschil niet steeds opvalt tussen een administratief beroep – het beroep op het bestuur, om met een administratieve rechtshandeling een genomen beslissing ongedaan te maken – en een jurisdictioneel beroep bij een administratief rechtscollège, te meer daar hetzelfde orgaan – bijvoorbeeld de bestendige deputatie – soms zowel van het ene als van het andere kennis neemt, en de beide, fundamenteel verschillende vormen van rechtsbescherming soms in dezelfde bewoordingen worden georganiseerd.

Dit schept niet alleen problemen voor de burger. Zo zijn de Vlaamse en de federale regering op dit ogenblik voor het Arbitragehof in een geschil verwikkeld over de kwalificatie

van de bevoegdheid van de bestendige deputatie om uit te maken in welke mate verschillende gemeenten moeten bijdragen in gemeenschappelijke, verplichte uitgaven.²⁵ Indien het immers om een administratieve beslissing gaat, kan het Vlaamse Gewest daarop bestuurlijk toezicht organiseren. Gaat het daarentegen om een jurisdictionele beslissing, dan is alleen de federale staat bevoegd om daartegen rechtsmiddelen te organiseren, aangezien de organisatie van rechtspraak «door de Grondwet aan de wet is voorbehouden», en derhalve, krachtens de rechtspraak van het Arbitragehof op grond van artikel 19 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, aan de federale wetgever.

Dezelfde complicatie heeft echter ook gevolgen voor de rechtzoekende. Zo bestaat er een Vlaamse decreetsbepaling²⁶ naar luid waarvan de regels betreffende de invordering van de rijksinkomstenbelastingen *mutatis mutandis* toepasselijk zijn op de Vlaamse milieuheffingen op de waterverontreiniging. Op grond daarvan is de Vlaamse Milieumaatschappij ervan overtuigd dat haar beslissingen over bezwaren tegen die milieuheffingen jurisdictionele beslissingen zijn, die kunnen worden aangevochten bij het hof van beroep, naar analogie met de voorziening bij het hof van beroep tegen de beslissingen van de directeurs der belastingen inzake directe rijksbelastingen. Dit zou echter impliceren dat de Vlaamse decreetgever de uitoefening van de rechtsprekende functie heeft geregeld, waartoe hij, zoals gezegd, onbevoegd is. In grondwettige zin geïnterpreteerd moet het bezwaar bij de Vlaamse Milieumaatschappij dus een administratief beroep zijn, tegen de uitkomst waarvan de gemeenschappelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend, dat zijn verzet bij de gewone rechter tegen de invordering van de milieuheffing of een annulatieberoep bij de Raad van State tegen de afwijzingsbeslissing. Doch dit maakt nogal een verschil.

Een opmerking: de administratie is zo overtuigd van haar gelijk, dat zij een stukje heeft geschreven in het recentste programmadecreet (op 23 september 1994 in het Staatsblad)²⁷ op grond waarvan het hof van beroep nu uitdrukkelijk bevoegd wordt verklaard.²⁸ Ik hou mijn hart vast voor de procedurele complicaties die daar het gevolg van kunnen zijn.

16. Jurisdictioneel pluralisme leidt ook tot rechtsonzekerheid in die zin dat de administratieve en de gewone rechter er onvermijdelijk verschillende opvattingen op nahouden over dezelfde rechtsvragen. Ik moge bijvoorbeeld verwijzen naar de uiteenlopende rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State over het «belang» voor het instellen van een rechtsvordering, over de toepassing van onwettige «constitutieve» beslissingen en over de toepassing van artikel 159 van de Grondwet ten aanzien van individuele

²⁵ Art. 256, § 1, nieuwe Gemeentewet.

²⁶ Art. 35 *septies decies*, § 1, van de wet van 26 maart 1971, als ingevoegd bij decreet van 25 juni 1992 houdende diverse bepalingen tot begeleiding van de begroting 1992 (B.S., 11 juli 1992).

²⁷ Decreet van 6 juli 1994 houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 1994 (B.S., 23 september 1994).

²⁸ Nieuwe §§ 3 tot en met 7 van artikel 35 *quinquies decies* van de wet van 26 maart 1971. De bedoeling was toepassing te maken van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, in het licht van het in 1993 gewijzigde artikel 19 van diezelfde wet.

²⁴ Behalve wanneer hij met «volle rechtsmacht» optreedt, wat uitsluitend op art. 93 Gw. is gebaseerd.

bestuurshandelingen, waaromtrent niemand een gemeenschappelijk laatste woord kan spreken. «Jurisdictioneel pluralisme» sluit per definitie rechtseenheid uit.

B. Leemten in de rechtsbescherming

17. Vervolgens vertoont de rechtsbescherming die door administratieve rechtscolleges moet worden verzekerd, mede ten gevolge van hun gebrekkige procedureregelingen, grote leemten, en niet alleen van procedurele aard. Een opvallend voorbeeld is de bijna volkomen onmogelijkheid om voor de administratieve rechtscolleges werkelijk rechtsherstel te krijgen indien dat niet in hun beslissing zelf – bijvoorbeeld een annulatie – besloten ligt en de overheid onwillig blijft.

Een spectaculaire illustratie biedt het imbroglío-Zoete. Op 12 mei 1981²⁹ vernietigde de Raad van State, wegens schending van het redelijkheidsbeginsel, de beslissing van een centrale examencommissie die Nicole Zoete niet geslaagd had verklaard in haar eindexamen kinesitherapie. De examencommissie vertikte het echter in haar nieuwe beslissing met de in het arrest aangehaalde rechtsoverwegingen rekening te houden, waarop de Raad van State ook de nieuwe afwijzingsbeslissing vernietigde, en tevens een dwangsom oplegde aan de leden van de examencommissie voor het geval binnen een bepaalde termijn geen rechtsherstel zou zijn verleend.³⁰ Daarop verleende de examencommissie fluks het diploma – niet alleen de vakbonden zijn bang van dwangsommen – zij het zeer tegen haar zin, want «onder voorbehoud van cassatie».

Het arrest van de Raad van State werd inderdaad gedeeltelijk vernietigd door het Hof van Cassatie³¹ wegens schending van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet, op grond dat elk geschil over het herstel van een op onrechtmatige wijze gekrenkt recht, hetzij burgerlijk, hetzij politiek, op zijn beurt steeds een burgerlijk recht betreft, zodat het tot de exclusieve bevoegdheid behoort van de gewone rechtbanken³² en de Raad van State geen dwangsom mocht verbinden aan het immers ten onrechte bevolen rechtsherstel.³³ De be-

perkte zaak werd terugverwezen naar de Raad van State, waar de verzoekster – die inmiddels immers haar diploma had bemachtigd, terwijl de vernietiging van de weigering ervan onaangetast was gebleven – bij gebrek aan belang afstand deed van haar annulatieberoep, wat door de Raad van State werd ingewilligd.³⁴

De minister van Onderwijs trok echter naar de beslagrechter, die Nicole Zoete veroordeelde tot teruggave van het diploma, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 fr. per dag vertraging, omdat het diploma uitsluitend was verleend op grond van het vernietigde onderdeel van het arrest van de Raad van State,³⁵ wat werd bevestigd door het hof van beroep.³⁶

Intussen brak 1990 aan, en op dat ogenblik is de Raad van State wel degelijk bevoegd geworden om een dwangsom op te leggen aan onwillige bestuursoverheden, waar ik het straks nog over zal hebben. Nicole Zoete trok dus opnieuw naar de Raad van State, doch deze verwierp haar verzoek op grond dat hij onmogelijk afbreuk kon doen aan het gezag van het gewijsde van het arrest van het Hof van Cassatie.³⁷ Sederdient mocht worden vernomen dat Nicole Zoete, totaal ontmoedigd, het heeft opgegeven nog rechtsherstel na te streven. Nochtans staat als een paal boven water, krachtens het gezag van het gewijsde van het niet-vernietigde gedeelte van het eerste arrest van de Raad van State, dat haar diploma haar op onrechtmatige wijze is ontzegd...

C. Onbehoorlijke rechtsbedeling

18. Ten slotte, en dit wordt door het voorgaande uiteraard in de hand gewerkt, schieten de administratieve rechtscolleges vaak tekort op het stuk van de behoorlijke rechtsbedeling, zoals die is erkend in verschillende artikelen van de Grondwet, in artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en in artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten. Naast de afdwingbare toegang tot een bij de wet ingerichte rechterlijke instantie, die recht spreekt en onvoorwaardelijk door iedereen moet worden gehoorzaamd, gaat het om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, de gelijkheid van de rechtzoekenden en de eerlijke en openbare afhandeling van de zaken, binnen een redelijke termijn en met formeel verantwoorde, openbare beslissingen. Niet voor niets wordt België a.h.w. met de regelmaat van een klok op de vingers getikt in Straatsburg, ook voor zijn administratieve rechtsbedeling: het meest recente voorbeeld is het arrest van 23 juni 1994, dat betrekking had op de procedure voor de Raad van de Orde van Advocaten – misschien gelukkig voor u: bij de balie te Hasselt – en de Raad van State.

De verklaring daarvan is eenvoudig: men heeft de meeste administratieve rechtscolleges, die tot de uitvoerende macht behoren en meestal in de eerste plaats administratieve taken behartigen – een uitzondering is de afdeling administratie

²⁹ Nr. 21.167, *Arr. R.v.St.*, 1981, 725, *R.W.*, 1981-82, 254, met advies auditeur BORRET en noot.

³⁰ *R.v.St.*, 8 juli 1982, nr. 22.446, *Arr. R.v.St.*, 1982, 1271, *R.W.*, 1982-83, 1633.

³¹ Krachtens art. 106 Gw. regelt het Hof van Cassatie de «conflicten van attributie», dit zijn geschillen over de respectieve bevoegdheid van administratieve en gewone rechtscolleges, zodat op grond daarvan de arresten van de Raad van State bij het Hof van Cassatie kunnen worden bestreden. Zie ook de artt. 33-34 *R.v.St.-wet*.

³² Aldus trouwens reeds Cass., 16 december 1965, *Pas.*, 1965, I, 513-518, en *J.T.*, 1966, 320, telkens met conclusie W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH; 7 november 1975, *R.C.J.B.*, 1977, 417, met noot A. VAN WELKENHUYZEN.

³³ Cass. (Ver. K.), 23 maart 1984, *R.W.*, 1984-85, 15, *T.B.P.*, 1984, 457, telkens met concl. procureur-generaal KRINGS, *Adm. Publ. (M.)*, 1984, 4. Inmiddels bevestigde het Benelux-Gerechtshof dat een vernietiging door de Raad van State geen «hoofdveroordeling» is in de zin van art. 1385bis *Gerechtelijk Wetboek* (art. 1 eenvormige Beneluxwet) (Benelux-Gerechtshof, 1 juli 1988, *R.W.*, 1988-89, 145, met concl. eerste advocaat-generaal WAMPACH en noot G.L. BALLON, «De Raad van State en de dwangsom»; *J.L.M.B.*, 1988, 1201, met noot B. HAUBERT en C. PANIER, «L'astreinte et le contentieux de l'annulation devant le Conseil d'Etat»).

³⁴ *R.v.St.*, 14 november 1985, nr. 25.859, *T.B.P.*, 1987, 150, met noot, *Adm. Publ. (M.)*, 1985, 149, met noot.

³⁵ Beslagr. Brugge, 24 november 1987, *R.W.*, 1988-89, 1407.

³⁶ Gent, 16 oktober 1989, vooralsnog onuitg.

³⁷ *R.v.St.*, nr. 37.990, 29 oktober 1991, *Adm. Publ. (M.)*, 1991, 129, met noot, *T.B.P.*, 1993, 57.

van de Raad van State – nooit op het uitoefenen van de rechtsprekende functie kunnen of willen organiseren, wat de vervulling van hun administratieve taken immers zeer zou hinderen. Een voorbeeld biedt de typische geschillenprocedure inzake directe rijksbelastingen, waarbij de «tweeslachtigheid» van de geschillenprocedure – het achtereenvolgens optreden van een administratieve en een gewone rechter – nog tot het mank lopen van de rechtsbedeling heeft bijgedragen. Daarover kwam ikzelf destijds tot de slotsom: «Inzake directe rijksbelastingen wordt dit haalbare ideaal slechts benaderd bij de luttele geschillen die rechtstreeks en met toepassing van het gemene procesrecht door de gewone rechters worden beslecht. (...) De bezwaarprocedure bij de directeur daarentegen, waarheen de geschillen over de rechtmatigheid van directe rijksbelastingen zijn gekanaliseerd, voldoet niet aan de gestelde eisen. Zij garandeert geen eerlijke behandeling van de zaak, de besluitvorming is geheim, de beslissingen laten onredelijk lang op zich wachten en worden niet publiek gemaakt. Vooral het statuut van de directeur staat een behoorlijke rechtsbedeling in de weg; hij is niet onafhankelijk en kan nauwelijks onpartijdig zijn. (...) Het hof van beroep, dat op zichzelf wel als een behoorlijke rechterlijke instantie kan worden aangemerkt, kan deze tekortkomingen niet herstellen, omdat het gehandicapt is in zijn rechtsmacht tot kennisneming. Rechterlijke rechtsbedeling mag bovendien niet onbehoorlijk zijn, (de) belastingschuldige heeft recht op twee behoorlijke instanties, en tenslotte tast de verplichte voorafgaande tussenkomst van een onbehoorlijke rechter het recht op toegang tot de behoorlijke rechter zelf aan. Het Hof van Cassatie kan dit evenmin verhelpen (...). Tenslotte weigeren alle andere gewone rechters meestal zich aan het rechtmatigheidsonderzoek te begeven dat door de directeur kan of kon worden verricht. Kortom, op het stuk van de behoorlijke rechtsbedeling struikelt het contentieux der directe rijksbelastingen over zijn centraal fenomeen: de onbehoorlijke bezwaarprocedure van het wetboek der inkomstenbelastingen.»³⁸

Onbehoorlijke rechtsbedeling is echter geen monopolie van de administratieve rechtscolleges, denken we maar aan de achterstand in gerechtszaken. Alhoewel: minister van Binnenlandse Zaken L. Tobback schreef, in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 5 juni 1990 tot wijziging van de gecoördineerde wetten op de Raad van State: «Het is voor iedereen duidelijk dat de rechtsbescherming tegenover het overheidsoptreden kan loopt: de gemiddelde behandelingsduur van een Franstalige procedure (voor de Raad van State) bedraagt reeds 28 maanden, terwijl die van een Nederlandstalige procedure niet minder dan 55 maanden (d.i. vier jaar en zeven maanden) bedraagt. 57% van de procedures bij de Raad van State kennen een behandelingsduur van meer dan 3,5 jaar. Een auditeur doet er, o.a. gezien het aantal zaken, gemiddeld 2 jaar, 3 maanden en 16 dagen over om zijn verslag op te stellen. Deze voor de burger tergend trage afwerking van de dossiers, o.a. te wijten aan de onaanangepaste procedures, het vrij gering aantal administratieve magistraten, de afwezigheid van garanties m.b.t. de uitvoering van de arresten en tenslotte de globale structuur zelf van het administratief contentieux, leidt tot een systeem waarbij

de rechtsbescherming langzaam aan een fictie wordt en er een situatie ontstaat van feitelijke rechtswegering.»³⁹

III. Recente ontwikkelingen

19. Al die problemen zijn niet onopgemerkt gebleven en hebben de jongste jaren aanleiding gegeven tot menigvuldige ontwikkelingen. Ik zet ze even op een rijtje, per sector en in chronologische volgorde. U zult onmiddellijk merken dat zij niet steeds de beschreven problemen verhelpen.

A. Fiscale geschillen

20. De belangrijkste recente hervorming van de procedure inzake fiscale geschillen was allicht de wet van 23 december 1986 «betreffende de invordering en de geschillen ter zake van provinciale en plaatselijke heffingen». ⁴⁰ Aan allerlei tevoren voor de bevoegdheidsverdeling tussen verschillende rechtscolleges en de rechtspleging zeer belangrijke, maar nogal kunstmatige distingo's – tussen directe en indirecte belastingen, aandeel- en omslagbelastingen, en al dan niet «met het patent analoge taksen betreffende naamloze vennootschappen en commanditaire vennootschappen op aandelen» – werd elk procedureel belang ontnomen. Voortaan beslecht alleen de bestendige deputatie van de provincieraad alle bezwaren over alle belastingen die door de provincie- en gemeentebesturen zelf worden ingevorderd. Tegen haar beslissingen kan beroep worden aangetekend bij het hof van beroep, met toepassing van de procedure van de directe rijksbelastingen, op voorwaarde dat de betwiste belasting minstens 10.000 frank bedraagt. Anders kan men zich rechtstreeks in cassatie voorzien.

21. Inzake de rijksfiscale geschillen is er de jongste jaren weinig beslist. Zo was er het zogenaamde «charter van de belastingplichtige», dat aanleiding heeft gegeven tot een hoofdstuk van de wet van 4 augustus 1986 «houdende fiscale bepalingen», ⁴¹ onder de welluidende titel «rechtszekerheid van de belastingplichtige». Tot welbegrepen rechtszekerheid werd daarmee slechts weinig bijgedragen: de meeste bepalingen hadden voornamelijk een beperking of bemoeilijking van de vervolging van fiscale fraude op het oog, dus «onrechtszekerheid van de fraudeur», i.p.v. «rechtszekerheid van de belastingplichtige».

22. Wel circuleren er een aantal voorstellen. Zo kwam er in 1987 een verslag van de Koninklijke Commissie tot harmonisering en vereenvoudiging van de fiscaliteit, die voorstellen om alle rijksfiscale geschillen, naar het voorbeeld van de directe rijksbelastingen, in eerste aanleg aan de administratie toe te vertrouwen. Wel wenste de Commissie dat maatregelen zouden worden getroffen om de onafhankelijkheid te verstevigen van de ambtenaren die de geschillen zouden afhandelen en om het recht van verdediging te waarborgen. Bovendien werden een aantal verbeteringen voorgesteld inzake het opleggen van fiscale administratieve sancties.

In 1990 werd op gezag van de staatssecretaris van Financiën een «voorontwerp van wetboek van fiscale procedure»

³⁸ *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe rijksbelastingen*, 1987, 521-522.

³⁹ *Gedr.St., Senaat*, 1989-90, nr. 984/1, 1.

⁴⁰ *B.S.*, 12 februari 1987.

⁴¹ *B.S.*, 20 augustus 1986.

opgesteld, dat het radicaal over een andere boeg gooide. Afgezien van enkele administratieve beroepen zou het rijksfiscale proces volledig worden geïntegreerd in de rechterlijke macht, en beslecht worden – afgezien van enkele bijzondere regels, zoals de algemene bevoegdheid in eerste aanleg van de rechtbank van eerste aanleg, ongeacht de waarde van de vordering, behalve voor de aan de vrederechter toevertrouwde geschillen over kadastrale inkomens en huur-, verkoop- en bouwwaarden van onroerende goederen – met toepassing van het Gerechtelijk Wetboek.

In het Frans zegt men: «*Il n'y a que les imbéciles qui ne changent jamais d'opinion.*» Inderdaad, op het aangehaalde voorontwerp is dit jaar opvallend teruggekomen met een voorontwerp «van wet houdende het wetboek van belasting-procedure», op grond waarvan alle rijksfiscale geschillen – afgezien van enkele beperkte uitzonderingen – opnieuw zouden worden toevertrouwd aan administratieve rechters, zij het aan jurisdictioneel gespecialiseerde en uitdrukkelijk tot onafhankelijkheid verplichte «directeurs van de belastinggeschillen»; tegen wier beslissingen een voorziening zou kunnen worden ingesteld bij het hof van beroep, waarna uiteraard ook nog een voorziening bij het Hof van Cassatie openstaat. Kortom, met enige vertraging zou alsnog het advies van de Koninklijke Commissie worden opgevolgd, en zou men de geschillen over indirecte rijksbelastingen laten beslechten zoals dat van oudsher gebeurt voor de directe rijksbelastingen.

B. Procedure voor de bestendige deputatie in het algemeen

23. In aansluiting bij de vermelde nieuwe procedure voor de betwisting van gemeente- en provinciebelastingen, werd in 1987 een nieuw artikel 104bis in de Provinciewet ingevoegd,⁴² dat in een notedop de procedure regelt die door de deputatie moet worden toegepast wanneer zij welke rechtsprekende taak ook uitoefent. Het artikel werd goeddeels gedistilleerd uit de procedureregeling van de afdeling administratie van de Raad van State, en past in enkele regels haast alle beginselen van behoorlijke rechtsbedeling toe op de bestendige deputatie: contradictoir debat, «gelijke wapens», recht van verdediging, openbare behandeling van de zaak, motivering en openbaarmaking van de uitspraak.

Artikel 104bis van de Provinciewet werd uitgevoerd met het koninklijk besluit van 17 september 1987 «betreffende de procedure voor de bestendige deputatie in de gevallen waar in deze een rechtsprekende taak vervult»,⁴³ waarin de deputatie onder meer wordt verplicht – zij het zonder sanctie – uitspraak te doen binnen een termijn van negentig dagen vanaf de ontvangst van het verzoekschrift (art. 6). Benevens

⁴² Art. 6 van de wet van 6 juli 1987 «tot wijziging van sommige bepalingen van de provinciewet» (B.S., 18 augustus 1987).

⁴³ B.S., 29 september 1987. Slechts residuair toepasselijk, d.i. indien in bijzondere wetgeving (bijvoorbeeld inzake lokaal-fiscale geschillen) niet anders wordt bepaald (art. 1). Het besluit is eveneens (goeddeels) toepasselijk wanneer het «college van provinciegouverneurs» de rechtsprekende taak van de bestendige deputaties van Limburg en Henegouwen vervult (K.B. 6 september 1988, art. 10) of wanneer het «college van 9» op 1 januari 1995 te Brussel de rechtsprekende taken van de bestendige deputatie van de provincie Brabant zal overnemen (art. 83quinquies, § 2, bijz. W. 12 januari 1989).

andere interessante innovaties werd voor het overige op nieuw *mutatis mutandis* toepassing gemaakt van het procedurereglement van de Raad van State.

C. De afdeling administratie van de Raad van State

24. In 1989 werd onder meer de beruchte «vordering tot schorsing» voor de Raad van State ingevoerd, op dat ogenblik, naar analogie met wat bestond – en nog steeds bestaat – voor het Arbitragehof, beperkt tot de gevallen waarin de verzoekende partij aannemelijk zou maken dat de artikelen 10, 11 of 24 (toen 6, 6bis of 17) van de Grondwet waren geschonden.⁴⁴ Bij de wet van 19 juli 1991⁴⁵ werd die mogelijkheid uitgebreid tot alle rechtsschendingen, en werd de Raad van State tevens bevoegd gemaakt om voorlopige maatregelen te treffen. De procedure werd geregeld met het koninklijk besluit van 5 december 1991 «tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State».⁴⁶

25. Met de wet van 17 oktober 1990 «tot wijziging van de gecoördineerde wetten op de Raad van State»⁴⁷ werden verschillende andere problemen van de Raad van State aangepakt, onder meer zijn toenemende achterstand en de uitvoering van zijn arresten.

Wat het eerste betreft werden de proceduretermijnen efficiënter gesanctioneerd. Zo wordt een verzoeker die de termijnen voor het toesturen van de memories niet naleeft, voortaan geacht zijn belang te hebben verloren, zodat zijn beroep onontvankelijk wordt. Ook wordt hij geacht afstand te doen indien hij geen verzoek tot voortzetting van de procedure indient binnen dertig dagen na de betekening van het auditorsverslag waarin een afwijzing van het beroep wordt voorgesteld. Wat de verwerende partij betreft, haar te laat ingediende memories worden voortaan ambtshalve uit de debatten geweerd. Indien zij het administratief dossier niet tijdig bezorgt, worden de door de verzoeker aangehaalde feiten bewezen geacht, tenzij zij kennelijk onjuist worden bevonden.⁴⁸ Ook de risico's op vertraging die voortvloeien uit de tussenkomst van derden-belanghebbenden in de procedure werden beperkt.⁴⁹ En het indienen van het verslag van het auditoraat wordt bespoedigd door de auditeurs toe te staan zich te beperken tot het onderzoek van het middel of de exceptie waarmee het geschil kan worden opgelost.⁵⁰ Ter uitvoering van die wetwijzigingen werd tevens het procedurereglement aangepast, met toepassing waarvan voortaan vaste proceduretermijnen gelden en bijzondere regels

⁴⁴ Wet van 16 juni 1989 «houdende diverse institutionele hervormingen» (B.S., 17 juni 1989). De procedure werd uitgewerkt in een K.B. van 27 oktober 1989 «tot bepaling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State waarbij een vordering tot schorsing aanhangig is gemaakt» (B.S., 11 november 1989; err. B.S., 25 november 1989); inmiddels gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 6 december 1990 (B.S., 29 december 1990) en 10 juli 1991 (B.S., 2 augustus 1991).

⁴⁵ «Tot wijziging van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, houdende invoering van een administratief kort geding» (B.S., 12 oktober 1991; err. B.S., 21 november 1991).

⁴⁶ B.S., 14 januari 1992, 578.

⁴⁷ B.S., 13 november 1990; err. B.S., 11 december 1990.

⁴⁸ Nieuw art. 21 R.v.St.-wet.

⁴⁹ Nieuw art. 21bis; vgl. art. 21 van het R.v.St.-reglement.

⁵⁰ Aanvulling art. 24.

zijn bepaald voor de behandeling van manifest onontvanke-lijke, ongegronde of gegronde beroepen.⁵¹

Uiteindelijk werd met de wet van 17 oktober 1990 aan de Raad van State ook nog de mogelijkheid geboden een dwangsom op te leggen in geval van niet-uitvoering van een annulatiearrest.⁵² De procedure daarvan werd geregeld met het K.B. van 2 april 1991 «tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State inzake de dwangsom».⁵³

26. Ten slotte mag worden vermeld dat bij de wet van 24 maart 1994⁵⁴ onder meer werd bepaald dat de verjarings-termijn voor een beroep bij de Raad van State tot nietigverklaring van een individuele bestuurshandeling pas begint te lopen op voorwaarde dat bij de betekening van die beslissing het bestaan van dit beroep en de in acht te nemen vormvoor-schriften en termijnen worden vermeld.

D. Administratieve rechtbanken van eerste aanleg

27. Het neusje van de zalm op dit ogenblik zijn echter de administratieve rechtbanken van eerste aanleg, waarvan de oprichting reeds op 22 december 1989 werd aangekondigd door de regering:⁵⁵ één per provincie of rechtsgebied van een hof van beroep, «ontdubbeling» in Brabant. Daaraan zou in eerste instantie de algemene annulatiebevoegdheid van de Raad van State worden opgedragen, alsmede de bevoegdheid van bepaalde andere, thans bestaande admini-stratieve rechtscollages, wat geval per geval zou worden uit-gemaakt. De leden van de rechtbank zouden worden bijge-staan door referendarissen – hulpjuristen – en niet door au-diteurs, zodat geen verslagen worden uitgebracht zoals bij de Raad van State gebeurt, dit om efficiënt te kunnen werken en minder belangrijke zaken snel te kunnen afhandelen. Tevens zou in spoedprocedures, vereenvoudigde afdoening, op-schorting, voorlopige maatregelen, dwangsom enz. worden voorzien, en zou de voorzitter een aantal zaken alleen kun-nen afhandelen. Hoger beroep bij de Raad van State zou vooral voor de eenheid van de rechtspraak moeten zorgen, zodat de feiten nog slechts aan marginale controle zouden

worden onderworpen. Die beroepsmogelijkheid zou tevens getemperd worden door een voorafgaande selectie bij de Raad van State zelf, om systematische dubbele behandeling van de zaken te vermijden. Het toenemen van het aantal pro-cedures zou ten slotte in de hand worden gehouden door de instelling van een voorafgaande «heroverwegingsprocedu-re».

Dit voornemen leidde tot de oprichting, in 1992, van een werkgroep van deskundigen, die een voorontwerp van wet moet opstellen tot oprichting van die administratieve recht-banken. Op dit ogenblik rondt die werkgroep zijn werkzaam-heden af, en heeft een voorontwerp van wet in de maak tot oprichting van elf administratieve rechtbanken van eerste aanleg, één per provincie en één voor Brussel, die de rechtsprekende taken zullen overnemen van een hele was-list administratieve rechtscollages, met inbegrip van de af-delung administratie van de Raad van State, die rechter wordt in hoger beroep (en de mogelijkheid krijgt een boete op te leggen voor tergend en roekeloos beroep). Beroepen tot nietigverklaring van de reglementen van de Staat, de Ge-meenschappen en de Gewesten zullen echter, zoals voor-heen, rechtstreeks bij de Raad van State moeten worden in-gediend.

E. Opmerkingen

28. Ten slotte moet in herinnering worden gebracht dat de Raad van State, bij grondwetswijziging van 18 juni 1993,⁵⁶ werd «geconstitucionaliseerd», en meer bepaald in het nieu-we artikel 160 (oud artikel 107*quinquies*) van de Grondwet werd opgenomen, in een hoofdstuk dat volgt op het hoofd-stuk over «de rechterlijke macht».

Vermeld mag ook worden dat bij de wet van 30 juni 1994 tot invoering van een artikel 141*2bis* in het Gerechtelijk Wet-boek⁵⁷ geprobeerd werd een mouw te passen aan de zoge-naamde «uitvoeringsimmunitet» van het bestuur. Ik ga daar hier niet op in, niet omdat de federale schilderijen mij na aan het hart liggen, maar omdat dit slechts zijdelings verband houdt met de geschillen van bestuur. Ik moge u echter ver-zekeren dat ik daaromtrent mijn bedenkingen heb, al was het maar omdat de wetgever, met een uiterst beperkte regeling van het beslag op overheidsgoederen, impliciet de onwillig-heid van de overheid heeft erkend om rechterlijke beslissin-gen uit te voeren.

IV. Pleidooi voor jurisdictioneel monisme

29. Op het eerste gezicht lijken de geschetste ontwikke-lingen indrukwekkend. Het komt mij echter voor dat zij, hoe goed bedoeld ook, niet zoveel aarde aan de dijk hebben ge-bracht of zullen brengen.

Zo slaagt de bestendige deputatie, waarvan de rechterlijke bevoegdheid de jongste jaren flink is uitgebreid, er niet altijd in zich als een rechtvaardige rechter waar te maken. Met het nieuwe artikel 104*bis* van de Provinciewet kon immers de po-litieke samenstelling van de deputatie niet verdonkere-maand worden, en zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid

⁵¹ K.B. van 7 januari 1991 «tot wijziging van het besluit van de re-gent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State» (B.S., 16 januari 1991).

⁵² Nieuw art. 36 R.v.St.-wet, als inmiddels gewijzigd bij art. 148 W. 20 juli 1991 «houdende sociale en diverse bepalingen» (B.S., 1 au-gustus 1991).

⁵³ B.S., 1 juni 1991.

⁵⁴ «Tot wijziging van de wetten op de Raad van State» (B.S., 17 mei 1994).

⁵⁵ Overigens in navolging van vroegere initiatieven, zoals het wetsvoorstel-DE STAERCKE «betreffende de hervorming van de rechtspleging inzake administratieve geschillen», *Gedr.St., Kamer*, 1962-63, nr. 479/1; het advies van de Raad van State hieromtrent, *ibid.*, nr. 479/2; het wetsvoorstel-DE STAERCKE «tot invoering van pro-vinciale administratieve rechtbanken», *Gedr.St., Kamer*, 1963-64, nr. 652/1; R. VANDEKERCKHOVE, *Geschillen van bestuur. Hervorming van het administratief contentieux. Werknota*, 1976; L. TOBBACK, «De Be-stendige Deputatie en de globale hervorming van het administratief contentieux», *De Bestendige Deputatie als rechtsprekend orgaan*, 1990, (135) 145-148; het wetsvoorstel-CEREXHE van 23 november 1989 «tot oprichting van administratieve rechtbanken», *Gedr.St., Se-naat*, 1989-90, nr. 808/1.

⁵⁶ B.S., 29 juni 1993.

⁵⁷ B.S., 21 juli 1994.

blijft dan ook twijfelachtig bij het beslechten van geschillen waarbij soms politieke belangen op het spel staan.

Overigens, niet alleen strafrechters gaan in volle strafzaak met het openbaar ministerie uit eten: ik kan u brieven tonen van bestendig afgevaardigden die de burgemeester er «met genoeg» van op de hoogte brengen dat, dank zij hun toedoen, de bestendige deputatie een fiscaal geschil in het voordeel van de gemeente zal beslechten. Nochtans, en het is ons gisteren weer in herinnering gebracht: *justice must not only be done, it must also be seen to be done*. Sommige deputaties drijven het zelfs zover het ter uitvoering van artikel 104bis van de Provinciewet geschreven procedurereglement «wegen zijn omslachtigheid» niet of slechts wanneer dit goed uitkomt toe te passen. Straks krijgt u nog een voorbeeld.

Bij de Raad van State is het korte geding, alhoewel een uitstekend idee en op zichzelf efficiënt, uiteindelijk ook een boosdoener. Ondanks de strikte ontvankelijkheidsvoorwaarden heeft de invoering, eerst van de vordering tot schorsing wegens schending van de artikelen 10, 11 of 24 van de Grondwet, vervolgens van het korte geding wegens elke onwettigheid, tot een explosie van spoedprocedures aanleiding gegeven. Het aantal beroepen is uiteindelijk verdubbeld, in een derde van de zaken wordt een schorsing gevraagd, die in ongeveer één op acht gevallen wordt toegestaan...⁵⁸ Deze aanzienlijke nieuwe klus kan door de Raad van State uiteraard slechts worden geklaard ten koste van een oplopende achterstand, waaraan de wet van 17 oktober 1990 weinig kon verhelpen: het ophalen van enkele weken vertraging bij het onderzoek van de zaak is *peanuts* in een procedure die hoe dan ook jaren aansleept...

Overigens bleek het een illusie dat de Raad van State «als enige» bevoegd zou worden voor administratieve korte gedingen, en dat de voorzitters van de rechtbanken voortaan met rust zouden worden gelaten. De Raad van State kan immers slechts schorsen wanneer hij tevens kan vernietigen, en hij kan niet vernietigen en dus evenmin schorsen wanneer de verzoeker de bescherming van een subjectief recht nastreeft. De invoering van het korte geding bij de Raad van State heeft dan ook een nieuwe en opnieuw tijdrovende betwisting veroorzaakt: over de bevoegdheidsverdeling tussen de Raad van State en de voorzitters van de rechtbanken van eerste aanleg. Telkens opnieuw moet het geslacht van de engel worden bepaald: streeft de verzoeker de bescherming van een subjectief recht na (bevoegdheid voorzitter), of gaat het om een louter objectief rechtsgeschil (bevoegdheid Raad van State)?

De bij dezelfde wet van 17 oktober 1990 bij de Raad van State ingevoerde dwangsom bleek eveneens goeddeels een dode mus. De Raad van State kan ze immers niet onmiddellijk, in zijn vernietigingsarrest, opleggen. Eerst moet de verzoeker een beroep doen op de goede wil van de in gebreke blijvende overheid, hij moet haar vervolgens in gebreke stellen, en pas dan, wanneer niet wordt gereageerd, moet hij opnieuw naar de Raad van State trekken om een dwangsom te horen opleggen, met alle vertraging van dien. De dwangsom moet vervolgens worden ingevorderd met medewerking van de minister van Binnenlandse Zaken, wat ook veel tijd kost,

en komt overigens niet toe aan de verzoeker, maar aan een federaal begrotingsfonds, waaruit zij aangewend moet worden voor «de modernisering van de organisatie van de administratieve rechtspraak».

Ten slotte en vooral, alleen «de overheid», d.i. een publiekrechtelijke rechtspersoon, kan de dwangsom verbuuren, niet het betrokken orgaan van die overheid, wat uiteraard niet bijdraagt tot bereidwilligheid om gevolg te geven aan het vernietigingsarrest. Dit wordt nog verergerd wanneer een overheidsorgaan in naam en – letterlijk – voor rekening van een andere overheid optreedt.

Een hallucinante illustratie daarvan biedt de zaak-Lavent, die 21 jaar geleden is begonnen. Op 7 augustus 1973 weigert het college van burgemeester en schepenen van Deinze een exploitatievergunning voor een varkensstal. Het administratief beroep daartegen wordt verworpen door de bestendige deputatie van Oost-Vlaanderen op 23 november 1973, ten onrechte, want die weigering wordt op 9 augustus 1976 vernietigd door de Raad van State. Op 3 juni 1977 wordt het beroep echter andermaal afgewezen door de bestendige deputatie, opnieuw ten onrechte, want die nieuwe weigering wordt op 21 mei 1981 opnieuw vernietigd door de Raad van State. Op 14 december 1984 verwerpt de deputatie het beroep voor de derde maal, wat op 1 juni 1989 opnieuw wordt vernietigd door de Raad van State, en waarbij de Raad bijzonder duidelijk maakt dat de vergunning moest worden toegelaten. U zult mij niet geloven, maar op 28 april 1992 weigert de deputatie de vergunning een vierde maal, wat op 13 augustus 1992 wordt geschorst en op 25 februari 1993 andermaal wordt vernietigd door de Raad van State.

Nochtans had de Raad van State, na de derde vernietiging en allicht verbijsterd door zoveel onwil, bij arrest van 20 februari 1992 een dwangsom opgelegd van 25.000 fr. per dag, niet aan de provincie, maar aan de bestendige deputatie zelf, doch zonder het minste succes: de bestendige deputatie stuurt de rekening door naar het Vlaamse Gewest, waarvoor zij in de zaak immers als gedeconcentreerd bestuur optreedt. Om die reden weigerde de provincieraad overigens, op 7 april 1993, de dwangsom in te schrijven op de begroting...

Vindt u ook niet dat er grenzen zijn? Tijdens het zetten van de tekst mocht ik vernemen dat de bestendige deputatie het beroep op 3 maart 1994 voor de vijfde maal verworpen heeft, wat inmiddels werd geschorst door de Raad van State (R.v.St., nr. 49.647, 13 oktober 1994, vooralsnog onuitg.).

Administratieve rechtbanken van eerste aanleg van hun kant zullen wellicht kunnen bijdragen tot het verminderen van de achterstand bij de Raad van State, doch zij zullen, indien ze buiten de rechterlijke macht worden georganiseerd, even machteloos zijn als de Raad van State zelf om rechtsherstel te verlenen. Hun oprichting zal bovendien de bevoegdheidsbetwistingen tussen de rechterlijke macht en de buitengerechtelijke rechtscolleges – al dan niet veroorzaakt door de exclusieve bevoegdheid van de rechterlijke macht voor de «subjectieve geschillen» – doen toenemen. Overigens ziet het ernaar uit dat de oprichting van nieuwe rechtbanken, met een eigen bestaafing, niet verzoenbaar is met de budgettaire (on)mogelijkheden van dit ogenblik: rechtsbescherming wordt wellicht op prijs gesteld, maar haar prijs mag niet te hoog zijn...

30. Ik kom tot de kern van mijn pleidooi. Wat bij dit alles opvalt is dat telkens opnieuw pogingen worden ondernomen om de in de loop van de jaren aan het licht gekomen knelpun-

⁵⁸ Zie A. BAETEMAN, «Recente hervormingen m.b.t. de werking en de bevoegdheid van de Raad van State», *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (21) 40.

ten op te ruimen: aanpassingen, geval per geval, van de verschillende procedures aan sommige eisen van de behoorlijke rechtsbedeling. Zelden of nooit wordt een alomvattende aanpak overwogen, die m.i. slechts kan bestaan in de integratie van alle geschillen van bestuur in het gemeenrechtelijk proces, dat wil zeggen bij één rechterlijke macht.

Bij nader inzien kunnen de moeilijkheden van de administratieve geschillenbeslechting immers in twee groepen worden verdeeld. De eerste soort problemen is typisch voor de administratieve rechtscolleges, en vloeit zonder meer voort uit het principe zelf van het «jurisdictioneel pluralisme», d.i. het naast elkaar functioneren van gewone en «buitengerechtelijke» rechtscolleges. Precies de van het gemene recht afwijkende, bovendien onderling uiteenlopende samenstelling, organisatie, bevoegdheid en rechtspleging van de administratieve rechtscolleges brengen de rechtsbescherming in het gedrang, wat vaak in de hand wordt gewerkt door de al dan niet exclusieve bevoegdheid van de gewone rechters. «Jurisdictioneel monisme» lijkt daarvoor de eenvoudigste oplossing, en was overigens de kern van de leer van Montesquieu: het was vooral de rechtspraak die gescheiden moest worden van de andere machten.

Met de tweede soort problemen – in het bijzonder overbelasting en achterstand, uitvoering van de veroordelingen van de overheid, enz. – wordt ook de gewone rechter geconfronteerd, en het lijkt niet onverstandig hetzelfde probleem slechts eenmaal op te lossen, in één enkele rechterlijke macht.

De integratie van heel de administratieve rechtspraak in het gemene procesrecht lijkt evenmin moeilijk. Men zou immers kunnen volstaan met de onderscheiden administratieve rechtscolleges hun rechtsprekende bevoegdheid te ontnemen – of, zoals bijvoorbeeld zinvol lijkt in fiscale zaken, die bevoegdheid te verdopen tot een administratief beroep – waarna automatisch, krachtens de artikelen 144 en 145 van de Grondwet, de rechterlijke macht bevoegd wordt, zonder dat zulks hoeft te worden gezegd. Alleen indien binnen die rechterlijke macht gespecialiseerde administratieve hoven of rechtbanken zouden worden opgericht – zoals destijds is gebeurd voor de sociale geschillen – moet ook aan het gemene procesrecht worden gesleuteld. Hoe dan ook kost de oprichting van administratieve rechtbanken binnen de rechterlijke macht minder dan erbuiten: de rechters kunnen immers in alle rechtbanken of kamers worden ingezet, volgens de behoeften.

Ten slotte zullen vele bevoegdheidsgeschillen overbodig worden – de gewone rechters kunnen immers doorverwijzen, al dan niet na tussenkomst van de arrondissementsrechtbank – en wordt werkelijk rechtsherstel mogelijk, met alles erop en eraan.

Een dergelijke hervorming kan bovendien van de in het gemene procesrecht geleverde, en ditmaal reeds grotendeels voltooide inspanningen profiteren. Meteen treft men immers onafhankelijke en onpartijdige rechters aan, die op hun functie zijn ingesteld en een tot in de details geregelde, in beginsel behoorlijke procedure waarborgen. Weliswaar loopt ook daar een en ander verkeerd, maar het lijkt handiger één procedure verder aan te passen aan de eisen van de rechtsstaat dan het werk te versnipperen over verschillende rechtsplegingen. De verbeteringen die aan het gemene recht alsnog moeten worden aangebracht, zowel in het algemeen als op het stuk van de procesvoering tegen de overheid, ko-

men dan immers ten goede aan heel de administratieve rechtspraak, ook aan de administratieve geschillenbeslechting die op dit ogenblik reeds door de gewone rechter wordt behartigd.

31. Tegen «jurisdictioneel monisme» wordt doorgaans het gebrek aan specialisatie – dus eigenlijk de ondeskundigheid – van de gewone rechter uitgespeeld: berechting van administratieve geschillen zou het hanteren vereisen van beginselen die buiten het burgerlijk recht liggen en die afgestemd zijn op de confrontatie van algemeen en particulier belang, met inachtneming, wegens de fundamentele ongelijkheid van de partijen, van een inquisitoriale procedure.

Als antwoord mag de vaststelling volstaan dat in talrijke andere bestuursgeschillen, die nu reeds door de gewone rechter worden beslecht, die gewone rechter er niet voor terugschrikt en er vaak ook in slaagt het bestuur respect bij te brengen voor de rechten van de burger, met toepassing van zeer ingewikkeld publiekrecht. Overigens belet niets dat bij de rechterlijke macht in publiekrecht gespecialiseerde rechtbanken, afdelingen of kamers worden opgericht en in aangepast procesrecht voor de bestuursgeschillen wordt voorzien, zoals trouwens is gebeurd voor de sociale geschillen. Een eerste selectie van de geschillen door specialisten kan trouwens worden bereikt met eenvoudige administratieve beroepen, die bij de administratie moeten kunnen worden ingediend.

Voor het overige zullen allicht praktische bezwaren worden geopperd – bijkomende belasting en meteen ontredde- ring van de rechterlijke macht, kosten van de gewone procedure, enz. – die in wezen neerkomen op de gebreken van de gemeenrechtelijke procedure op het stuk van de behoorlijke rechtsbedeling in het algemeen en van de behoorlijke beslechting van bestuursgeschillen in het bijzonder. Deze procedure is inderdaad niet volmaakt. Opnieuw moet echter worden opgemerkt dat de justitiële rechters thans reeds talloze geschillen moeten oplossen, inzonderheid bestuursgeschillen, en dat zij dat hoe dan ook op behoorlijke wijze moeten doen. Wanneer hun procedure onvolmaakt of daarvoor niet geschikt is, moet ze reeds voor hun huidige opdracht verbeterd worden.

De gebreken van de rechterlijke macht kunnen dan ook niet alleen niet worden ingeroepen om niets te doen, zij moeten in ieder geval worden aangepakt, en daar kan de administratieve geschillenbeslechting mee van profiteren. Praktische problemen kunnen niet als excuus worden aangevoerd, zij moeten worden overwonnen. En dan lijkt het consequenter één procedure aan de behoeften van de rechtsstaat aan te passen, waarin vervolgens zoveel mogelijk geschillen worden geïntegreerd, dan fragmentarisch, voor elk geschil afzonderlijk, zo goed als dat gaat en zo kwaad als het moet, half- of tweeslachtige procedures te verbeteren, die alleen maar opgelapt kunnen worden.

Uitleiding

32. Uiteindelijk komt het voorstel neer – maar ik treed hier niet in detail, omdat u eerst het bos moet beoordelen, dan pas de bomen – op de oprichting van administratieve rechtbanken binnen de rechterlijke macht, één in elk gerechtelijk arrondissement, naast de rechtbank van eerste aanleg, de rechtbank van koophandel en de arbeidsrechtbank, waarover de bestaande soepel kan worden verdeeld, volgens de

respectieve behoeften. Aan die geïntegreerde administratieve rechtbanken zouden alle bestuursgeschillen kunnen worden opgedragen, dus zowel de administratieve rechtspraak die thans reeds door de gewone rechters wordt behartigd, als de bestuursgeschillen die nu door administratieve rechtscolleges worden beslecht. Hoger beroep komt voor (administratieve kamers van) de hoven van beroep – aparte «bestuurshoven» lijken overbodig, te meer daar geen lekenrechters vereist zijn – en de cassatievoorziening komt uiteraard voor (de administratieve kamer van) het Hof van Cassatie. Administratieve rechtbanken en de administratieve kamers van de hoven van beroep en van het Hof van Cassatie kunnen uiteraard bijkomend recruteren uit de af te schaffen administratieve rechtscolleges, met inbegrip van de afdeling administratie van de Raad van State.

Wat de rechtspleging betreft treed ik evenmin in detail: op dit ogenblik wordt aan de rechtsfaculteit te Leuven een studie beëindigd die uitmondt in een «modelcode beginselen van algemeen procesrecht», die vooralsnog «onder embargo» staat, doch waarvan ik wel kan verklappen dat in bijzondere regels wordt voorzien voor de behandeling, ook door de rechterlijke macht, van administratieve geschillen. Voor het overige zou het gemene procesrecht werkelijk gemeen recht uitmaken. Uit die Leuvense studie blijkt overigens hoe onzinnig het is aan het administratief procesrecht *sensu stricto* te sleutelen zonder hetzelfde te doen voor het gemene procesrecht, dat immers toepasselijk is wanneer de gewone rechter nu reeds de administratie tot de orde moet roepen. Voor het overige is dit gemene procesrecht nog zo kwaad niet.

33. U zult zeggen: uw voorstel is ongrondwettig. Inderdaad, sedert vorig jaar staat in de Grondwet, in een ander hoofdstuk dan het hoofdstuk van de rechterlijke macht, dat de Raad van State uitspraak doet als administratief rechtscollege, zodat de opheffing van de afdeling administratie – concreet: haar integratie in de rechterlijke macht – een grondwetsherziening vereist. Daarover kan worden gediscussieerd, doch het gemak waarmee grondwetsherzieningen de laatste jaren worden doorgevoerd stemt mij optimistisch.

34. U zult wellicht niet zeggen, maar denken: uw voorstel is naïef, en getuigt van weinig realiteitszin, mede gelet op de lange tenen waarop allicht zal worden getrapt. Daarbij graag de volgende bedenkingen, vooraleer ik het woord teruggeef en uw stafhouder mij onder vuur kan nemen.

Allereerst: het geschetste voorstel is niet origineel: het is de kern van wat in Nederland in 1989 door de regering werd voorgesteld naar aanleiding van het eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie.⁵⁹ Zijn onze noorderburen ook naïef? Ten slotte: mijn pleidooi is slechts bedoeld als bijdrage tot het debat. Uiteindelijk zullen anderen beslissen. Advocaten weten overigens dat niet alle pleidooien met succes worden bekroond. Mag ik in alle bescheidenheid opnieuw verwijzen naar Cicero?

P. VAN ORSHOVEN
Gewoon hoogleraar K.U. Leuven

⁵⁹ Naar een nieuwe structuur van de rechterlijke organisatie, 's-Gravenhage, Ministerie van Justitie, augustus 1989.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

8 DECEMBER 1994

Voorzitter: de h. Hess

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Verzekering – Motorrijtuigen – Bestuurder – Vervoerde persoon

De bestuurder van het motorrijtuig dat de schade heeft veroorzaakt, kan niet mede worden begrepen onder de «personen die, onder welke titel ook, worden vervoerd» wier schade op grond van art. 3, § 2, van de Gemeenschappelijke Bepalingen door de verzekering moet worden gedekt.

Zaak A 93/5

Conclusie van eerste advocaat-generaal B. Janssens de Bisthoven

1. Op 22 november 1980 deed zich een aanrijding voor tussen het motorrijtuig dat toebehoorde aan Eric D. die bij de naamloze vennootschap A.L. was verzekerd en het voertuig dat toebehoorde aan ene Georges G. die bij de naamloze

vennootschap A.G.F. was verzekerd. Eric D. en zijn broer Georges D. waren de enige inzittenden van het eerste motorrijtuig. Bij die aanrijding werden zij zwaar gewond. Georges D. bezweek op 29 maart 1985 aan zijn verwondingen.

Het strafonderzoek werd niet voortgezet nu niet kon worden uitgemaakt wie van beide broers D. het motorrijtuig op het ogenblik van het ongeval bestuurde.

2. Bij zijn leven daagde Georges D. samen met zijn echtgenote Josiane A. de naamloze vennootschap A.L., Eric D. en de naamloze vennootschap A.G.F. tot vergoeding van de door het ongeval veroorzaakte schade voor de rechtbank van eerste aanleg. De Landsbond der Christelijke Mutualiteiten kwam als gesubrogeerde in de rechten van zijn aangeslotene Georges D. vrijwillig tussen in het geding. Niet betwist werd dat het ongeval aan een fout van de bestuurder van het voertuig D. toe te schrijven was.

3. Bij arrest van 18 november 1991 wees het Hof van Beroep te Luik de vordering tegen de naamloze vennootschap A.G.F. af op grond dat geen enkele schuld ten laste van G.G. werd aangetoond, alsmede de vordering tegen Eric D. nu door eisers (Josiane A. en de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten) niet werd aangetoond dat betrokkene het schadetoebrengende motorrijtuig bestuurde.

4. Het hof van beroep verklaarde echter de tegen de naamloze vennootschap A.L. gericht vordering in beginsel

gegrond op grond dat «de opeenvolging (van de artikelen 3, tweede lid, en 4, § 1, van de wet van 1 juli 1956), ter voorkoming van uitholling daarvan, noodzakelijkerwijs impliceert dat artikel 3 op volstrekt alle vervoerde personen met inbegrip van de bestuurder betrekking heeft, terwijl artikel 4 grond geeft tot afwijkingen, met name voor de bestuurder; dat niet wordt betwist dat Georges D. in de verongelukte auto werd vervoerd en aan zijn verwondingen is bezweken; dat (verweerders) derhalve het recht hebben de vergoeding van hun schade te vorderen, onverminderd het recht van (eiseres) om aan te tonen dat Georges D. een vervoerde persoon was, die onder de in artikel 4 bepaalde uitzonderingen ressorteert; dat, zelfs als niet kan worden uitgemaakt wie het motorrijtuig bestuurde, het voorts buiten betwisting staat dat dit door (eiseres) verzekerde voertuig door een van beide broers werd bestuurd».

5. Het Hof van Cassatie, waarbij een voorziening door de naamloze vennootschap A.L. aanhangig werd gemaakt, waarin met name de uitlegging door het Hof van Beroep te Luik van de artikelen 3, tweede lid, en 4, § 1, van de wet van 1 juli 1956, welke overeenkomen met de artikelen 3, § 2, en 4, § 1, 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, op de korrel werd genomen, stelde de uitspraak uit en verzocht het Benelux-Gerechtshof de volgende vragen van uitleg te beantwoorden:

«1) dient in de zin van artikel 3, § 2, van de gemeenschappelijke bepalingen de bestuurder van het schadetoebrengende motorrijtuig mede te worden begrepen onder de 'personen, die onder welke titel ook, worden vervoerd' wier schade door de verzekering moet worden gedekt?

2) zo ja, indien de bestuurder van het schadetoebrengende motorrijtuig ingevolge artikel 4, § 1, 1, van de gemeenschappelijke bepalingen in de overeenkomst van het recht op een uitkering wordt uitgesloten,

a) rust dan de plicht op de WAM-verzekeraar om aan te tonen dat de vervoerde persoon ten behoeve van wie vergoeding van de geleden schade van die verzekeraar wordt gevorderd, die bestuurder is?

b) indien niet kan worden uitgemaakt wie het motorrijtuig op het tijdstip van het ongeval bestuurde, moeten dan alle in het voertuig aanwezige personen worden beschouwd als 'personen, die onder welke titel ook, worden vervoerd' in de zin van bovengenoemd artikel 3, § 2, wier schade door de WAM-verzekeraar moet worden gedekt?»

6. Artikel 3 van de Gemeenschappelijke Bepalingen luidt als volgt:

«§ 1. De verzekering moet de burgerrechtelijke aansprakelijkheid dekken van de eigenaar, van ieder houder, van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig en van iedere vervoerde persoon, zulks met uitzondering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschafte en van hen die, dit wetende, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken.

§ 2. De verzekering moet de schade omvatten, welke aan personen en aan goederen wordt toegebracht door in België, in Luxemburg en in Nederland voorgevallen feiten. Zij moet mede de schade omvatten, toegebracht aan personen, die onder welke titel ook, worden vervoerd door het motorrijtuig, dat de schade veroorzaakt; de goederen door dat mo-

torrijtuig vervoerd, kunnen van de verzekering worden uitgesloten.

§ 3. De verzekering moet de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor de door het motorrijtuig veroorzaakte schade dekken zoals die aansprakelijkheid voortvloeit uit de toepasselijke wet.»

Blijkens artikel 4:

«1. (Kunnen) van het recht op een uitkering (...) worden uitgesloten:

1) de bestuurder van het motorrijtuig dat het ongeval veroorzaakt, alsmede de verzekeringnemer en zij wier burgerrechtelijke aansprakelijkheid door de polis is gedekt;

2) de echtgenoot van de personen bedoeld in vorig nummer, alsmede hun bloed- en aanverwanten in de rechte linie, mits dezen bij hen inwonen en door hen worden onderhouden.»

7. De bepalingen waarvan de uitlegging door het Hof van Cassatie wordt gevraagd, kunnen niet op zichzelf worden beschouwd. Bij de bestudering ervan dient rekening te worden gehouden met de opzet van de Overeenkomst en de Gemeenschappelijke Bepalingen, met de wijze waarop de uit te leggen bepalingen zijn ingebed in de regeling van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen en met de betrekkingen tussen die bepalingen en de overige bepalingen van de wet.

8. De Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen en de daarbij behorende Gemeenschappelijke Bepalingen «gaan uit van en hebben uitsluitend betrekking op een verzekering waarvan het onderwerp is de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een bepaald motorrijtuig aanleiding kan geven». In die rechtsoverweging die aan de motivering van het arrest van uw Hof van 17 maart 1986 is ontleend, is behoudens het daarin uitdrukkelijk bedoelde geval op uitputtende wijze het door de Overeenkomst en de Gemeenschappelijke Bepalingen bestreken gebied bepaald.¹

9. De Overeenkomst en de Gemeenschappelijke Bepalingen hebben betrekking op:

- een verzekering,
- een aansprakelijkheidsverzekering,
- een verzekering tegen de burgerrechtelijke aansprakelijkheid,
- tegen de burgerrechtelijke aansprakelijkheid die uit het gebruik van een motorrijtuig ontstaat,
- uit het gebruik van een bepaald motorrijtuig.

Laten we wat nader op die diverse onderdelen ingaan.

Een verzekering: de Overeenkomst slaat zowel op de handeling zelf als op de overeenkomst die de juridische vertaling ervan is. Zonder dat het nodig is de verzekeringsovereenkomst te omschrijven, zij vermeld dat bij die overeenkomst twee personen zijn betrokken: de verzekeraar die zich tot een bepaalde schadeloosstelling verbindt bij verwezenlijking van de overwogen eventualiteit en de verzekerde die een premie betaalt om zich daartegen in te dekken.

Een aansprakelijkheidsverzekering, d.w.z. een overeenkomst waarbij de verzekeraar de verzekerde vrijwaart voor de schade welke voortvloeit uit op aansprakelijkheid berus-

¹ Zaak A 84/4, Openbaar Ministerie en Meeuws/Lloyd Wigham, *Jur.*, deel 7, p. 7, nrs. 20 en 21.

tende vorderingen die door derden tegen hem worden ingesteld.

Een verzekering tegen de burgerrechtelijke aansprakelijkheid: volgens de door De Page gegeven omschrijving is de burgerrechtelijke aansprakelijkheid «celle qui existe lorsque la loi oblige de réparer le dommage causé à autrui en dehors de toute relation contractuelle préexistante entre l'auteur du dommage et la victime». ² Bij de door de verzekering gedekte burgerrechtelijke aansprakelijkheid wordt in de wetgevingen van de Beneluxlanden uitgegaan van een schuld van de verzekerde, een door een derde geleden schade en een oorzakelijk verband tussen de schuld en de schade.

Ten slotte laatste onderdeel: een verzekering tegen de burgerrechtelijke aansprakelijkheid die uit het gebruik van een bepaald motorrijtuig op de in artikel 2 van de Gemeenschappelijke Bepalingen bedoelde plaatsen ontstaat.

10. In zijn arrest van 16 april 1992 stelt het Benelux-Gerechtshof: «dat uit de toelichting op artikel 1 van de Gemeenschappelijke Bepalingen blijkt dat er grond is voor toepassing van die bepalingen indien de schade door een motorrijtuig is veroorzaakt, ter zake waarvan de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de verzekerde bestaat, zoals die aansprakelijkheid voortvloeit uit de toepasselijke wet». In artikel 3, § 3, van de Gemeenschappelijke Bepalingen is bepaald dat de verzekering de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor de door het motorrijtuig veroorzaakte schade moet dekken zoals die aansprakelijkheid voortvloeit uit de toepasselijke wet, wat volgens hetzelfde arrest en blijkens de toelichting op die bepaling betekent: «het nationale recht dat ingevolge de regels van internationaal privaatrecht van het forum toepasselijk is op de aansprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen van een door een motorrijtuig veroorzaakt ongeval». ³

11. De verzekering tegen de burgerrechtelijke aansprakelijkheid is erop gericht de aansprakelijkheid van de verzekerde jegens derden te dekken. Dit houdt in dat de verzekeraar en de verzekerde, hoewel zij de enige partijen bij de overeenkomst zijn, in dezen verplichtingen jegens personen hebben, die geen deel aan die overeenkomst hebben en krachtens de wet in hun hoedanigheid van benadeelden recht op de in de overeenkomst bepaalde uitkering hebben.

12. Al stellen de Overeenkomst en de Gemeenschappelijke Bepalingen een verzekering tegen de burgerrechtelijke aansprakelijkheid verplicht, al komen deze deels in de plaats van de wil van de partijen, bepalen deze de omvang van de overeenkomst, bevoordelen deze de benadeelde en regelen deze op dwingende wijze de betrekkingen tussen verzekeraar en verzekerde en tussen verzekeraar en benadeelden, dit neemt niet weg dat deze noch de beginselen en fundamentele regels van de verzekering noch die van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, zoals deze uit de toepasselijke wetten voortvloeien, wijzigen.

Bij elke uitlegging van de Gemeenschappelijke Bepalingen dient met die situatie rekening te worden gehouden.

13. Uit het vorenstaande blijkt dat ter zake van de WAM-verzekering de dekking slechts door de verzekeraar ver-

schuldigd is, voor zover de verzekerde – in de regel de gebruiker van het motorrijtuig – burgerrechtelijk aansprakelijk is. Daaruit volgt tevens dat de benadeelde enkel voor de bescherming van de Overeenkomst in aanmerking komt, voor zover hij rechten op vergoeding van een schade overeenkomstig de regels inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid geldend kan maken. ⁴

14. Artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen.

In § 1 van artikel 3 van de Gemeenschappelijke Bepalingen wordt een nauwkeurige omschrijving gegeven van de personen wier aansprakelijkheid door de verzekeringsovereenkomst moet worden gedekt. Tot die personen behoren de bestuurder van het motorrijtuig en de vervoerde persoon.

Zowel de bestuurder – doorgaans – als de vervoerde persoon – bij wijze van uitzondering – kunnen mitsdien een «verzekerde» in de zin van artikel 1 van de Gemeenschappelijke Bepalingen zijn, d.w.z. iemand wiens aansprakelijkheid overeenkomstig de wet is gedekt.

15. In de toelichting op artikel 3 van de Gemeenschappelijke Bepalingen is onderstreept dat de overeenkomst van iedere vervoerde persoon de aansprakelijkheid moet dekken, die mocht ontstaan ter gelegenheid van het gebruik van het voertuig. Er wordt geen voorbeeld gegeven. Het meest voorkomende geval is dat van de vervoerde persoon die bij het openen van het portier van het voertuig waarin hij plaats heeft genomen, schade aan een derde toebrengt.

Die situatie komt overigens uitdrukkelijk ter sprake in de ontstaansgeschiedenis van de Belgische wet van 21 november 1989 waarin artikel 3 van de wet van 1 juli 1956 gewijzigd is weergegeven om dit geheel in overeenstemming met artikel 3 van de Gemeenschappelijke Bepalingen te brengen. ⁵

16. Hoewel de «bestuurder» en de «vervoerde persoon» de hoedanigheid van verzekerde kunnen hebben, zijn het verschillende personen. Niemand kan én in de hoedanigheid van bestuurder én in de hoedanigheid van vervoerde persoon verzekerd zijn. Die hoedanigheden zijn niet te verenigen.

De woorden «bestuurder» en «vervoerde persoon» hebben noch in de gangbare taal noch juridisch gezien dezelfde betekenis.

17. Het begrip bestuurder dat onder meer in de wet van 1 juli 1956 is opgenomen, is door het Hof van Cassatie omschreven. Met het woord «bestuurder» wordt diegene aangeduid, die het voertuig werkelijk en zelfstandig bestuurt. ⁶

De bestuurder is hij die het voertuig bestuurt, die in werkelijkheid verantwoordelijk voor het sturen is. ⁷

In een op 23 oktober 1973 gewezen arrest van het Hof van Cassatie wordt een ruimere omschrijving van het woord «bestuurder» gegeven. De bestuurder is niet alleen hij die enige handeling verricht om een voortbewegend voertuig de gewenste richting te doen volgen en daartoe het stuurwiel han-

² DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, deel II, 2e uitg., nr. 905, p. 866.

³ Zaak A 90/2, Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn Elsene / Porré en Groep Josi, *Jur.*, deel 13, p. 53, nrs. 12 en 13.

⁴ Concl. in de zaak A 90/2, O.C.M.W. Elsene / Porré en Groep Josi, arrest van 16 april 1992, *Jur.*, deel 13, p. 65, nr. 34.

⁵ Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen. De wet van 1 juli 1956 is bij die wet, die op 6 mei 1991 in werking is getreden, opgeheven.

⁶ Cass., 28 april 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 796.

⁷ Cass., 4 juni 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 961.

teert maar tevens al wie een voertuig in beweging brengt, al was het door een verkeerd gebruik en zelfs ongewild.⁸

De vervoerde persoon bestuurt het voertuig niet. Volgens het Hof van Cassatie zou hij bij uitbreiding slechts als bestuurder in de zin van de wet van 1 juli 1956 kunnen worden aangemerkt, wanneer hij zelf het voertuig – zij het bij vergissing – in beweging zet.

18. Artikel 3, § 2, van de Gemeenschappelijke Bepalingen.

In artikel 3, § 2, wordt nader bepaald welke schade moet worden vergoed, namelijk iedere aan personen en goederen toegebrachte schade.

Wanneer sprake van aan personen toegebrachte schade is, ligt het voor de hand – en dit vloeit uit de aard van de verzekeringsovereenkomst inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid voort – dat de voor de schade aansprakelijke verzekerde zijn verzekeraar niet tot vergoeding van zijn eigen schade kan aanspreken. Hij kan niet én verzekerde én voor een uitkering in aanmerking komende derde zijn.

19. In artikel 3, § 2, is gepreciseerd dat de verzekering mee de schade moet omvatten, toegebracht aan personen die onder welke titel ook worden vervoerd. Die verduidelijking welke is aangebracht aan de algemene regel dat de verzekering de aan personen toegebrachte schade moet omvatten, werd door de stellers van de Overeenkomst noodzakelijk geacht aangezien de rechtspraak onzeker is wat betreft de aard van de rechtsbetrekkingen die worden geschapen door vervoer dat «om niet» geschiedt. Die verduidelijking heeft geen andere strekking.⁹

20. Kan de bestuurder voor een uitkering in aanmerking komen? Beslist niet wanneer hij – zoals in de meeste gevallen – voor de schade aansprakelijk is, wanneer zijn burgerrechtelijke aansprakelijkheid bestaat en aanleiding geeft tot dekking van de verzekering. Evenmin als «vervoerde persoon» nu die hoedanigheid onverenigbaar met die van bestuurder is.

Het is evenwel niet uitgesloten dat de bestuurder het slachtoffer van het ongeval is en als benadeelde kan worden beschouwd. Dit kan met name het geval zijn wanneer het ongeval niet aan een fout van de bestuurder van het motorrijtuig toe te schrijven is, doch aan een fout van de eigenaar van het voertuig wanneer dit bijvoorbeeld door een gebrek is aangetast; ook wanneer het ongeval aan een fout van een inzittende van het voertuig toe te schrijven is, gesteld dat deze – al dan niet opzettelijk – een fout zou hebben begaan, waardoor het ongeval zou zijn veroorzaakt, waarvoor de bestuurder, het slachtoffer, niet aansprakelijk kan worden gesteld.¹⁰

21. Artikel 4, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen.

⁸ Cass., 23 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 221, en noot J.L. Fagnart, *R.G.A.R.*, 1974, 9330.

⁹ Gemeenschappelijke Toelichting bij de Benelux-Overeenkomst – Toelichting bij de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Overeenkomst, artikel 3.

¹⁰ In dit verband is het niet van belang ontbloot te constateren dat in het modelverzekeringscontract in het algemeen is bepaald dat de uitsluiting van het recht op een uitkering niet toepasselijk is op de bestuurder die niet tevens de verzekeringnemer is, wanneer de vordering gebaseerd is op aansprakelijkheid wegens een gebrek van het motorrijtuig.

Artikel 4 van de Gemeenschappelijke Bepalingen bevat een limitatieve opsomming van de risico's die kunnen worden uitgesloten. De eerste paragraaf heeft betrekking op de personen die van de verzekering kunnen worden uitgesloten.

In het licht van het vorenoverwogene is die bepaling niet irrelevant, zelfs in zoverre deze op de bestuurder betrekking heeft, zulks in tegenstelling tot hetgeen door het Hof van Beroep te Luik naar voren wordt gebracht. Artikel 4 slaat immers niet op de voor het ongeval of de schade aansprakelijke bestuurder, doch op de bestuurder van het schadetoebringende motorrijtuig.

22. De bestuurder, de verzekeringnemer, de eigenaar van het motorrijtuig, kortom al diegenen wier aansprakelijkheid door de verzekeringsovereenkomst moet zijn gedekt, zouden wettelijk aanspraak op een uitkering kunnen maken, voor zover zij zelf niet voor de schade aansprakelijk zijn krachtens de regels van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid.

Dezen worden door artikel 4 van het recht op een uitkering uitgesloten om bijzondere redenen welke nader zijn verklaard in de commentaar bij de artikelen van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij het Verdrag betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, ondertekend te Brussel op 7 januari 1955, welke commentaar als een element tot uitlegging van de Gemeenschappelijke Bepalingen kan worden beschouwd.¹¹

23. In genoemde commentaar bij artikel 3 is het volgende gepreciseerd: «Het ontwerp gebruikt niet de uitdrukking 'derde', over de betekenis waarvan onzekerheid kan rijzen. De Commissie heeft er de voorkeur aan gegeven in § 1 van artikel 4 uitdrukkelijk aan te geven, wie de personen zijn die van de verzekering kunnen worden uitgesloten.»

In dezelfde commentaar, ditmaal bij artikel 4, § 1, staat het volgende: «De eerste twee bepalingen van deze paragraaf vinden hun grond in het streven om samenspanning tussen de benadeelde en de verzekerde te voorkomen: zij openen voor de verzekeraar de mogelijkheid om zich door een beding in de overeenkomst te wapenen tegen bedrog hierin bestaande, dat men schade uit een andere oorzaak laat doorgaan als schade veroorzaakt door een motorrijtuig.»

24. Door de instelling van een uitsluitingsregeling hoefden de stellers van de Overeenkomst niet te preciseren dat de voor het ongeval aansprakelijke verzekerde krachtens de aard zelf van de verzekeringsovereenkomst geen aanspraak op een uitkering kon maken. Dit sprak vanzelf. De uitsluiting betreft enkel diegenen die op grond van artikel 3 in hun hoedanigheid van benadeelde aanspraak op de verzekering kunnen maken.

25. De Belgische wetgever heeft de betekenis en de draagwijdte van artikel 4 van de Gemeenschappelijke Bepalingen niet anders begrepen.

Artikel 4, § 1, van vorengenoemde Belgische wet van 21 november 1989, dat restrictiever dan artikel 4, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen is, schaft iedere mogelijkheid af personen van het voordeel van de vergoeding uit te sluiten om reden van hun hoedanigheid van verzekerde, wanneer dezen lichamelijk letsel hebben opgelopen. In de parlementen-

¹¹ Zie de conclusie van advocaat-generaal F. DUMON voor het arrest van 16 april 1980 in de zaak A 79/1, Groep Josi / General Accident, Fire and Life Insurance, *Jur.*, deel 2, p. 17 en noot 13.

taire voorbereiding van genoemde wet staat het volgende: «Het ontwerp beperkt in ruime mate de draagwijdte van de uitzonderingen die voorkomen in de wet van 1956, door die te beperken tot andere dan lichamelijke schade, tenzij voor de aansprakelijke verzekerde *die altijd van de vergoeding is uitgesloten* (...) Aldus blijkt duidelijk dat de hoedanigheid van verzekerde of van lid van zijn familie, zoals overigens in het verleden, niet meer voldoende is om van het voordeel van de vergoeding te worden uitgesloten *wanneer de fout toerekenbaar is aan een andere 'verzekerde'*». ¹²

In de memorie van toelichting op dezelfde wet wordt het wegvallen van de in § 1 van artikel 4 van de wet van 1 juli 1956 opgenomen uitdrukking «zij wier burgerrechtelijke aansprakelijkheid door de polis is gedekt» verklaard door de overweging «dat de wet niet de personen kan omvatten die men niet wil bedoelen en dat de passagier vanzelfsprekend niet mag worden begrepen onder de uitgesloten personen, alleen omdat zijn burgerrechtelijke aansprakelijkheid door de polis is gedekt». ¹³

26. Die overwegingen sluiten aan bij het vorenstaande, namelijk dat de voor het ongeval aansprakelijke verzekerde de hoedanigheid van verzekerde en die van rechthebbende op een uitkering of benadeelde, d.w.z. hij die over een eigen recht en een rechtstreekse vordering tegen de verzekeraar beschikt, niet kan cumuleren.

27. Als de redenering van het Hof van Beroep te Luik wordt gevolgd, zou de bestuurder van een motorrijtuig – van wie niet uitgesloten is dat hij voor het ongeval aansprakelijk is – door het enkele feit dat hij een inzittende van dat motorrijtuig is, moeten worden beschouwd als «vervoerde persoon» die recht op een uitkering heeft, dus als benadeelde, zonder de aansprakelijkheid van een «verzekerde» en mitsdien de op de verzekeraar rustende uitkeringsverplichting te hoeven vaststellen. Een zodanige redenering komt duidelijk voort uit een miskenning van de aard van de burgerrechtelijke aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen en een onjuiste interpretatie van de hierboven onderzochte Gemeenschappelijke Bepalingen.

28. Tot besluit dient de door het Hof van Cassatie gestelde eerste vraag aldus te worden beantwoord dat de bestuurder van het schadetoebrengende motorrijtuig niet mee kan worden begrepen onder de «personen, die onder welke titel ook, worden vervoerd» wier schade op grond van artikel 3, § 2, van de Gemeenschappelijke Bepalingen door de verzekering moet worden gedekt.

29. Aangezien de tweede vraag subsidiair is en wordt gesteld voor het geval dat uw Hof de eerste vraag bevestigend beantwoordt, hoeft m.i. daarop niet te worden ingegaan.

Arrest

Het Benelux-Gerechtshof

1. Gelet op het op 6 mei 1993 door het Hof van Cassatie van België gewezen arrest in de zaak nr. 9541 van (...), bij welk arrest overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechts-

hof (hierna te noemen het Verdrag) aan dit Hof vragen van uitleg van de artikelen 3 en 4 van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen (hierna te noemen de Gemeenschappelijke Bepalingen) worden gesteld;

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat de feiten kunnen worden omschreven als volgt:

Op 22 november 1980 deed zich een aanrijding voor tussen het motorrijtuig dat toebehoorde aan Eric D. die bij de N.V. A.L. was verzekerd en het voertuig dat toebehoorde aan Georges G. die bij de N.V. A.G.F. was verzekerd. Eric D. en zijn broer Georges waren de enige inzittenden van het eerste motorrijtuig. Bij die aanrijding werden zij zwaar gewond. Georges D. overleed op 29 maart 1985 aan de gevolgen van zijn verwondingen.

Het strafonderzoek werd geseponeerd nu niet kon worden uitgemaakt wie van de broers D. het motorrijtuig op het ogenblik van het ongeval bestuurde.

Bij zijn leven daagde Georges D. samen met zijn echtgenote Josiane A. de N.V. A.L., Eric D. en de N.V. A.G.F. tot vergoeding van de door het ongeval veroorzaakte schade voor de Rechtbank van Eerste Aanleg. De Landsbond der Christelijke Mutualiteiten kwam als gesubrogeerde in de rechten van zijn aangeslotene Georges D. vrijwillig tussen in het geding. Niet betwist werd dat het ongeval aan een fout van de bestuurder van het voertuig D. toe te schrijven was.

Bij arrest van 18 november 1991 wees het Hof van Beroep te Luik de vordering tegen de N.V. A.G.F. af, op grond dat geen enkele schuld ten laste van de bestuurder G. werd aangetoond, alsmede de vordering tegen Eric D., nu door J.A. en de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten niet werd aangetoond dat betrokkene het schadetoebrengende motorrijtuig bestuurde.

Het hof van beroep verklaarde echter de tegen de N.V. A.L. gerichte vordering in beginsel gegrond op grond dat de opeenvolgende teksten van de artikelen 3, tweede lid, en 4, § 1, van de Belgische wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen noodzakelijk impliceren – willen zij niet zinledig zijn – dat artikel 3 betrekking heeft op alle vervoerde personen, met inbegrip van de bestuurder, terwijl volgens artikel 4 afwijkingen mogelijk zijn, onder meer voor de bestuurder; dat niet wordt betwist dat Georges D. in het verongelukte voertuig werd vervoerd en aan de gevolgen van zijn verwondingen is overleden; dat J.A. en de Landsbond der Christelijke Mutualiteiten dus herstel van hun schade mogen vorderen, tenzij de N.V. A.L. bewijst dat Georges D. een vervoerde persoon was die onder de uitzonderingen van artikel 4 viel; dat bovendien, ook al kon niet worden uitgemaakt wie het voertuig bestuurde, niet kan worden betwist dat dit door de N.V. A.L. verzekerde voertuig door een van de beide broers werd bestuurd.

De N.V. A.L. stelde cassatieberoep tegen die beslissing in;

Ten aanzien van het verloop van het geding

3. Overwegende dat het Hof van Cassatie de navolgende vragen van uitleg van de artikelen 3, § 2, en 4, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen heeft gesteld:

¹² Senaat, zitting 1988-1989, verslag nr. 696-2, p. 34 (passages gecursiveerd door de auteur van de conclusie).

¹³ Kamer van Volksvertegenwoordigers, zitting 1963-64, memorie van toelichting, nr. 851/1, p. 7.

«1. behoort, in de zin van artikel 3, § 2, van de Gemeenschappelijke Bepalingen de bestuurder van het motorrijtuig dat de schade heeft veroorzaakt tot de 'personen, die onder welke titel ook worden vervoerd', wier schade de verzekering moet dekken?

2. zo ja, indien, overeenkomstig artikel 4, § 1, 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen, de bestuurder van het motorrijtuig dat de schade heeft veroorzaakt, door de overeenkomst van het recht op een uitkering is uitgesloten,

a) moet dan de verzekeraar van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid bewijzen dat de vervoerde persoon voor wie van die verzekeraar schadevergoeding wordt gevorderd, die bestuurder is?

b) indien niet kan worden uitgemaakt wie het motorrijtuig bestuurde op het ogenblik van het ongeval, moeten dan alle personen die zich in het motorrijtuig bevonden, worden beschouwd als 'personen, die onder welke titel ook worden vervoerd' in de zin van voormeld artikel 3, § 2, wier verzekeraar van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid de schade moet dekken?»;

...

Ten aanzien van het recht

Met betrekking tot de eerste vraag

10. Overwegende dat allereerst dient te worden opgemerkt dat de bepalingen waarvan de uitlegging wordt gevraagd, dienen te worden beoordeeld in het licht van de opzet van de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen en de daarbij behorende Gemeenschappelijke Bepalingen;

11. dat uit de rechtspraak van het Hof en met name het arrest van 17 maart 1986 in de zaak A 84/4 (Openbaar Ministerie en Meeuws / Lloyd Wigham, *Jurisprudentie*, deel 7, blz. 2) blijkt dat genoemde Overeenkomst en Gemeenschappelijke Bepalingen «uitgaan van en uitsluitend betrekking hebben op een verzekering waarvan het onderwerp is de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een bepaald motorrijtuig aanleiding kan geven»;

12. dat door het Hof in zijn arrest van 16 april 1992 in de zaak A 90/2 (Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn te Elsene / A. Porré en Groep Josi, *Jurisprudentie*, deel 13, blz. 50) nog is gepreciseerd «dat uit de toelichting op artikel 1 van de Gemeenschappelijke Bepalingen blijkt dat er grond is voor toepassing van die bepalingen indien de schade door een motorrijtuig is veroorzaakt, ter zake waarvan de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de verzekerde bestaat, zoals die aansprakelijkheid voortvloeit uit de toepasselijke wet»;

13. Overwegende dat daaruit volgt dat door de artikelen 3 en 4 van de Gemeenschappelijke Bepalingen niet een systeem van individuele verzekering tegen letselschade wordt ingevoerd, waarbij de verzekeraar van het motorrijtuig verplicht zou zijn de schade te vergoeden, die door alle zich in genoemd motorrijtuig bevindende personen zou zijn geleden, doch dat daarin daarentegen de verplichte dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de eigenaar, de houder of de bestuurder van het motorrijtuig is geregeld;

14. Overwegende dat ten slotte dient te worden onderstreept dat door de Benelux-Overeenkomst en de bijlagen via een systeem van verplichte verzekering en het mechanisme van de rechtstreekse vordering de bescherming van de ten gevolge van het in het verkeer brengen van motorrijtui-

gen benadeelde persoon weliswaar is verruimd, doch dat daardoor de beginselen en fundamentele regels van de verzekering of die van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, zoals deze uit de toepasselijke wetten voortvloeien, geenszins zijn gewijzigd;

15. Overwegende dat in paragraaf 1 van artikel 3 van de Gemeenschappelijke Bepalingen een nauwkeurige omschrijving wordt gegeven van de personen wier aansprakelijkheid door de verzekeringsovereenkomst moet worden gedekt; dat tot die personen zowel de bestuurder van het motorrijtuig als de vervoerde persoon behoren;

16. dat zowel de bestuurder als de vervoerde persoon mitsdien «verzekerden» in de zin van artikel 1 van de Gemeenschappelijke Bepalingen kunnen zijn en dat hun aansprakelijkheid overeenkomstig de wet is gedekt;

17. Overwegende dat onder «bestuurder» dient te worden verstaan hij die het voertuig werkelijk en zelfstandig bestuurt en aldus in feite verantwoordelijk is voor het sturen;

18. dat de «vervoerde persoon» daarentegen het voertuig niet bestuurt;

19. dat bovendien uit de tekst van de Overeenkomst, alsmede uit de toelichting ervan blijkt, dat de «vervoerde persoon» een andere is dan degene die de verzekering aangaat, de bestuurder en de leden van zijn gezin;

20. Overwegende dat daaruit volgt dat de «bestuurder» en de «vervoerde persoon», hoewel beiden de hoedanigheid van verzekerde kunnen hebben, niettemin verschillende personen zijn; dat niemand én in de hoedanigheid van bestuurder én in de hoedanigheid van vervoerde persoon verzekerd kan zijn; dat het mede begrijpen van de bestuurder in de categorie vervoerde personen op een aantasting van de beginselen zelf van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen neerkomt; dat zulks overigens niet uitsluit dat de bestuurder een benadeelde is, nl. als hij niet voor het ongeval aansprakelijk, maar wel daardoor getroffen is;

21. Overwegende dat in paragraaf 2 van artikel 3 nader wordt bepaald welke schade moet worden vergoed, namelijk iedere aan personen en goederen toegebrachte schade;

22. dat daarin bovendien is gepreciseerd dat de verzekering «mede de schade (moet) omvatten, toegebracht aan personen, die onder welke titel ook, worden vervoerd», waarmee aldus de om niet of om baat vervoerde derden worden bedoeld en waarbij die bewoordingen in geen geval kunnen worden geïnterpreteerd als: ongeacht de hoedanigheid van de derde, passagier of bestuurder;

23. Overwegende dat met betrekking tot aan personen toegebrachte schade uit de aard zelf van de verzekeringsovereenkomst inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid voortvloeit, dat de voor de schade aansprakelijke verzekerde zijn verzekeraar niet tot vergoeding van zijn eigen schade kan aanspreken;

24. dat de bestuurder die de schade heeft veroorzaakt en bijgevolg burgerrechtelijk aansprakelijk is, niet voor een uitkering in aanmerking kan komen; dat hij daarvoor evenmin als «vervoerde persoon» in aanmerking kan komen, nu die hoedanigheid onverenigbaar met die van bestuurder is;

25. Overwegende dat artikel 4 van de Gemeenschappelijke Bepalingen een limitatieve opsomming bevat van de risico's die van de verzekering kunnen worden uitgesloten;

26. dat de eerste paragraaf van genoemd artikel ziet op de personen die van het recht op een uitkering kunnen worden uitgesloten;

27. dat artikel 4 niet op de voor het ongeval aansprakelijke bestuurder slaat doch op de bestuurder van het motorrijtuig dat het ongeval veroorzaakt;

28. Overwegende dat op grond van genoemde eerste paragraaf de bestuurder, «de verzekeringnemer en zij wier burgerrechtelijke aansprakelijkheid door de polis is gedekt» op een uitkering aanspraak zouden kunnen maken, voor zover zij zelf niet voor de schade aansprakelijk zijn krachtens de regels van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid;

29. dat de uitsluiting op grond van de eerste paragraaf van artikel 4 enkel diegenen betreft, die op grond van artikel 3 in hun hoedanigheid van benadeelde aanspraak op de verzekering kunnen maken;

35. Overwegende dat uit het vorenoverwogene volgt dat de bestuurder van het schadetoebrengende motorrijtuig niet kan worden beschouwd als «vervoerde persoon» wiens schade op grond van artikel 3, § 2, van de Gemeenschappelijke Bepalingen door de verzekering moet worden gedekt;

31. dat de aan het Hof gestelde eerste vraag derhalve ontkennend dient te worden beantwoord;

Met betrekking tot de tweede vraag

32. Overwegende dat nu de tweede vraag subsidiair is en wordt gesteld voor het geval dat het Hof de eerste vraag bevestigend beantwoordt, niet op die tweede vraag hoeft te worden ingegaan;

...

Verklaart voor recht:

Ten aanzien van de eerste vraag:

38. De bestuurder van het motorrijtuig dat de schade heeft veroorzaakt kan niet mede worden begrepen onder de «personen, die onder welke titel ook, worden vervoerd» wier schade op grond van artikel 3, § 2, van de Gemeenschappelijke Bepalingen door de verzekering moet worden gedekt.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 25 APRIL 1994

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Gérard en Bützler

Arbeidsongeval – Weg van het werk – Normaal traject – Begrip – Tijd – Maatstaf – Tijd doorgebracht op de arbeidsplaats – Te verrichten arbeid – Verband

Om te oordelen of het afgelegde traject naar tijd normaal is, moet ook worden nagegaan of het traject aansluit bij de tijd die de werknemer in verband met het verrichten van de bedongen arbeid, op de arbeidsplaats doorbrengt.

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

Gelet op het bestreden arrest, op 8 april 1993 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

...

Overwegende dat het afgelegde traject van of naar het werk normaal is, in de zin van artikel 8, § 1, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet, indien het normaal is naar tijd en ruimte;

Dat, om te oordelen of het afgelegde traject naar tijd normaal is, ook moet worden nagegaan of het traject aansluit bij de tijd die de werknemer in verband met het verrichten van de bedongen arbeid op de arbeidsplaats doorbrengt;

Overwegende dat het arrest vaststelt: dat de getroffene de arbeidsplaats na het werk heeft verlaten om zich naar een herberg te begeven; dat hij daarna naar de arbeidsplaats is teruggekeerd «om zijn bagage en zijn ski's op te halen»; dat hij daarop de arbeidsplaats heeft verlaten en dat het ongeval zich heeft voorgedaan op het traject dat hij gewoonlijk volgde om zich naar zijn verblijfplaats te begeven;

Dat het arrest niet aanneemt dat het ophalen van de bagage en de ski's op de arbeidsplaats tot het verrichten van de bedongen arbeid behoorde;

Dat het arrest oordeelt dat de getroffene opgehouden had te arbeiden toen hij de arbeidsplaats verliet om zich naar de herberg te begeven, en dat hij de weg van het werk naar zijn verblijfplaats had onderbroken door zich in de herberg op te houden en zich daarna opnieuw naar de arbeidsplaats te begeven om er zijn bagage en zijn ski's op te halen;

Dat de onderdelen, die ervan uitgaan dat de tijd die de getroffene op de arbeidsplaats doorbracht om er zijn bagage en zijn ski's op te halen, verband hield met het verrichten van de bedongen arbeid, niet kunnen worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 6 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Simont en Van Ommeslaghe

Verbintenissen – Indeplaatsstelling – Gevolgen – Sociale zekerheid Werknemers – Bijdragen – Hoofdelijk aansprakelijke – Betaling – Vordering jegens niet geregistreerde onderaannemer – Oorzaak – Niet geregistreerde onderaannemer – Werkzaamheden – Prijs – Schuldvordering – Oorzaak – Schuldvergelijking

De vorderingsrechten die de voor de betaling van de s.z.-bijdragen hoofdelijk aansprakelijke opdrachtgever ingevolge indeplaatsstelling heeft verkregen jegens de niet geregistreerde onderaannemer met wie hij heeft gecontracteerd, vloeien voort uit de arbeidsverhouding die tussen die onderaannemer en zijn werknemers heeft bestaan. Zij hebben niets uit te staan met het contract tussen de opdrachtgever en zijn niet geregistreerde onderaannemer.

Door anders te oordelen en deswege te beslissen dat de schuld van de opdrachtgever aan de niet geregistreerde onderaannemer voor de verrichte werkzaamheden, door schuldvergelijking, ten belope van de betalingen aan de R.S.Z. zijn tenietgegaan, negeert de rechter de gevolgen van de indeplaatsstelling als bedoeld in art. 1251, 3°, B.W.

C. q.q. t/ N.V. A.
Faillissement B.V.B.A. D. t/ N.V. A.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 mei 1992 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Gelet op de beschikking van 16 maart 1994 van de eerste voorzitter waarbij de zaak naar de derde kamer wordt verwezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1134, 1242, 1251, 3°, 1298 van het Burgerlijk Wetboek, 7, 8, 19, 4^{ter}; inzonderheid het eerste lid, van de wet van 16 december 1851 op de herziening van het hypothecair stelsel, 23, § 1, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, 444, 451, eerste lid, van boek III, titel I, hoofdstuk II van het Wetboek van Koophandel, en schending van het algemeen rechtsbeginsel dat bij samenloop de niet-bevoorrechte schuldeisers van een zelfde schuldenaar gelijk zijn,

doordat het arrest vaststelt dat «de schuldvordering (van eiseres) tegen (verweerster) het saldo betreft van het werk in onderaanneming dat zij aan de gefailleerde onderneming heeft toevertrouwd»; dat «die schuldvordering is ontstaan uit het sluiten van het contract van onderaanneming, zelfs als zij pas op de dag van de vaststelling van het saldo van het beëindigde werk vast en opeisbaar is geworden»; dat «de schuldvordering van (verweerster) bestaat uit het bedrag van de schulden van de gefailleerde B.V.B.A. D. aan de R.S.Z., ten belope van 50 pct van de waarde van het werk in onderaanneming, welk bedrag (verweerster) heeft moeten betalen krachtens een beslissing die tussen de partijen kracht en gezag van gewijsde heeft»; dat «de gefailleerde vennootschap geen geregistreerde aannemer was toen het contract van onderaanneming werd gesloten»; dat «bijgevolg toepassing wordt gemaakt van artikel 61 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering dat een nieuw artikel 30bis in de organieke wet op de maatschappelijke zekerheid der werknemers heeft ingevoegd, dat bepaalt dat de medecontractant van een dergelijke aannemer verplicht is bij iedere betaling 15 pct. van het bedrag in te houden en hem de hoofdelijke verplichting jegens de R.S.Z. oplegt tot betaling van de sociale schulden ten belope van 50 pct. van de prijs van het werk dat hij moet uitvoeren»; dat verweerster «de voormelde verplichtingen heeft vervuld»; (...) vervolgens «de schuldvergelijking doorvoert tussen de schuldvorderingen in hoofdsom van (verweerster) (3.361.189 frank) en van (eiseres) qualitate qua (3.491.486 frank) en de interest» en verweerster bijgevolg veroordeelt om, niet haar gehele schuld, maar «het verschil van 130.297 frank aan eiseres te betalen, na aftrek van het saldo van 91.297 frank dat in consignatie is gegeven bij (eiseres) en dat zij, vermeerderd met de interest, bij de activa van het faillissement zal voegen» (...)

Overwegende dat uit de vermeldingen van het arrest en van het beroepen vonnis, die het overneemt, blijkt: dat eiseres, curator in het faillissement van de vennootschap D., de veroordeling van verweerster vroeg tot betaling van de prijs van het werk dat zij in onderaanneming aan de genoemde vennootschap had toevertrouwd; dat de vennootschap D. niet geregistreerd was als aannemer voor de toepassing van artikel 30bis van de wet van 27 juni 1969, en dat verweerster, die hoofdelijk aansprakelijk is voor de betaling van de bijdra-

gen die haar medecontractant aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid is verschuldigd, ingevolge dat artikel 30bis, door het arbeidsgerecht tot die betaling is veroordeeld, na de uitspraak van het faillissement van de vennootschap D.; dat verweerster voor de bodemrechters heeft betoogd dat haar schuld aan de gefailleerde vennootschap door schuldvergelijking was tenietgegaan ten belope van haar betaling aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid als hoofdelijke borg voor die vennootschap;

Overwegende dat het arrest aanneemt dat verweerster wettig in de rechten is getreden van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid ten belope van het door haar betaalde bedrag;

Dat het arrest oordeelt dat de oorzaak van de schuldvordering van verweerster jegens de gefailleerde vennootschap het contract van onderaanneming is dat zij met laatstgenoemde heeft gesloten, dat ze dus vóór het faillissement is ontstaan en dat er aldus tussen die schuldvordering en die van de curator, die dezelfde oorzaak heeft, een nauwe samenhang bestaat waardoor schuldvergelijking verantwoord is;

Dat het arrest bijgevolg beslist dat de artikelen 444 van het Wetboek van Koophandel en 1298 van het Burgerlijk Wetboek die schuldvergelijking niet in de weg staan;

Overwegende dat verweerster, die in de rechten van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid is getreden, geen eigen rechten uitoefende, maar de rechten van de genoemde Dienst die zij door indeplaatsstelling heeft verkregen; dat die rechten, die gegrond zijn op de artikelen 23, § 1, van de wet van 27 juni 1969 en 19, 4^{ter}; eerste lid, van de wet van 18 december 1851, voortvloeien uit de arbeidsverhouding die tussen de vennootschap D., aan de sociale zekerheid onderworpen werkgever, en de door haar tewerkgestelde werknemers heeft bestaan; dat zij niets te maken hebben met het contract van onderaanneming tussen die vennootschap en verweerster;

Overwegende dat het arrest, door te beslissen dat de oorzaak van verweersters schuldvordering dat contract van onderaanneming is, de gevolgen van de indeplaatsstelling mist kent en artikel 1251, 3°, van het Burgerlijk Wetboek schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 10 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaat: mr. Dubois (voor verweerders)

Inkomstenbelastingen – Aanslag vastgesteld op basis van te laat ingediende aangifte – Latere aanslag van ambtswege

Wanneer het bestuur een eerste aanslag heeft vastgesteld met toepassing van art. 245 W.I.B. 1964, erkent het noodzakelijk het bestaan van de te laat ingediende aangifte. Het mag niet terugkomen op die erkenning en de aangifte als niet-bestaande beschouwen om van ambtswege een aanslag vast te stellen.

Belgische Staat t/ Van der P. en M.

M. t/ N.V. J.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 juni 1992 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

...

Overwegende dat artikel 256 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964), bepaalt dat de administratie ambtshalve de aanslag kan vestigen op het bedrag van de belastbare inkomsten die zij kan vermoeden op grond van de gegevens waarover zij beschikt, in de gevallen waarin de belastingplichtige nagelaten heeft een aangifte te doen binnen de termijnen bedoeld in de artikelen 214 tot 218 of in de bepalingen genomen ter uitvoering van artikel 220; dat, ingeval van laattijdige aangifte, het bestuur wel de mogelijkheid maar niet de verplichting heeft de aanslag van ambtswege te vestigen;

Overwegende dat, wanneer het bestuur geen gebruik maakt van de voornoemde mogelijkheid tot het vestigen van een aanslag van ambtswege en een eerste aanslag vestigt met toepassing van artikel 245 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964), het noodzakelijk het bestaan van de laattijdige aangifte erkent; dat het niet mag terugkomen op die erkenning en de aangifte als niet-bestaande beschouwen om van ambtswege een aanslag te vestigen;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat: 1. de aangifte voor het aanslagjaar 1983 laattijdig werd ingediend; 2. in de aangifte in het vak IV, diverse inkomsten, B, 8, een bedrag werd ingevuld van 33.747.060 frank dat betrekking had op de verkoop van aandelen; 3. op 21 maart 1984 een aanslag werd opgemaakt die, wegens een vergissing van het bestuur, geen rekening hield met de aangegeven meerwaarde; 4. op 10 oktober 1984 een kennisgeving van aanslag van ambtswege naar de verweerders werd verstuurd, waarin de belastbare meerwaarde bepaald werd op 33.510.621 frank;

Overwegende dat het arrest hierop beslist dat nu de eerste aanslag op grond van artikel 245, eerste lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) werd gevestigd, het bestuur het bestaan van de laattijdige aangifte erkent en dat het nadien niet meer mag terugkomen op die erkenning en de aangifte als niet-bestaande beschouwen om van ambtswege een aanvullende aanslag op te maken; dat het aldus de aangevoerde wetsbepaling (art. 256 W.I.B.) niet schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 27 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. WaÛters

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Bützler en Houtekier

Bescherming van het loon – Gerechtelijke interest – Verzuim van schuldeiser in proceshandeling

Uit art. 10 Loonbeschermingswet volgt niet dat de rechter gerechtelijke interest op het gevorderde loon moet toekennen wanneer hij vaststelt dat het uitblijven van de gerechtelijke beslissing aan de nalatigheid van de eiser, werknemer, te wijten is.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 april 1993 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 2, eerste lid, 3°, en 10 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers,

doordat het arbeidshof in de bestreden beslissing eiser gerechtigd verklaart op 3.397 frank feestdagenvergoeding, 8.729 frank vakantiegeld, 353.016 frank opzeggingsvergoeding en 235.344 frank uitwinningsvergoeding «alle bedragen te vermeerderen met de wettelijke interest vanaf 6 mei 1982 en met de gerechtelijke interest vanaf de datum van de inleidende dagvaarding (3 mei 1983) tot 28 november 1983 en van 28 augustus 1990 tot de dag van de effectieve betaling, deze interesten allen te berekenen op de nettobedragen», op de volgende gronden: «(Eiser) vraagt de toekenning van interesten op de netto toegewezen bedragen. Het hof stelt echter vast dat dit geschil in eerste aanleg ruim zeven jaar heeft aangesleept tussen de dagvaarding en het vonnis. De oorspronkelijke verwerende partij heeft wat haar betreft het nodige gedaan om het geschil te doen vooruitgaan (dagvaarding 3 mei 1983, neerlegging conclusie op 28 november 1983); de oorspronkelijke eiser daarentegen heeft tot 28 augustus 1990 gewacht om de zijne ter griffie neer te leggen; hem en hem alleen treft door nalatigheid schuld aan het uitblijven, binnen aanvaardbare termijnen, van een uitspraak. Hij dient dan ook verstoken te blijven van de interesten vanaf de dag van neerlegging van de besluiten van de N.V.J. (28 november 1983) tot de dag van de neerlegging van de zijne (28 augustus 1990) (...)»

Overwegende dat artikel 10 van de Wet Bescherming Loon bepaalt dat voor het loon van rechtswege rente verschuldigd is met ingang van het tijdstip waarop het eisbaar wordt;

Dat uit die bepaling niet volgt dat de rechter gerechtelijke interest op het gevorderde loon moet toekennen wanneer hij vaststelt dat het uitblijven van de gerechtelijke beslissing aan de nalatigheid van de eiser, werknemer, te wijten is;

Dat het middel faalt naar recht;

Om die redenen,

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 16 SEPTEMBER 1994

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaat: mr. Dubois (voor verweerders)

Inkomstenbelastingen – 1. Niet-aangifte – 2. Hof van beroep – Taak

1. Als niet-aangifte moet niet alleen beschouwd worden de totale afwezigheid van overlegging van het bij koninklijk besluit voorgeschreven aangifteformulier; maar ook het overleggen van een aangifte waarin essentiële inhoudelijke gegevens, zoals de ondertekening door de echtgenote, ontbreken.

2. *Aangezien belastingzaken de openbare orde raken, moet het hof van beroep in feite en in rechte en binnen de perken van het aan zijn oordeel onderworpen geschil zelf uitspraak doen. Het is niet gebonden door de beslissing van het bestuur met betrekking tot de tijdigheid van de aangifte.*

Belgische Staat t/ S. en De P.

Gelet op het bestreden arrest, op 18 mei 1992 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

...

Overwegende dat de belastingplichtige, ingevolge de artikelen 212 en 214 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964), in de vormen en ingevuld zoals door de Koning bepaald, een aangifte moet overleggen;

Overwegende dat, krachtens het te dezen toepasselijke artikel 259, eerste lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964), bij niet-aangifte, bij laattijdige overlegging van aangifte of wanneer de verschuldigde belasting hoger is dan de belasting met betrekking tot de belastbare inkomsten en de andere gegevens vermeld in de daartoe bestemde rubrieken van een aangifteformulier dat voldoet aan de vormen termijnvereisten, gesteld hetzij bij de artikelen 214 tot 218, hetzij bij ter uitvoering van artikel 220 genomen bepalingen, de belasting of de aanvullende belasting, in afwijking van artikel 264, mag worden gevestigd gedurende drie jaar vanaf 1 januari van het jaar waarnaar het aanslagjaar wordt genoemd, waarvoor de belasting verschuldigd is;

Overwegende dat als niet-aangifte niet enkel moet worden beschouwd de totale afwezigheid van overlegging van het bij koninklijk besluit voorgeschreven aangifteformulier, maar ook het overleggen van een aangifte waarin essentiële inhoudelijke gegevens, zoals de ondertekening door de echtgenote, ontbreken;

Overwegende dat het hof van beroep, aangezien belastingzaken de openbare orde raken, in feite en in rechte en binnen de perken van het aan zijn oordeel onderworpen geschil, zelf uitspraak moet doen; dat het niet gebonden is door de beslissing van het bestuur onder meer met betrekking tot de tijdigheid van de aangifte;

Overwegende dat het hof van beroep vaststelt dat de aangifte in de personenbelasting voor het aanslagjaar 1982 niet ondertekend werd door de verweerster sub 2;

Overwegende dat de appelrechters oordelen: 1. dat «de fiscus de aangifte van (verweerders) heeft aanvaard als tijdig, hetgeen impliceert dat de aangifte voldoet aan de vereisten van de wet (minstens als dusdanig wordt aanvaard)»; 2. «dat uit de enkele omstandigheid dat (de verweerster sub 2) de aangifte niet mede heeft ondertekend niet ten genoegen van recht kan worden afgeleid dat de fiscus de aanslag (art. 3719606) van ambtswege heeft gevestigd»; 3. dat de «aanslag, betrekking hebbend op de inkomsten van 1981, aanslagjaar 1982, op grond van een tijdige en regelmatig beschouwde aangifte werd gevestigd in november 1983, kennelijk na het verstrijken van de in art. 264 WIB bepaalde termijn, derhalve laattijdig is»; 4. dat «derhalve de hoofdaanslag en de supplementaire aanslag nietig zijn»;

Overwegende dat het hof van beroep door dit oordeel de aangevoerde wetsbepalingen met uitzondering van de artikelen 97 (oud) van de Grondwet en 260 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964), schendt;

...

RAAD VAN STATE

7e KAMER – 6 OKTOBER 1994

Voorzitter: de h. Vermeire (rapporteur)

Staatsraden: mevr. Vrints en de h. Stevens

Auditeur: de h. Lanckswaert

Advocaten: mrs. Schuermans en Ryckbost

Milieu – Milieuvergunningdecreet – Vlare II – Niet raadplegen afdeling Wetgeving Raad van State – Onwettigheid

Luidens art. 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State dienen, buiten het met bijzondere redenen omklede geval van dringende noodzakelijkheid, de ontwerpen van reglementaire besluiten aan het met redenen omklede advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State te worden voorgelegd. Te dezen werd de dringende noodzakelijkheid niet concreet gepreciseerd zodat de overweging daarover eerder een cliché dan een met substantiële gegevens omklede motivering is. Bovendien moet worden vastgesteld dat het besluit, genomen op 7 januari 1992, pas op 14 december 1992 in het Belgisch Staatsblad werd gepubliceerd. Vlare II is derhalve onwettig.

Ten gronde is het bestreden besluit in strijd met art. 25, § 1, van het milieuvergunningdecreet omdat geen uitspraak is gedaan binnen de voorgeschreven termijn.

Van L. t/ Vlaamse Gewest

Nr. 49.457

Gezien het verzoekschrift dat advocaat Luc Schuermans op 23 november 1993 namens Van L. heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van de minister vice-president van de Vlaamse regering en Vlaams minister van Leefmilieu en Huisvesting van 15 juni 1993 waarbij het beroep van de verzoekende partij tegen het besluit van de bestendige deputatie van de provincieraad van Antwerpen van 24 september 1992 houdende weigering van de milieuvergunning tot uitbreiding van een bestaand varkensbedrijf met 200 mestvarkens en 130 zeugen, ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond wordt verklaard en de weigeringsbeslissing gedeeltelijk wordt bevestigd;

Gelet op het arrest nr. 46.261 van 24 februari 1994 waarbij de schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt bevolen;

...

Overwegende dat de verzoekende partij op 11 mei 1992 bij de bestendige deputatie van de provincieraad van Antwerpen een milieuvergunningsaanvraag indiende om haar bestaand varkensbedrijf van 450 dieren uit te breiden met twee bovengrondse stookolieketels met een inhoud van 1000 liter elk, de opslag van 21 ton samengesteld ruwvoer en 330 varkens, waarvan 200 «gebruiksvarkens» en 130 zeugen; dat bij besluit van 24 september 1992 de bestendige deputatie de aanvraag gedeeltelijk inwilligde door het vergunnen van «de opslag van 1000 liter mazout en 21 ton krachtvoer», maar de vergunning weigerde voor «de uitbreiding met een stal voor 200 varkens en een stal voor 120 zeugen»; dat met een op 15 december 1992 aangetekend verzonden beroepsschrift, bij het ministerie ingekomen op 16 december daaraanvolgend,

de verzoekende partij beroep aantekende bij de Vlaamse minister voor Leefmilieu en Huisvesting; dat bij besluit van 15 juni 1993 de minister het beroep gedeeltelijk gegrond verklaarde en de beslissing van de bestendige deputatie gedeeltelijk wijzigde door de verzoekende partij tevens vergunning te verlenen voor het uitbreiden van haar bedrijf met 330 varkens waarvan 40 zeugen (in plaats van 130);

Overwegende dat in haar enig middel de verzoekende partij de schending inroept van artikel 52, 5°, a, van het besluit van de Vlaamse Executieve van 6 februari 1991 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning (Vlarem I),

doordat het aangevochten besluit, waarbij wordt beschikt op een op 15 december 1992 door de verzoekende partij ingediend beroep, pas op 15 juni 1993 is genomen en op 27 september 1993 is betekend,

terwijl, krachtens het bepaalde in voormeld artikel 52, 5°, a, van Vlarem I, de verwerende partij uitspraak had moeten doen binnen vijf maanden te rekenen vanaf de datum van ontvangst van het beroep, dat wil zeggen uiterlijk op 15 mei 1993;

...

Overwegende dat de door de verwerende partij opgeworpen exceptie volgens welke de verzoekende partij geen belang heeft bij haar middel omdat een vernietiging van het bestreden besluit toch niet kan leiden tot de door haar gevraagde vergunning, niet gegrond is; dat immers, zoals de verzoekende partij terecht tegenwerpt, Vlarem II – en dus ook het door de verwerende partij ingeroepen artikel 357, § 4 – onwettig is, en wel om de hierna volgende redenen: luidens artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State dienen, «buiten het met bijzondere redenen omklede geval van hoogdringendheid», de ontwerpen van reglementaire besluiten aan het met redenen omklede advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State te worden voorgelegd. In de aanhef van Vlarem II, waarvan het ontwerp inderdaad niet voor advies aan de Raad van State is voorgelegd, wordt die hoogdringendheid gemotiveerd als volgt:

«Overwegende dat het ter bevordering van de duidelijkheid en de doorzichtigheid van de algemene en per categorie van inrichtingen geldende voorwaarden, het dringend noodzakelijk is de bestaande op de als hinderlijk ingedeelde inrichtingen van toepassing zijnde milieureglementeringen te coördineren en actualiseren alsmede aan te passen overeenkomstig de regels van de Raad van de Europese Gemeenschappen; dat het daarenboven dringend noodzakelijk is algemene en per categorie van inrichtingen geldende voorwaarden uit te vaardigen, inzonderheid met betrekking tot de louter meldingsplichtige hinderlijke inrichtingen ingedeeld in de derde klasse.»

In die overweging wordt het hoogdringend karakter van het besluit dus verantwoord door de overweging dat het dringend noodzakelijk is de reglementering in kwestie tot stand te brengen, zonder dat dit motief evenwel concreet wordt gepreciseerd zodat de overweging eerder een cliché dan een met substantiële gegevens omklede redengeving is. Daarenboven moet worden vastgesteld dat het besluit, genomen op 7 januari 1992, pas in het Belgisch Staatsblad van 14 december 1992 werd bekendgemaakt, wat eveneens in tegenspraak komt met de ingeroepen urgentie; dat het middel van de verzoekende partij derhalve ontvankelijk is;

Overwegende, wat de gegrondheid betreft, dat luidens artikel 23, § 2, van het decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning «tegen elke beslissing over vergunningsaanvragen in eerste aanleg genomen door de bestendige deputatie van de provincieraad beroep kan worden ingediend bij de Vlaamse Executieve, die uitspraak doet binnen een termijn van vijf maanden na ontvangst van het beroepsschrift»; dat artikel 25, § 1, van hetzelfde decreet bepaalt dat, «wanneer binnen de vastgestelde termijn geen uitspraak is gedaan, de vergunning wordt geacht te zijn bekomen en met de exploitatie mag worden gestart mits eerbiediging van de algemene en sectoriële voorwaarden indien in eerste aanleg de vergunning werd geweigerd...»;

Overwegende dat de strenge sanctie die artikel 25, § 1, van het milieuvergunningsdecreet stelt op het niet tijdig beschikken op een beroep tegen een in eerste aanleg geweigerde vergunning, duidelijk blijkt geeft van de bedoeling van de decreetgever om de aanvrager binnen een relatief korte termijn zekerheid te geven over het resultaat van diens beroep en wel in positieve zin; dat redelijkerwijze dan ook niet kan worden betwist dat de in artikel 23, § 2, van het decreet gestelde termijn van vijf maanden om op het beroep te beschikken, in het geval bedoeld in artikel 25, § 1, van het decreet, te weten beroep van de aanvrager tegen een in eerste aanleg genomen weigeringsbeslissing, als een vervaltermijn moet worden beschouwd;

Overwegende dat in het onderhavige geschil de verzoekende partij met een op 15 december 1992 verzonden beroepsschrift, ingekomen bij de Vlaamse minister voor Leefmilieu en Huisvesting op 16 december daaraanvolgend, in beroep is gekomen tegen de in eerste aanleg genomen beslissing van de bestendige deputatie van 24 september 1992 waarbij haar de vergunning om haar bestaand varkensbedrijf uit te breiden met 200 mestvarkens en 130 zeugen, werd geweigerd; dat de in artikel 23, § 2, van het milieuvergunningsdecreet bepaalde termijn van vijf maanden om over dat beroep uitspraak te doen, is ingegaan op 17 december 1992; dat de bestreden beslissing werd genomen op 15 juni 1993, dus ruim buiten de voormelde termijn van vijf maanden; dat het middel gegrond is,

...

NOOT – *Vlarem II is onwettig*

1. Het is op toevallige wijze dat terloops de Raad van State ertoe is gebracht Vlarem II onwettig te verklaren, terwijl diverse verzoekschriften tot nietigverklaring van Vlarem II bij de Raad van State werden ingediend en ook de schorsingszaken tot nu toe steeds konden worden afgedaan zonder dat expliciet uitspraak hoefde te worden gedaan over de onwettigheid van Vlarem II: een deel van de schorsingsverzoeken kon worden afgewezen omdat niet aan de voorwaarde inzake het moeilijk te herstellen ernstig nadeel was voldaan, een ander deel kon worden afgehandeld op basis van een middel waarin de onwettigheid van Vlarem II niet aan bod kwam (zie hierover meer bij Lanckswaert, E., «Over de onwettigheid van het Vlarem II», *T.Mil.*, 1994, 421).

2. Dat het Vlarem II-reglement van 7 januari 1992 pas op 14 december 1992 in het Belgisch Staatsblad werd gepubliceerd, is te wijten aan een samenloop van hoofdzakelijk politieke omstandigheden. Het reglement van 7 januari 1992 werd op de laatste vergadering van de vorige Vlaamse Rege-

ring ter tafel gelegd en door de toenmalige minister Kelchtermans werd aangedrongen op goedkeuring. Er werd o.m. aangevoerd dat spoed vereist was wegens de verplichting om enkele Europese Milieurichtlijnen om te zetten.

Mede onder de druk van de kritiek, vooral vanuit juridische hoek, op diverse bepalingen van Vlare II, besloot de nieuwe minister een nieuwe adviesronde te starten rond het reglement. De bedoeling was de duidelijke juridische vergissingen uit Vlare II te halen. Op het einde van mei 1992 beschikte minister De Batselier over de nodige adviezen. De bijgestuurde versie van Vlare II werd op 31 juli 1992 door de Vlaamse Regering goedgekeurd. Pas toen kon worden gezorgd voor de vertaling van de 818 artikelen en technische bijlagen.

Tevens werd door de minister beslist Vlare II in zijn geheel in 1993 grondig te evalueren om bijsturing mogelijk te maken.

Ondertussen is het ontwerp van nieuw Vlare II klaar en werd het onderworpen aan de diverse adviesverlenende instanties. Het zou in de lente van 1995 kunnen worden gepubliceerd, als alles volgens plan verloopt.

Vlare II krijgt een nieuwe structuur. Nieuwe meetmethodes, meetcontroles en meetstrategieën werden uitgewerkt en in de diverse sectorale voorschriften zullen ook veranderingen worden aangebracht.

3. Inmiddels kunnen vragen rijzen bij het «interregnum».

Er bestaan vier soorten vergunningen. Alvorens deze te ontleden moet even in herinnering worden gebracht dat reeds vroeger een onderscheid werd gemaakt tussen algemene, sectorale en bijzondere voorwaarden die werden opgelegd i.v.m. de hinderlijke activiteiten. De algemene voorwaarden gelden voor alle bedrijven en sectorale voor ongeveer vijftig sectoren van de industriële bedrijvigheid, terwijl bijzondere voorwaarden konden worden opgelegd rekening houdend met diverse omstandigheden.

Krachtens artikel 20 van het milieuvergunningdecreet van 28 juni 1985, zoals het werd gewijzigd bij artikel 49 van het decreet van 22 december 1993, wordt enerzijds de Vlaamse Regering gemachtigd om algemene of sectorale milieuvoorwaarden op te leggen en kan anderzijds de vergunningverlenende overheid, bij het verlenen van een vergunning, bijzondere exploitatievoorwaarden opleggen met het oog op de bescherming van de mens en het leefmilieu.

a. In sommige vergunningsbesluiten worden algemene en sectorale voorwaarden uit Vlare II letterlijk en volledig overgenomen als bijzondere voorwaarden. De meeste van die besluiten werden genomen tussen 1 september 1991 en 1 januari 1993 toen respectievelijk Vlare I en Vlare II van kracht werden. Deze techniek werd ook nog gevolgd in een reeks besluiten na 1 januari 1993.

b. In een reeks vergunningsbesluiten van na 1 januari 1993 worden de algemene sectorale voorwaarden uit Vlare II opgelegd als bijzondere voorwaarden. Daarbij wordt alleen maar verwezen naar de bewuste artikelen van Vlare II, en worden de voorwaarden in het vergunningsbesluit niet opgesomd.

c. In een andere reeks vergunningsbesluiten die na 1 januari 1993 werden verleend, wordt verwezen naar de algemene en de sectorale voorwaarden zonder vermelding dat zij als bijzondere voorwaarden voor de bewuste inrichting gelden.

d. In alle vergunningsbesluiten die vóór 1 september 1991 werden afgeleverd, toen Vlare I nog niet van toepassing

was, alsook in sommige vergunningsbesluiten van na 1 januari 1993 wordt niet verwezen naar de algemene en sectorale voorwaarden omdat die voorwaarden, die opgesomd zijn in Vlare II, vanaf 1 januari 1993 automatisch van toepassing zijn of waren.

In de gevallen a en b blijft de exploitant gebonden aan de voorwaarden die in het vergunningsbesluit zijn opgesomd, zelfs als in de nieuwe versie van Vlare II de voorwaarden zouden worden versoepeld. De onwettigheid of zelfs de vernietiging van Vlare II kan hieraan niets wijzigen aangezien zij als bijzondere voorwaarden een wettig en onafhankelijk bestaan zijn gaan leiden.

Bij de gevallen c en d moet de exploitant nagaan welke voorwaarden de strengste zijn. De exploitant heeft er weinig of geen belang bij de algemene of sectorale voorwaarden uit Vlare II ongeldig te laten verklaren want in dat geval zal de vergunningverlenende overheid deze voorwaarden opleggen als bijzondere voorwaarden in een wijzigend besluit. Daardoor komt de exploitant terecht in de situatie van geval a en bestaat het risico dat voor hem niet van toepassing zijn de mogelijk soepeler voorwaarden die eventueel in het nieuwe Vlare II zouden kunnen worden opgenomen.

Ten slotte kan worden vermeld dat sinds oktober 1994 en tot op het ogenblik dat het nieuwe Vlare II van kracht zal worden, de vergunningverlenende overheden op gemotiveerde wijze voorwaarden zullen kunnen opleggen mits zij geen melding maken van de voorschriften van Vlare II en mits zij op behoorlijke wijze tot een motivering overgaan. Aangezien een groot deel van de voorwaarden, opgelegd in Vlare II, de uitvoering zijn van Europese richtlijnen, zal men het de vergunningverlenende overheid niet euvel kunnen duiden dat zij voorwaarden oplegt die op Europees niveau toch zijn voorgeschreven, eventueel verstrengd, gelet op de plaatselijke situatie.

Een laatste vraag: kunnen de toezichthoudende overheden nog optreden? De minister van leefmilieu geeft een antwoord in zijn circulaire van 28 oktober 1994.

Wanneer in het vergunningsbesluit uitdrukkelijk exploitatievoorwaarden zijn opgelegd, kan het toezicht worden uitgeoefend.

Voor de inrichtingen waarbij de vergunning zich beperkt tot een loutere verwijzing naar Vlare II-voorwaarden vormt Vlare II geen juridische basis meer voor het toezicht. Bij deze inrichtingen zal het toezicht worden uitgeoefend op basis van artikel 43, § 2, van Vlare I. Volgens deze bepaling is de exploitant gehouden om, ongeacht de verleende vergunning, steeds de nodige maatregelen te treffen om schade en hinder te voorkomen. Vanzelfsprekend zal uiterste zorg worden besteed aan de motivering van de toezichtshandelingen.

4. Uit het bovenstaande mag blijken dat de toestand niet eenvoudig is, maar er kan zeker geen sprake zijn van juridische chaos zoals de eerste reacties op het arrest lieten uitschijnen.

Vanzelfsprekend heeft iedereen gelijk die dringend rechtszekerheid vraagt en derhalve met ongeduld het nieuwe Vlare II verwacht.

Prof. dr. W. Lambrechts
U.I.A.

HOF VAN BEROEP TE GENT

12e KAMER – 30 MAART 1994

Voorzitter: de h. Snoeck

Raadsheren: de hh. Stassijns en Teirlinck

Advocaten: mrs. d'Hoest, Vlaeminck en Verbeke

Vennootschap – Onregelmatig opgerichte vennootschap onder firma – Vordering door een vennoot

Een vordering die behoort tot het vermogen van een onregelmatig opgerichte vennootschap onder firma, kan niet door een van haar vennoten ingesteld worden.

F. en M. t/ B.

Op 9 maart 1982 werd een contract van aanneming voor het oprichten van een eengezinswoning gesloten tussen appellanten, optredend als opdrachtgever, en «Bouw met B.», vertegenwoordigd door haar afgevaardigde, de heer M. Werner en B. Joël, optredend als projectontwikkelaar en waarvan de aannemingsprijs werd vastgesteld op 2.350.000 fr.

Volgens artikel 18 van de algemene voorwaarden als bijlage gevoegd bij het voormeld contract, diende de opdrachtgever die het contract eenzijdig verbreekt, een forfaitaire schadevergoeding te betalen gelijk aan 15% van de aannemingsom verminderd met het bedrag van het reeds uitgevoerde werk.

Bij aangetekende brief van 25 mei 1982 hebben appellanten aan de geïntimeerde opzegging gedaan van het aannemingscontract.

Reeds op 3 juni 1982 heeft geïntimeerde (...) de appellanten gedagvaard voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge tot betaling van een schadevergoeding, wegens contractbreuk, van 325.470 fr., vermeerderd met de gerechtelijk interest en de kosten.

...

Hoewel de ontoelaatbaarheid van de vordering wegens gemis aan hoedanigheid van geïntimeerde pas werd opgeworpen bij de tweede conclusie in beroep, dat wil zeggen iets minder dan tien jaar na de aanvang van het geding, dient dit middel vooraf te worden onderzocht. Het kan immers in elke stand van het geding worden opgeworpen en gaat een onderzoek naar de grond vooraf.

...

Uit de voorliggende stukken leiden de appellanten terecht af dat er tussen de heren B. en M. een vennootschap bestond. Er is eerst en vooral de litigieuze aannemingsovereenkomst, waarin de heren B. en M. gelijkelijk de hoedanigheid van projectontwikkelaar aannemen. Het blijkt geenszins dat de heer M. slechts als zelfstandig vertegenwoordiger zou zijn opgetreden. In de laatste hypothese ware het meer aannemelijk geweest dat het contract ofwel door de vertegenwoordiger ofwel door de aansteller zou zijn getekend.

Het naamkaartje van de firma Bouw met B. vermeldt de namen van de heren B. en M. op gelijke voet, zodat hieruit niet afgeleid kan worden dat de heer M. slechts een aangestelde was. Het briefpapier van de firma vermeldt enkel de handelsnaam Bouw met B. en niet de naam van de geïnti-

meerde. Uit de inschrijving in het handelsregister te Brugge dd. 14 juni 1984 van de P.V.B.A. Bouw met B. blijkt dat de heren B. en M. zaakvoerders van de vennootschap zijn. Uit het verzoek om doorhaling van de inschrijving in het handelsregister van geïntimeerde, eveneens dd. 14 juni 1984, blijkt dat zijn handelsactiviteit werd overgedragen aan de P.V.B.A. Bouw met B. Bij het verzoek om inschrijving in het handelsregister van de P.V.B.A. Bouw met B. wordt als adres vermeld (...), welk adres ook reeds in 1982 ten tijde van het betwiste aannemingscontract het kantooradres was van de firma Bouw met B.

Het feit dat M. in 1982 niet was ingeschreven in het handelsregister doet hieraan geen afbreuk. Men wordt handelaar door het beroepshalve verrichten van daden van koop-handel, zoals de aanneming van private werken. Als vennoot van een vennootschap onder firma diende hij overeenkomstig artikel 5 van het K.B. van 20 juli 1964 trouwens niet te zijn ingeschreven in het handelsregister.

Het feit dat de vennootschap gebruik maakte van het handelsregister, het BTW-nummer en het bankrekeningnummer van de geïntimeerde kan precies het gevolg zijn van de onregelmatigheid bij de oprichting van de vennootschap onder firma Bouw met B.

Geïntimeerde beschikt niet over de nodige hoedanigheid om in rechte te treden, aangezien de door hem ingestelde vordering behoort tot het vermogen van de onregelmatig opgerichte V.o.F. Bouw met B.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 26 OKTOBER 1994

Voorzitter: de h. Spaas

Raadsheren: de h. Luyckx en mevr. Lenders

Openbaar ministerie: de h. Vanden Eede

Burgerlijke rechtspleging – Wraking – Art. 833 Ger.W.

Naar de termen van art. 833 Ger.W. moet degene die een wraking wil voordragen, dit doen vóór de aanvang van de pleidooien, tenzij de redenen van de wraking later zijn ontstaan.

Wanneer een wrakingsgrond ontstaat na de aanvang van de eerste pleidooien, is het instellen van de wrakingsprocedure alsnog mogelijk vóór de aanvang van de volgende pleidooien.

Overwegende dat appellant de nietigverklaring beoogt van het bestreden vonnis in zoverre dit het eerste verzoek tot wraking ontvankelijk en gegrond verklaart en het tweede verzoek ontvankelijk verklaart wat de wrakingsmiddelen betreft die geen betrekking hebben op het verloop van de terechtzitting van 22 september 1994;

dat hij het Hof vordert opnieuw rechtdoende het eerste verzoek onontvankelijk, subsidiair ongegrond, te verklaren wat de wrakingsmiddelen betreft die geen betrekking hebben op het verloop van de terechtzitting;

Overwegende dat het hoger beroep gericht tegen het onderdeel van het bestreden vonnis dat recht sprak over het verzoek II niet toegelaten wordt wegens gemis aan belang bij de procureur des Konings om dat onderdeel te bestrijden nu de wraking van de rechters op de in verzoek II aangehaalde middelen hoe dan ook niet werd ingewilligd;

Overwegende dat de eerste rechter ten onrechte de verzoeken tot wraking gesteld in verzoek I ontvankelijk heeft verklaard;

Overwegende namelijk:

1) dat naar de termen van artikel 833 van het Gerechtelijk Wetboek degene die een wraking wil voordragen dit moet doen vóór de aanvang van de pleidooien tenzij de redenen van de wraking later zijn ontstaan;

dat bovendien wanneer een wrakingsgrond ontstaat na de aanvang van de eerste pleidooien het instellen van de wrakingsprocedure alsnog mogelijk is doch vóór de aanvang van de volgende pleidooien;

2) dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat de strafzaak meerdere terechtzittingen vergde om te pleiten en V. en zijn raadslieden, na het tijdstip waarop zij kennis kregen van de ingeroepen wrakingsgrond, onophoudelijk gepleit hebben, conclusies neergelegd en de rechtbank aangezocht om tussenvonnissen te vellen en zelfs bij herhaling hebben aangedrongen op een vrijspraak;

dat namelijk uit het chronologische verloop van de procedure zoals nauwkeurig weergegeven in de akte van beroep en bevestigd door de stukken in het strafdossier blijkt:

– dat V. zich bij de hervatting van de zaak op 9 september 1994 in de namiddag ertoe beperkte akte te vragen van zijn beweerde vaststellingen;

– dat vervolgens de behandeling van de zaak vervolgd werd en namens V. gepleit en conclusies werden neergelegd en met name conclusie II betreffende de overbrenging van overtuigingsstukken ter terechtzitting en conclusie II betreffende de toepassing van artikel 190 Sv. (voorlezing van stukken door de griffier);

– dat ter terechtzitting van 14 september 1994, niet alleen gepleit werd maar ook een drietal conclusies werden neergelegd waarin de rechtbank verzocht werd uitspraak te doen, en zelfs gevraagd werd V. vrij te spreken;

– dat op 15 september 1994 een tussenvonnis werd gewezen betreffende alle, na het akte verlenen van de ingeroepen wrakingsgrond door V. neergelegde conclusies en namens hem gehouden pleidooien;

– dat op zelfde datum nogmaals namens V. werd gepleit en een drietal conclusies werden neergelegd o.m. bevattende een hernieuwde vraag tot vrijspraak doch op andere gronden;

– dat bovendien aan de rechtbank namens V. een verzoek werd gericht om kopie van het zittingsblad mee te delen aan twee onderzoeksrechters te Brussel en de oproeping van een bijkomende getuige;

– dat op 21 september 1994 nogmaals door de raadsman van V. een pleidooi werd gehouden in verband met het kopiëren van stukken waarop terzake vonnis werd verleend en waarna op verzoek van V. de opgeroepen getuige N. werd gehoord;

– dat op 22 september 1994 een van de raadslieden van V. namens hem werd gehoord in verband met zijn verzoek tot inzage van nieuwe stukken door het openbaar ministerie bijgebracht ingevolge verzoek van V. tot mededeling van het zittingsblad van 15 september aan de twee onderzoeksrechters te Brussel zoals hoger gemeld;

– dat V. verlof kreeg van de rechtbank om deze stukken in te zien, afschrift te nemen met toezegging hierover 's anderendaags te pleiten en eventueel conclusies neer te leggen;

– dat V., zodra het woord verleend werd aan een van de burgerlijke partijen, gevolgd door zijn raadslieden, de zittingszaal verlaten heeft om vervolgens terug te komen en het verzoek tot wraking I neer te leggen;

dat dientengevolge aangenomen mag worden dat de wraking (verzoek I) pas is voorgedragen ná de aanvang van de pleidooien zodat zij met toepassing van artikel 833 van het Gerechtelijk Wetboek, dat voorgeschreven is op straffe van nietigheid, niet ontvankelijk is;

...

NOOT – Zie ook Hof Antwerpen, 13 november 1991, *R.W.*, 1994-95, 293, en de noot van S. Van Overbeke; P. Rouard, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé, La procédure civile*, 2e partie, III, nr. 447; *R.P.D.B.*, v° «Récusation», nr. 71.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

15e KAMER – 13 DECEMBER 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. Raspé

Raadslieden: de h. Demyttenaere en mevr. Mertens de Wilmars

Openbaar ministerie: de h. Verbelen

Advocaat: mr. Celis

Bewijs – In strafzaken – Getuige – Eed

Het verhoor van een persoon die noch partij, noch getuige is in de zaak, geeft aanleiding tot nietigheid van de rechtspleging.

M.

Overwegende dat uit het zittingsblad van 9 december 1992 blijkt dat, voor de eerste rechter, mevrouw Margareta V., echtgenote van beklaagde, die noch partij was in de zaak, noch als getuige werd onderhoord, «uitleg gaf» en dat de eerste rechter besliste een verbetering in de telastlegging door de voeren alvorens de debatten waren gesloten;

Dat een dergelijke behandeling van de zaak de nietigheid van het bestreden vonnis meebrengt;

Dat het hof, overeenkomstig art. 215 Sv., mee over de zaak zelf beslist;

...

NOOT – *Het verhoor van getuigen*

1. Verschijnt iemand ter terechtzitting, die geen partij is in de zaak, en wordt hij door de strafrechter verhoord, dan kan deze persoon niet anders worden beschouwd dan als een getuige. Onverschillig of hij de eed heeft afgelegd of niet.

2. Te dezen vermeldde het proces-verbaal van de terechtzitting dat de bewuste persoon uitleg had verstrekt over de zaak, maar er werd geen gewag gemaakt van de eedaflegging. Er moet bijgevolg worden aangenomen dat de door art. 155 Sv. op straffe van nietigheid voorgeschreven eed niet werd afgelegd.

3. Het vonnis dat op zulk een onregelmatig verhoor steunt, is uiteraard door nietigheid aangetast. De appelrechter zal dan ook die beslissing vernietigen en overeenkomstig

art. 215 Sv. mede over de zaak zelf beslissen. De kosten van de nietige beslissing blijven natuurlijk ten laste van de Staat.

4. Wat in het onderhavige geval evenwel opvalt, is dat deze «getuige» de echtgenote van de beklaagde was. Nu is het gebruikelijk dat het openbaar ministerie de medeëigenaar van een wederrechtelijk opgericht bouwwerk vervolgt als mededader van het bouwmisdrijf, al was het maar om betwistingen te voorkomen achteraf bij de strafuitvoering.

Heeft de eerste rechter deze echtgenote niet beschouwd als «tussenkommende partij»? Het blijft in het ongewisse...

5. In het arrest staat echter nog méér. De beslissing van de rechtbank om de voornaam van de medeëigenares: «Margaretha» te verbeteren in «Margareta» nog vóór de debatten waren gesloten, wordt beschouwd als een reden van nietigheid van het vonnis.

Toont het hof zich hier niet wat te formalistisch? De voornaam of zelfs de familienaam van de medeëigenaars van een wederrechtelijk opgericht bouwwerk of van benadeelden maken in feite geen deel uit van de telastlegging. Het zijn louter bijkomstige gegevens die geen enkele invloed uitoefenen op de omschrijving van de feiten. De strafrechter mag deze gegevens verbeteren ongeacht de stand van de procedure, hij hoeft niet eens de partijen daarvan te verwittigen, daar deze vermeldingen geen zinnig mens kunnen misleiden.

Man soll nicht kratzen, was einen nicht juckt...

A. Vandeplas

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 25 MAART 1994

Voorzitter: de h. Duys

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Van Dyck en Schrijvers

Openbaar ministerie: de h. Van den Bon

Advocaten: mrs. Engels en Craeninckx loco Dewael en Schuermans

Collectieve arbeidsovereenkomst – Ondernemings-c.a.o. – Suppletieve overeenkomst – Niet-neerlegging – Binding – Gemeen recht – Toepassing – Werkgever – Werknemer – Dading – Geldigheid

Een aan een ondernemings-c.a.o. door de werkgever en de vakbonden gesloten «suppletieve overeenkomst» die niet op het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid is neergelegd, verbindt, volgens de regels van het gemene recht, degenen die ze hebben aangegaan. Ze heeft niet de wettelijke binding van een regelmatig neergelegde c.a.o. Van een dergelijke overeenkomst kan door de betrokken werkgever en een individuele werknemer door een dading worden afgeweken.

N.V. J. t/ V.

Feiten

Bij aangetekend schrijven van 26 januari 1989 werd geïntimeerde ontslagen met een opzeggingstermijn van 18 maanden, ingaande op 1 februari 1989.

Bij schriftelijke overeenkomst van 21 maart 1989 werd tussen de partijen een verkorte opzeggingstermijn vastgesteld die liep van 1 april 1989 tot 30 september 1989, en waarmee

geanticipeerd werd op de brugpensioenregeling voor een onderneming in moeilijkheden die vanaf 1 oktober 1989 in werking trad.

Op 2 mei 1988 werd op het vlak van de onderneming een C.A.O. gesloten in het kader van de C.A.O. nr. 17, waarin onder meer werd overeengekomen:

Artikel 2. «De overeenkomst wordt gesloten voor de duur van twee jaar ingaande op 1 mei 1988, onder de opschortende voorwaarde van erkenning als bedrijf in moeilijkheden door de bevoegde instantie.

«In deze context zal dan ook de beperkte opzegtermijn, overeenkomstig de wettelijke bepalingen terzake, van toepassing zijn.

Artikel 3. «Er wordt een regeling van aanvullende vergoeding brugpensioen overeengekomen voor de bedienden vanaf 50 jaar, en dit volgens de modaliteiten van C.A.O. nr. 17. Het bedrag van de aanvullende vergoeding, zijnde de helft van het verschil tussen het nettoreferenteloon en de werkloosheidsuitkering is ten laste van de werkgever en wordt maandelijks uitbetaald.»

De in artikel 2 gestipuleerde opschortende voorwaarde van erkenning als onderneming in moeilijkheden werd door de bevoegde minister toegestaan bij schrijven van 28 september 1988, voor een periode tot 1 mei 1990.

Op 2 mei 1988 werd tussen de onderneming en de werknemersorganisaties die betrokken waren bij de C.A.O., afgesloten op ondernemingsvlak, een «suppletieve overeenkomst» gesloten, waarin onder meer werd overeengekomen:

Artikel 2. «Het bedrag van de aanvullende vergoeding zoals voorzien en volgens de modaliteiten van de C.A.O. nr. 17 zal als volgt worden aangepast: 'de helft van het verschil' wordt 'drievierde van het verschil'.

Artikel 3. «Gedurende vijf jaar, doch minimaal tot 60 jaar en maximaal tot 65 jaar, te beginnen vanaf de maand van de oppensioenstelling, zal de maandelijkse bijdrage (zowel persoonlijke als patronale) voor de groepsverzekering verder worden betaald door de werkgever. In geen enkel geval zal meer dan zeven jaar bijdrage betaald worden. Deze bijdrage wordt betaald als een vast maandelijks bedrag of een eenmalige premie met een equivalente waarde.»

Uit de stukken neergelegd door de partijen en uit de uitspraken ter zitting gedaan – in zoverre ze relevant zijn – blijkt dat de partijen apart gingen onderhandelen nadat, via een verkorte opzegging, geïntimeerde binnen de brugpensioenregeling kwam als omschreven bij C.A.O. nr. 17. De overeenkomst hield bijkomende voordelen in waaronder een aanvullende netto-brugpensioenvergoeding van 1.500.000 fr., een nettovergoeding van 105.350 fr., die in feite overeenstemde met een pro rata 13e maand, en de mogelijkheid om de groepsverzekering te incasseren.

Men kan bezwaarlijk stellen dat de «keuze» van geïntimeerde voor de beëindigingswijze van zijn arbeidsovereenkomst in het kader van de brugpensioenregeling voor een onderneming in moeilijkheden (C.A.O. nr. 17) een slechte keuze is geweest die hem werd opgedrongen door de werkgever.

De chronologie van de gebeurtenissen, het intellectueel niveau van geïntimeerde en de talrijke besprekingen in verband met de beëindigingsmodaliteiten van de arbeidsovereenkomst waarvoor men geopteerd heeft, illustreren dat geïntimeerde een heel bewuste keuze gemaakt heeft, waarbij hij zich terdege heeft gerealiseerd dat de toetreding tot de

brugpensioenregeling, die leidde tot een «gewaarborgd» inkomen + een supplement ten laste van de werkgever (1.500.000 fr.), een attractief aanbod was tegenover het onzekere alternatief van een «conventionele» beëindiging van het contract voor een «vijftiger» met weinig perspectieven op de arbeidsmarkt.

Een beëindiging van de arbeidsovereenkomst, volgens de oorspronkelijk overeengekomen opzeggingstermijn, zou geïntimeerde tijdelijk een niet eens zo substantieel voordeel ($\pm$ 60.000 fr. per jaar) opgeleverd hebben tegenover de bedongen brugpensioenregeling, maar weegt vanzelfsprekend niet op tegen de zekerheid van inkomen tot aan de normale pensioengerechtigde leeftijd.

Bovendien blijkt uit de stukken dat hetgeen thans door geïntimeerde «opzeggingsvergoeding en surplus aan voordelen» genoemd wordt en in de overeenkomst «aanvullend brugpensioen», in ieder geval fiscaal vriendelijk door partijen behandeld werd, daar slechts 16,5% belasting werd afgehouden en derhalve duidelijk de sociale afhoudingen en de bedrijfsbelastingen ontweken werden die normaal dienen te worden gekweten op een opzeggingsvergoeding en andere loonvoordelen.

Aangezien niet kan worden uitgegaan van de veronderstelling dat de partijen een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak, nl. belastingontduiking, op het oog hadden, dient aanvaard te worden dat men, zoals de overeenkomst vermeldt, te maken had met een bijkomende afkopsom of, zoals in de overeenkomst genoemd, een «aanvullende brugpensioenvergoeding», waarin rekening gehouden werd met het verlies aan pro rata oudejaarspremie. De bewering van geïntimeerde dat het om een «opzeggingsvergoeding en bijkomend loonvoordeel» zou gaan, waarvan overigens niet blijkt dat ze ooit aan de fiscus als zodanig werden aangegeven, kan niet gevolgd worden omdat ze strijdig is met de bewoordingen en de uitvoering van de overeenkomst.

Geïntimeerde, hierin gevolgd door de eerste rechter, blijft bovendien een overeenkomst op 2 mei 1988 tussen vakbondsafgevaardigden en werkgever gesloten, een «suppletieve C.A.O.» noemen. In feite strekt deze overeenkomst ertoe in zekere zin af te wijken van de doelstelling van de C.A.O. nr. 17.

Men verzwaart immers de financiële last van de werkgever ($\frac{3}{4}$ van het verschil in plaats van $\frac{1}{2}$ van het verschil) in afwijking van de dwingende bepaling van de C.A.O. nr. 17 en het begrip «onderneming in moeilijkheden», die precies de kansen van bedrijven op herstructurering willen aanmoedigen door sociale faciliteiten toe te staan. Een verzwaaring van de financiële lasten van de onderneming ten voordele van het personeel waarvan de loopbaan eindigt, zal het nog aanwezige minimum aan liquiditeit en rendabiliteit aantasten en is derhalve in strijd met de tactische doelstellingen van het systeem dat zijn grondslag vindt in de C.A.O. nr. 17.

Zowel van werknemerszijde als van werkgeverszijde heeft men er weliswaar belang bij de «herstructurering» zoveel mogelijk op kosten van de gemeenschap te realiseren, maar deze bijzondere belangen waarop partijen zinspelen, zijn niet relevant bij de beoordeling in rechte van het voorliggende geschil.

...

Ten gronde

1. *Het juridisch karakter van de «suppletieve overeenkomst» van 2 mei 1988, gesloten tussen werkgever en vakbondsafgevaardigden*

Overwegende dat deze overeenkomst bezwaarlijk beschouwd kan worden als een collectieve arbeidsovereenkomst, omdat: a. ze als dusdanig niet werd benoemd door de partijen die ze hebben gesloten; b. ze, in tegenstelling met de C.A.O. van dezelfde datum, de formule niet bevat dat de partijen de bevoegde minister verzoeken zijn goedkeuring eraan te hechten; c. niets erop wijst dat de overeenkomst in kwestie gedeponereerd is op het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid (artikel 18 van de wet van 5 december 1968);

Overwegende dat de neerlegging van de C.A.O. een substantiële slotformaliteit uitmaakt zonder welke het wettelijk bestaan van de C.A.O. gebrekkig is (*Gedr.St., Senaat*, 1966-67, nr. 148, 27; *Gedr.St., Senaat*, 1967-68, nr. 78, 73 en 74);

dat de afwezigheid van de neerlegging van de C.A.O. tot gevolg heeft dat de partijen zich enkel erop kunnen beroepen als op een overeenkomst van het gemene recht, waarop de regels van het Burgerlijk Wetboek van toepassing zijn;

dat zelfs in de niet in aanmerking te nemen hypothese dat men de suppletieve overeenkomst van 2 mei 1988 als een C.A.O. beschouwt, de niet-neerlegging ervan met zich brengt dat het geen C.A.O. meer is in de zin van de wet van 5 december 1968 en daaraan derhalve de normatieve gevolgen van artikel 19 en volgende van deze wet niet gekoppeld kunnen worden (Piron, J. en Denis, P., *Le droit des relations collectives du travail en Belgique*, Brussel, Larcier, 1970, 74; Rombouts, J., *De paritaire organen in België*, Lier, Van In, 1976, 76; Arbeidshof Brussel, 3 april 1987, *Soc.Kr.*, 1988, 40);

dat de suppletieve overeenkomst derhalve geen C.A.O. is maar een overeenkomst naar het gemene recht, in casu enkel aanvullend en complementair, zonder het imperatieve karakter van de dwingende bepalingen van een C.A.O., en dus, zoals elke overeenkomst, vatbaar voor wijzigingen in gemeen overleg;

2. *Het juridisch karakter van de overeenkomst van 21 maart 1989 – Dading*

Overwegende dat deze overeenkomst duidelijk bepaalt dat de partijen akkoord gaan over de toepassing van:

- een verkorte opzeggingstermijn die ingaat op 1 april 1989 en verstrijkt op 30 september 1989, maand waarin de werknemer 50 jaar wordt,
- de brugpensioenregeling in het kader van de C.A.O. nr. 17,
- de toekenning van een aanvullende netto-brugpensioenvergoeding van 1.500.000 fr., en
- een regeling in verband met de afkoop van de groepsverzekering;

dat in punt 5 van de overeenkomst bepaald wordt dat met deze overeenkomst alle eventueel eerder opgemaakte overeenkomsten vervallen en dat beide partijen erkennen volledig aan hun rechten en plichten te hebben voldaan door de uitvoering ervan;

dat uit de tekst van de overeenkomst, die in duidelijke bewoordingen is opgesteld, blijkt dat de partijen gehandeld hebben met de wil om de in de C.A.O. nr. 17 bepaalde rechtsgevolgen in acht te nemen; dat de formulering van de overeenkomst en de extrinsieke omstandigheden (chronologie van de onderhandelingennota's) in alle opzichten overeen-

stemmen met de inhoud die de weerspiegeling is van de wil van de partijen;

dat uit niets blijkt dat de partijen hun verhoudingen hebben willen laten beheersen door de «suppletieve overeenkomst» van 2 mei 1988, en geïntimeerde in gebreke blijft het bewijs te leveren van de feiten die hij in dat verband aanvoert (art. 870 Ger.W. en art. 1315 B.W.);

dat de suppletieve overeenkomst overigens – voor zover ze ooit bepalend geweest zou zijn voor de beëindigingsmodaliteit van het arbeidscontract tussen de partijen, *quod non* – herroepen werd door de overeenkomst van 21 maart 1989, die chronologisch later tot stand is gekomen, alle eerder opgemaakte overeenkomsten als ongeschreven beschouwt en, in tegenstelling met de suppletieve overeenkomst, *intuitu personae* is opgesteld;

Dat de C.A.O. nr. 17, de C.A.O.-brugpensioen van 2 mei 1988 – die een replica is van de C.A.O. nr. 17 – en de dading van 21 maart 1989 cumulatief dienen te worden toegepast; dat de C.A.O. nr. 17 de minimumnorm is die inhoudelijk in acht genomen werd door de overeenkomst van 21 maart 1989, nu deze geen rechten ontnam noch bijkomende plichten oplegde aan geïntimeerde, doch integendeel in een ruimere bescherming voorzag voor laatstgenoemde;

dat de argumenten door geïntimeerde ontwikkeld omtrent de niet-toelaatbaarheid van een dergelijke dading, niet pertinent zijn; dat deze dading immers geen betrekking heeft op de verbintenissen in verband met arbeidsbetrekkingen tussen werkgever en werknemers (artikel 51 van de C.A.O.-wet), zodat de in deze wet vooropgestelde hiërarchie van de rechtsbronnen hierop niet van toepassing is (Cassatie, 22 april 1985, *R.W.*, 1985-86, 1295).

dat artikel 11 en artikel 51 van de C.A.O.-wet enkel spreken van individuele arbeidsovereenkomsten en niet van overeenkomsten naar het gemene recht, zoals de dading;

dat artikel 9 van voornoemde wet spreekt van «overeenkomsten», waarbij duidelijk bedoeld wordt op individuele en collectieve overeenkomsten en niet op overeenkomsten van het gemene recht;

dat anderzijds het feit dat de hiërarchie van artikel 51 van de C.A.O.-wet *in casu* niet van toepassing is, niet impliceert dat de overeenkomst van 21 maart 1989 strijdig mag zijn met de dwingende bepalingen van de C.A.O., maar dat dit te dezen niet het geval is;

Overwegende dat derhalve niet betwist kan worden dat de overeenkomst van 21 maart 1989, waarvan de geldigheid niet kan worden aangevochten, aangezien ze niet indruist tegen de dwingende bepalingen van de C.A.O. nr. 17, een dading is waarop de bepalingen van artikel 2044 en volgende van het Burgerlijk Wetboek van toepassing zijn;

dat een dading een contract is waarbij partijen een gerezen geschil beëindigen of een toekomstig geschil voorkomen;

dat de overeenkomst van 21 maart 1989 duidelijk het resultaat is van de wederzijdse toegevingen van de partijen;

dat niet vereist is dat de toegevingen van beide partijen evenwaardig zijn;

dat iedere partij het risico draagt grotere toegevingen te moeten doen dan de wederpartij, wat eigen is aan het compromis waarvoor elke dading staat, a fortiori wanneer het om een fundamentele keuze van beide partijen gaat waarbij zij beiden duidelijke concessies doen, nl. de betaling van een geldsom met als tegenprestatie de afstand van litigieuze aanspraken;

dat uit artikel 2052 B.W. blijkt dat de dading een onherroepelijke oplossing geeft aan het geschil;

dat hieruit volgt dat het proces niet meer kan hernomen worden (*exceptio litis transactionem finitae*);

dat de artikelen 2052 en 2053 B.W. bepalen dat er alleen dwaling mogelijk is omtrent de persoon of het voorwerp van het geschil;

dat tal van factoren, zoals het niveau van geïntimeerde, de fases van de onderhandelingen en de duidelijke bewoordingen van de dading, aantonen dat de partijen niet konden dwalen omtrent de feiten waarover alle betwistingen werden uitgesloten voor de toekomst;

dat in zoverre er sprake zou kunnen zijn van dwaling, deze aan de zijde van geïntimeerde zeker niet verschoonbaar is;

dat de dwaling die men inroept er hoogstens een is nopens het quantum van de vergoeding ingevolge de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, en dat het dus geen dwaling omtrent de substantie van de zaak is, zodat zij niet kan leiden tot nietigheid;

dat er evemin sprake kan zijn van bedrog, nu geïntimeerde nalaat te bewijzen dat er kunstgrepen zijn aangewend die uitgaan van appellante en determinerend zijn geweest om geïntimeerde aan te zetten tot het geven van zijn toestemming;

Overwegende dat gebleken is dat de verbintenissen die appellante in deze dading aanging, uitgevoerd werden en geïntimeerde zelfs uiteindelijk dient toe te geven dat ook de regeling wat de afkoop van de aanvullende voordelen belichaamd door verzekeringscontracten betreft, *illo tempore* met de verzekeraar ervan werd afgehandeld;

Overwegende dat de oorspronkelijke en later uitgebreide vordering van geïntimeerde dan ook ongegrond is in alle onderdelen en dat het hoger beroep van appellante gegrond is;

...

NOOT – Betreffende de binding van een niet neergelegde c.a.o. en de toepassing van het gemene recht raadplege men nog Cass., 30 mei 1988, *A.C.*, 1987-88, nr. 595, met de conclusie van het O.M. Ter zake van de mogelijkheid van een dading ter afwijking van een bindende c.a.o., consultere men ook Cass., 12 september 1989, *A.C.*, 1989-90, nr. 22.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE VEURNE

KORT GEDING – 26 AUGUSTUS 1994

Voorzitter: mevr. Deconinck

Advocaten: mrs. Panis en Crombez

1. Rechten van de mens – Vrijheid van meningsuiting – Beperkingen – Politie maatregelen – 2. Hoven en rechthallen – Kort geding – Discretionaire bevoegdheid van de gemeente – Opportuniteits toetsing – Gebonden bevoegdheid van de uitvoerder – Toetsing – 3. Grondwet – Gelijkeheids- en niet-discriminatiebeginsel – Onderscheid tussen partijpolitieke en niet-partijpolitieke geschriften

1. Elke uitoefening van de uitingsvrijheid kan in beginsel onderworpen worden aan politie verordeningen en -maatregelen.

2. Een gemeentelijke verordening waarin bepaald wordt dat geen machtiging kan worden verleend tot het oprichten van stands voor de verspreiding van partijpolitieke geschriften, be-

hoort naar de inhoud tot de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de gemeente, waarvan de opportuniteit in het kader van een burgerlijk kort geding niet kan worden beoordeeld.

Die verordening laat geen ruimte voor enige beoordelingsbevoegdheid van de uitvoerder. Gezien deze gebonden bevoegdheid kan een rechtssubject zich niet op een subjectief recht beroepen ten aanzien van de overheid.

3. Het onderscheid tussen partijpolitieke en niet-partijpolitieke geschriften komt in dit verband niet discriminatoir voor.

D. en V.Z.W. V. t/ Stad Diksmuide

Preliminaria

Uit de voorgelegde stukken blijkt dat door het «Vlaams Blok»-Nationaal Secretariaat op 20 juli 1994 een aanvraag werd ingediend tot het plaatsen van een propagandabus in de IJzerlaan ter hoogte van huisnummer 54, ter gelegenheid van de IJzerbedevaart 1994, en dit teneinde «in de omgeving van de bus pamfletten, tijdschriften, propagandamateriaal enz. uit te delen».

Op dezelfde datum werd tevens een soortgelijk schrijven voor een propagandastand gericht aan de burgemeester, ditmaal door het «Vlaams Blok Jongeren».

Bij brieven dd. 13 augustus 1994 werd meegedeeld geen gunstig gevolg te verlenen aan het verzoek «gezien artikel 4bis van de tijdelijke verordening op 26, 27 en 28 augustus 1994 betreffende de 67ste Bedevaart naar de Graven van de IJzer, goedgekeurd door de gemeenteraad in zitting van 25 juli 1994».

Een bijkomende aanvraag uitgaande van het «Vlaams Blok», gedateerd op 17 augustus 1994, betrof anderzijds het gratis uitdelen van het maandblad van deze groepering op het grondgebied van de gemeente Diksmuide op zondag 28 augustus 1994, dag van de IJzerbedevaart.

Ook deze aanvraag werd door de Burgemeester geweigerd op grond van dezelfde verwijzing.

Eenzelfde weigering viel het «Vlaams Blok jongeren» te beurt met betrekking tot het verzoek om een enquête te organiseren aan de hand van pamfletten.

Het litigieuze politiereglement getroffen «tot handhaving van de openbare orde, rust en veiligheid en tot het regelen van het verkeer» voorziet o.m. volgende verboden op vrijdag 26, zaterdag 27 en zondag 28 augustus:

- het verbod bepaalde symbolen, kentekens en publicaties, die de orde kunnen verstoren en/of de openbare opinie kunnen kwetsen, te dragen, uit te delen, te verkopen of in het bezit te hebben (art. 2);

- het verbod enigerlei handelingen te stellen dewelke de publieke opinie kunnen kwetsen en/of de openbare orde te verstoren (art. 3);

- het verbod te kamperen, spandoeken en vastgeankerde ballonnen te hangen, te bedelen, geld in te zamelen, te kollekteren of lijsten ter ondertekening voor te leggen op welke wijze dit ook geschiedt, alsook strooibiljetten, boeken, tijdschriften, kranten of om het even welke geschreven mededeling uit te delen of te verkopen, tenzij men drager is van een schriftelijke toelating van de heer burgemeester (art. 4);

- het niet kunnen verlenen van een toelating tot het oprichten van standen voor verspreiding of bedeling van partijpolitieke pamfletten, geschriften of eender welk ander propagandamateriaal, en, tot het houden van partijpolitieke vlaggenstoeten of optochten (art. 4bis).

Voorwerp

De vordering beoogt vooreerst de onwettigverklaring van de beslissingen dd. 13 en 22 augustus 1994, evenals het verlenen van de toestemming tot het oprichten van een stand met propagandamateriaal, en het verspreiden van drukwerken buiten een stand, beide op zondag 28 augustus 1994.

Zij beoogt tevens de veroordeling tot de gerechtskosten en de uitvoerbaarverklaring op de minuut.

In rechte

Exceptie van onbevoegdheid

(...) Het bestaan van een (grond-)recht op vrije meningsuiting, m.n. op het verspreiden van partijpolitieke geschriften, kan binnen het kader van de bevoegdheidsdiscussie omtrent het kort geding terzake als een subjectief, minstens politiek recht worden weerhouden. De mogelijke krenking van dit recht en/of aansprakelijkheid komt infra aan de orde.

De exceptie dient dan ook verworpen te worden.

...

Ten gronde

(...) De mogelijkheid voor de rechter in kort geding om tussen te komen ten aanzien van de administratieve overheid die zich aan een aantasting van een subjectief recht schuldig heeft gemaakt, veronderstelt zowel een foutieve aantasting van dat recht als de noodzaak tot bescherming van die rechten, derhalve van het voorhanden zijn van enige benadeling, wanneer deze tussenkomst niet zou gebeuren.

Verweerster betwist in casu dergelijke benadeling, verwijzend o.m. naar het feit dat eisers niet alleen staan, doch dat alle partij-politieke manifestaties worden geweerd.

Dit feitelijk gegeven wordt door eisers ook niet betwist. Zij beperken zich tot het aanvoeren dat bepaalde niet-partijpolitieke organisaties de vereiste toestemming wel hebben verregen, zonder meer.

Onafgezien van het feit dat het al dan niet foutief karakter van het administratief optreden mede dient beoordeeld te worden aan de hand van het criterium of dit optreden gebeurde in het kader van een gebonden of discretionaire bevoegdheid (...), dient ook te worden nagegaan of nadelige gevolgen van materiële of morele aard in concreto voorhanden zijn of vermeden kunnen worden.

In dit kader komt het determinerend voor dat aan de burgemeester overeenkomstig de bewoordingen van art. 4bis aan de tijdelijke verordening geen enkele beslissingsruimte is gelaten. Dit artikel voorziet immers – en dit in aansluiting op het er net aan voorafgaand artikel 4 van hetzelfde règlement, waarmee het samen dient te worden gelezen (in tegenstelling met hetgeen eisers doen) – expliciet dat: «geen toelating kan worden verleend tot...»

Er is derhalve geen ruimte voor enige beoordelingsmarge in hoofde van de uitvoerder. Een andere beslissing kon door de burgemeester derhalve bezwaarlijk worden toegekend, gezien de zogenaamde «gebondenheid» van bevoegdheid.

Gezien deze gebonden bevoegdheid waarbij bij wijze van algemene maatregel beslist wordt dat geen toelating kan worden verleend, kan een rechtsonderhorige zich bezwaarlijk op een subjectief recht beroepen ten aanzien van de overheid, zoals dit wel het geval zou zijn bij een maatregel die een dergelijke toelating wel zou verlenen. Zonder dergelijk subjectief recht komt de vordering in kort geding op dit punt ongrond voor.

Nu eisers in dit verband anderzijds geen andere schade kunnen lijden dan de andere verenigingen die partij-politieke informatie willen verspreiden, gezien de in voormeld artikel algemeen geformuleerde onmogelijkheid van het verlenen van mogelijke toestemming, kunnen zij evenmin benadeeld worden op grond bv. van de overweging dat minder dan andere politieke partijen propaganda zou kunnen worden gemaakt. Elke partij-politieke propaganda is immers uit den boze op grond van de tijdelijke verordening.

In zoverre er subjectieve rechten in concreto voorhanden zouden zijn, wat klaarblijkelijk niet het geval is, is evenmin benadeling voorhanden.

Dergelijke benadeling kan derhalve evenmin door de Rechtbank worden voorkomen in het kader van onderhavig kort geding, voor zover dergelijk ingrijpen in de gegeven omstandigheden overigens ipso facto mogelijk zou zijn, zonder de discretionaire beoordelingsmacht van de administratie op dit vlak te schenden.

Zoals vermeld is het ingrijpen van de kort geding rechter immers slechts gerechtvaardigd wanneer dringende schade een onverwijld ingrijpen vereist. Dergelijke schade blijkt zoals vermeld, niet voorhanden.

Het beoogde ingrijpen in het kader van een kort geding-procedure zou integendeel aanleiding geven tot een ongelijkheid en meteen een benadeling in hoofde van andere soortgelijke verenigingen of partijen.

Hieruit blijkt meteen ook dat, wat in realiteit door eisers wordt beoogd en nagestreefd, niet het onwettig verklaren is van de weigeringsbesluiten van 13 en 22 augustus 1994 – zoals nochtans expliciet in het dispositief van de dagvaarding gelibelleerd staat – doch de onwettigverklaring van art. 4bis van de tijdelijke verordening waarop deze concrete beslissingen zijn gestoeld.

Volledigheidshalve dient gepreciseerd te worden dat deze verordening naar de inhoud, behoort tot de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de gemeente, waarvan de opportuniteit in het kader van een burgerlijk kort geding niet kan worden beoordeeld en dat anderzijds in de tijdelijke verordening van 25 juli 1994 uitdrukkelijk verwezen wordt naar een wettelijke basis. Er wordt m.n. verwezen naar de 67ste Bedevaart naar de Graven van de IJzer, hetgeen «aanleiding geeft tot het treffen van de nodige maatregelen tot handhaving van de openbare orde, rust en veiligheid, en tot het regelen van het verkeer».

Volgens de rechtspraak volstaat het dat de ordeverstoring tot de «potentiële» gevolgen behoort, zonder dat een daadwerkelijke storing van de orde voorhanden dient te zijn, of te zijn geweest (vgl. Velaers, J., *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, bl. 744 i.v.m. de voorafgaandelijke gemeentelijke toelating voor het afficheren), terwijl anderzijds «elke» uitoefening van de uitingsvrijheid in beginsel onderworpen kan worden aan politieverordeningen en -maatregelen (Velaers, J., o.c., 733 e.v.; vgl. ook Alen, A., «Is het vereisen van een voorafgaandelijk verlot in politiereglementen voor het uitdelen van pamfletten niet in strijd met de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting?», *T.B.P.*, 1975, 121).

Nu in casu het litigieuze art. 4bis betrekking heeft op de volledige categorie van «partij-politieke» geschriften, en anderzijds niet absoluut is, doch duidelijk beperkt in tijd en ruimte, is er geen sprake van een overtreding van het gelijkheidsbeginsel, of van een ongelijke behandeling van personen of groeperingen die zich in een analoge situatie of in de-

zelfde voorwaarden bevinden (vgl. Mast, A., *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk recht*, ed. 1981, 502). Er is m.n. geen uitsluiting of verbod voorhanden beperkt tot bv. het materiaal van een bepaalde partijpolitieke strekking of gaardheid (vgl. overigens Velaers, J., o.c., p. 741, nr. 866 in fine). Meteen vervalt ook het door eisers ingeroepen argument als zou aldus op onwettige wijze politieke criteria worden ingevoerd.

Er dient volledigheidshalve op gewezen dat in het kader van de aan de voorzitter in kort geding toegekende prerogatief van de afweging der belangen (...) in ieder geval een ongelijkheid tussen de diverse politieke partijen moet worden vermeden, hetgeen het resultaat zou zijn van de door eiser gevorderde maatregel.

De vordering is dan ook ongegrond.

Uit hetgeen voorafgaat en alhier wordt hernomen, blijkt meteen ook dat voor zover de aanspraak gebaseerd wordt op art. 4 het onderscheid tussen partijpolitieke en niet-partijpolitieke geschriften ook in dit verband niet discriminatoir voorkomt, en geen aanleiding kan geven tot een tussenkomst van de kort-geding-rechter.

NOOT – Over de (on)redelijkheid van beperkingen op de vrije meningsuiting

1. De jaarlijkse IJzerbedevaart is voor de Diksmuidse gemeenteraad telkens aanleiding om, in de vorm van een tijdelijke verordening, maatregelen te treffen tot handhaving van de openbare orde, rust en veiligheid, en tot het regelen van het verkeer.

Tot deze maatregelen behoort, gewoontegetrouw, het onderwerpen van het uitdelen of verkopen van strooibiljetten, boeken, tijdschriften, kranten enz. tijdens het IJzerbedevaart-weekeinde aan de voorafgaande toelating van de burgemeester. In het verkiezingsjaar '94 heeft de gemeenteraad het bovendien nodig geacht om het oprichten van stands voor verspreiding of bedeling van partijpolitieke pamfletten, geschriften of welk ander propagandamateriaal dan ook zonder meer te verbieden.

Op grond van deze voorschriften weigerde de burgemeester van Diksmuide toestemming aan het Vlaams Blok en de Vlaams Blok Jongeren tot het oprichten van een stand met propagandamateriaal. Ook het verspreiden van drukwerken zonder het oprichten van een stand werd hen geweigerd. Hun vordering in kort geding tot onwettigverklaring van deze weigeringsbesluiten en tot het vooralsnog verlenen van de gevraagde toestemming werd in bovenstaande beschikking ongegrond verklaard.

De vraag rijst of het grondrecht van vrije meningsuiting enerzijds, en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur anderzijds niet vereisen dat het politiereglement resp. de uitvoering ervan getoetst worden aan een redelijkheidsnorm en, zo ja, of dit ook daadwerkelijk is gebeurd.

2. De uitoefening van de vrijheid van meningsuiting «in open lucht» wordt vaak onderworpen aan politiematregelen, waaronder maatregelen met een preventieve werking. Tot dergelijke preventieve maatregelen behoren de gemeentelijke verordeningen die een voorafgaande verklaring, een voorafgaande machtiging of een voorafgaand toezicht voorschrijven. Ook een verbod tot openbare uitoefening van de vrijheid van meningsuiting werkt preventief (Velaers, J., *De*

beperkingen van de vrijheid van meningsuiting, II, Antwerpen, Maklu, 1991, p. 733).

Om dergelijke maatregelen in verzoening te brengen met het grondwettelijk basisbeginsel dat preventief overheids-optreden t.a.v. de vrijheid van meningsuiting en t.a.v. de geestelijke vrijheden in het algemeen afwezig dienen te blijven, heeft het Hof van Cassatie zich van oudsher gebaseerd op het tweede lid van art. 26 gec. Gw. (oud art. 19 Gw.) m.b.t. de vrijheid van vergadering. Het Hof zag hierin een algemeen principe: niet alleen de vrijheid van vergadering, maar elke geestelijke vrijheid is, wanneer ze wordt uitgeoefend «in de open lucht», ten volle aan politiematregelen, inclusief preventieve politiematregelen, onderworpen (Cass., 22 maart 1886, *Pas.*, 1886, I, 114; Cass., 7 oktober 1901, *Pas.*, 1901, I, 366; Cass., 19 oktober 1953, *Pas.*, 1954, I, 109; Cass., 29 oktober 1973, *R.W.*, 1974-75, 465; voor een uitvoerige reconstructie en beoordeling van deze argumentatie, zie Velaers, J., *o.c.*, p. 722; zie ook Alen, A., «Is het vereisen van een voorafgaand verlot in politiereglementen voor het uitdelen van pamfletten niet in strijd met de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting?», *T.B.P.*, 1975, 114).

3. Dat neemt niet weg dat die preventieve maatregelen aan enkele cumulatieve voorwaarden moeten voldoen: 1) zij moeten genomen worden met het oog op de handhaving van de openbare orde, rust en veiligheid en bijgevolg ook betrekking hebben op de uitoefening van de vrijheid op de openbare weg en op plaatsen, toegankelijk voor het publiek; 2) zij mogen niet discriminatoir zijn; 3) zij mogen geen absoluut (algemeen en permanent) verbod inhouden (Alen, A., *l.c.*, 117; Lambrechts, W., «De verordenende bevoegdheid van de gemeentelijke organen inzake politie», *R.W.*, 1962-63, 568-590; Vander Stichele, A., «Algemene bestuurlijke politie», *T.B.P.*, 1957, 167 e.v.).

Over het vervuld zijn van de tweede en de derde voorwaarde sprak de rechter zich in bovenstaande beschikking openlijk uit: het litigieuze reglementsartikel houdt geen absoluut verbod in, maar is duidelijk beperkt in tijd en ruimte. Er is volgens de rechter evenmin sprake van een «overtreding van het gelijkheidsbeginsel, of van een ongelijke behandeling van personen of groeperingen die zich in een analoge situatie of in dezelfde voorwaarden bevinden».

De toetsing aan de voorwaarde dat de beperkende maatregel genomen moet worden met het oog op de handhaving van de openbare orde, rust en veiligheid gebeurde met meer schroom. De rechter nam er hoogstens notie van dat het reglement verwijst naar de 67e IJzerbedevaart hetgeen «aanleiding geeft tot het treffen van de nodige maatregelen tot handhaving van de openbare orde, rust en veiligheid, en tot het regelen van het verkeer». Of deze formele motivering overeenstemt met de feitelijke doeleinden van de gemeentelijke overheid, en of de middelen die het reglement aanwendt, evenredig zijn aan het (formeel) beoogde doel, wordt niet onderzocht, omdat «de verordening naar de inhoud, behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de gemeente, waarvan de opportuniteit in het kader van een burgerlijk kort geding niet kan worden beoordeeld».

Verwonderlijk is deze schroomvalligheid alvast niet: volgens het Hof van Cassatie kan de toetsing aan de eerste voorwaarde beperkt blijven tot een louter formeel onderzoek. Het blijkt voldoende te zijn dat de *tekst van het reglement* aangeeft dat maatregelen genomen worden *terwille van* de ordehandhaving, of verwijst naar de politiebevoegdheid van de

gemeente (Cass., 19 oktober 1953, *Arr. Verbr.*, 1953, 95; Cass., 29 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 243; Alen, A., *l.c.*, 118; Velaers, J., *l.c.*, 759; Debaedts, F., *Machtsafwending*, in *A.P.R.*, Brussel, 1956, p. 63). Of een politiematregel in concreto geschikt en noodwendig is om de orde te handhaven en of de erin vervatte middelen niet excessief zijn in verhouding tot het beoogde doel, wordt niet onderzocht. Noodwendigheid en proportionaliteit worden geïdentificeerd met opportuniteit.

4. Vele auteurs wezen er reeds op dat een dergelijk beperkt toezicht een gevaarlijke opening laat voor misbruiken en machtsafwending. De feitelijke drijfveer tot het nemen van maatregelen kan immers liggen in het invoeren van ongrondwettige censuur, een censuur die geen sanctie krijgt wanneer zij niet uit de formele motivering blijkt. Een reglement dat zijn onwettigheid niet «uitstalt» passeert bijgevolg vrijwel probleemloos elke rechterlijke controle (zie bv. Orban, O., *Droit constitutionnel de la Belgique*, III, Luik, H. Dessain, 1911, 466-467; Velaers, J., *o.c.*, 763).

Dat een maatregel noodwendig en proportioneel dient te zijn, is bovendien niet louter een kwestie van opportuniteit, doch in het licht van art. 10 E.V.R.M., tevens een *rechtmatigheidseis*, waarvan de naleving door de rechter gecontroleerd moet worden (Rimanque, K., en De Jonghe, J., «De vrijheid van expressie op straten en pleinen», *T.B.P.*, 1978, 19; Vander Stichele, A., *l.c.*, 170). Art. 10 E.V.R.M., dat onder meer bepaalt dat een maatregel die de vrijheid van meningsuiting beperkt, «nodig» dient te zijn «in een democratische samenleving», dwingt de wetgever, maar ook de rechter het doel van de vrijheidsbeperking (de bescherming van een van de in art. 10 opgesomde rechtsgoederen) ernstig af te wegen tegenover de vrijheid (het grondrecht) zelf, en dit in de context van een democratie. Dit laatste is niet onbelangrijk: het afwegen van «de bescherming van de openbare orde» tegenover «de vrijheid van meningsuiting» gebeurt in een totalitaire staat anders dan in een democratische samenleving. Pluralisme, verdraagzaamheid, een geest van openheid, ook voor «des idées qui heurtent, inquiètent ou choquent», zijn kenmerken van een democratie die zichzelf ernstig neemt (zie E.H.R.M., 7 december 1976, nr. 24, in zake *Handyside*; E.H.R.M., 26 april 1979, nr. 30, in zake *Sunday Times*, en E.H.R.M., 8 juli 1986, nr. 103, in zake *Lingens*). De vrijheid van meningsuiting verdient bijgevolg in een democratie op een bevoorrechte manier behandeld te worden, vooral wanneer uiting wordt gegeven aan politieke ideeën of andere ideeën van publiek belang: «Le libre jeu du débat politique se trouve au coeur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention (européenne) tout entière» (E.H.R.M., 8 juli 1986, nr. 103, in zake *Lingens*). Wordt in een democratie, na een grondige afweging, toch gekozen voor een beperking van de vrijheid van meningsuiting, dan dient die beperking bovendien ook *geschikt* te zijn de openbare orde of een ander in art. 10 E.V.R.M. opgesomd rechtsgoed te beschermen, zonder evenwel *excessief* te zijn of de vrijheid volledig te vernietigen. Een *redelijke verhouding* van middel tot doel moet dus nagestreefd worden. Zo valt eraan te denken of een systeem van voorafgaande kennisgeving ter bescherming van de openbare orde, een systeem dat de vrijheid van meningsuiting in het openbaar veel minder ernstig beperkt dan een machtigingssysteem of een verbod, de overheid niet reeds voldoende in staat stelt om voorzorgsmaatregelen te treffen en ter plaatse in te grijpen wanneer de open-

bare orde in het gedrang komt (Neels, L., «Pamfletten», *Mediagids*, Mediarecht, 1989, afl. 10; j.v.m. het recht te betogen zie ook Velaers, J., o.c., 783).

Art. 10 E.V.R.M. eist van de rechter dus méér dan een formele legaliteitstoetsing: op zoek gaan naar een redelijke verhouding tussen de beperking en het nagestreefde doel veronderstelt een dieper doordringen tot de inhoud van de maatregel en de feitelijke omstandigheden die tot die maatregel aanleiding hebben gegeven. Aangezien niet zozeer de opportuniteit, maar de rechtmatigheid van de maatregel aan de orde is, zou men kunnen stellen dat het vereiste «nodig in een democratische samenleving» zelfs méér dan een marginaal redelijkheidstoezicht verdient. In een recent advies m.b.t. een verzoek tot de nietigverklaring van een Antwerps pamflettenreglement schrok eerste auditeur bij de Raad van State Vandendriessche er niet voor terug om het betreffende reglement aan zo een grondig redelijkheidsonderzoek te onderwerpen. Hiermee bevestigt hij terecht de stelling dat «de rechter *zeer nauwlettend* erop moet toezien dat politiematregelen de vrijheid niet meer beperken dan nodig is voor de ordehandhaving en dat deze niet met andere doeleinden dan de ordehandhaving worden uitgevaardigd», en erkent hij zodoende de eigenlijke slagkracht van art. 10 E.V.R.M. Tot nog toe kan zo een erkenning, die reeds geruime tijd bepleit wordt in de rechtsleer, nauwelijks worden teruggevonden in de rechtspraak van het Hof van Cassatie of van lagere hoven en rechtbanken – bovenstaande beschikking inbegrepen (Rimanque, K. en De Jonghe, J., l.c., 19; Velaers, J., o.c., 768).

5. Men hoeft overigens niet per se naar het E.V.R.M. te grijpen om de noodwendigheid en proportionaliteit van een maatregel te kunnen loskoppelen van de opportuniteit ervan en de rechter te dwingen zijn schroom van zich af te leggen. Uit de rechtspraak van het Arbitragehof blijkt dat het grondwettelijk gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel (artt. 10 en 11 gec. Gw.) ook redelijkheidseisen stelt. Een objectief onderscheid tussen verschillende situaties (bv. de verschillende behandeling van partijpolitieke en niet-partijpolitieke meningsuitingen) is immers slechts *rechtmatig*, wanneer het onderscheid *redelijkerwijze* in verband kan worden gebracht met het beoogde doel (in casu de bescherming van de openbare orde), en wanneer de aantasting van de principiële gelijkheid in *verhouding* staat tot het beoogde doel (Suetens, L.P., «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, Alen, A. en Lemmens, P. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1990, 104-109). Voor deze rechtmatigheidseisen mag en kan een rechter niet blind zijn.

6. Dat een vrijheidsbeperkende maatregel om de opgesomde redenen redelijk dient te zijn, neemt niet weg dat de overheid alsnog over een discretionaire bevoegdheid beschikt. «Noodzakelijkheid», «proportionaliteit», «redelijkheid» zijn immers vage begrippen. Wellicht heeft een overheid binnen de grenzen van het noodzakelijke en het evenredige de keuze tussen verschillende maatregelen. Doch uitsluitend binnen deze grenzen is elke maatregel even wettig en heeft de rechter zich niet met de opportuniteit ervan in te laten.

7. Of de burgemeester als *uitvoerder* van het politiereglement over enige beoordelingsvrijheid beschikte, was een vraag die de rechter in bovenstaande uitspraak als determinerend voorkwam.

Het is inderdaad beslissend voor de toepassing van het redelijkheidsbeginsel, als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, of een uitvoerder over gebonden, dan wel discretionaire bevoegdheid beschikt: bij een gebonden bevoegdheid valt er niets te appreciëren, en kan er bijgevolg geen toepassing zijn van het redelijkheidsbeginsel (R.v.St., W., nr. 35.457, 13 juli 1990; Boes, M., «Het redelijkheidsbeginsel», in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Opdebeek, I., (red.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 90 e.v.). Er bestaat geen behoefte aan beoordeling van een keuze, wanneer er geen keuzevrijheid is.

De vraag rijst echter of hier wel van gebonden bevoegdheid sprake was: in casu werd een aanvraag tot het uitdelen van pamfletten *buiten een stand*, afgewezen door de burgemeester, op grond van art. 4bis van het Diksmuidse politiereglement dat bepaalt dat «geen toelating kan verleend worden *tot het oprichten van standen* voor verspreiding of bedeling van partij-politieke pamfletten...» Uiteraard bindt dit artikel de bevoegdheid van de burgemeester – hij heeft geen enkele keuze – maar het springt in het oog dat het niet toepasselijk is. Allicht wél toepasselijk was art. 4 van hetzelfde reglement dat het uitdelen of verkopen van strooibiljetten enz. verbiedt, «tenzij men drager is van een schriftelijke toelating van de heer Burgemeester». De bevoegdheid die de burgemeester uit dit artikel put, kan bezwaarlijk een gebonden bevoegdheid genoemd worden: reglementair staat het hem vrij om te kiezen tussen toelaten of niet toelaten. De uitoefening van die bevoegdheid is dan ook aan het redelijkheids criterium onderworpen. Boes merkt in dit verband op dat een overheid, wanneer zij beschikt over een discretionaire bevoegdheid, daar ook gebruik van moet maken, en niet mag handelen alsof zij optreedt met gebonden bevoegdheid (Boes, M., l.c., 1-15). Zich ten onrechte beroepen op een gebonden bevoegdheid is eigenlijk deze gebonden bevoegdheid te buiten gaan. Bovendien levert dit een schending op van de *formele motiveringsplicht*, waaraan ook administratieve overheden sinds de wet van 19 juli 1991 moeten voldoen. Bestuurshandelingen «die beogen rechtsgevolgen te hebben van één of meer bestuurden of van een ander bestuur» (art. 1, eerste streepje, Wet 29 juli 1991) dienen niet alleen uitdrukkelijk, maar ook juist en afdoende gemotiveerd te worden. Dit laatste impliceert o.m. dat de aangevoerde redenen draagkrachtig, pertinent moeten zijn om de beslissing te verantwoorden (Van Orshoven, P., «De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen», *R.W.*, 1991-92, 491). Een verantwoording op basis van een niet-toepasselijke en bijgevolg niet ter zake dienende reglements bepaling mist de vereiste draagkracht en is bijgevolg onwettig.

Door een merkwaardige lezing van de artikelen 4 en 4bis van het reglement in hun onderlinge samenhang heeft de rechter besloten dat in casu sprake was van een gebonden bevoegdheid van het bestuur. De vraag naar de (kennelijke on)redelijkheid van de weigeringsbesluiten was dan ook niet meer aan de orde. Een onderzoek naar eventuele willekeur aan de kant van het bestuur werd daarmee onbespreekbaar.

8. Het is niet waarschijnlijk dat het onderwerpen van de weigeringsbesluiten aan een marginaal redelijkheidsonderzoek de uitspraak in een voor de eisers gunstiger zin zou doen keren. Ook het redelijkheidsonderzoek dat de gemeentelijke verordening te beurt valt biedt niet die garantie. Zeker is wel dat men niet de indruk zou hebben dat de rechter kost wat kost wil ontsnappen aan het beoordelen van

overheidsbeslissingen, wellicht vanuit een historisch te verantwoorden, maar niettemin reeds achterhaalde opvatting over het principe van de scheiding der machten (Mast, A., en Dujardin, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 1992, 617 e.v.); zeker is ook dat het grondrecht van vrije meningsuiting, zoals het is gewaarborgd – en begrensd – door art. 10 E.V.R.M. meer «au sérieux» zou worden genomen, terwijl het nu nog niet voldoende «tot zijn (grond)recht komt». Bovendien zou ook het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel de eer toekomen die het verdient.

Annemie Borms

Assistente K.U.Leuven

VREDEGERECHT TE SINT-NIKLAAS

1e KANTON – 22 NOVEMBER 1993

Rechter: de h. Van Gysel
Advocaten: mrs. Bullinck loco Lecoutre en Delmulle

Handelshuur – Herziening van huurprijs – Nieuwe omstandigheden – Begrip

Voor een herziening van de huurprijs op basis van art. 6 Handelshuurwet is vereist dat nieuwe omstandigheden, niet voorzienbaar bij het aangaan van het huurcontract, de normale huurwaarde met minstens 15% beïnvloeden, en dat die nieuwe omstandigheden normaliter ook voor drie jaar hun invloed behouden.

Een herziening van de huurprijs op grond van art. 6 Handelshuurwet kan niet worden toegestaan voor omstandigheden die wel in aanmerking dienden te worden genomen bij het vaststellen van de aanvankelijke huurprijs, maar waarmee op dat ogenblik geen rekening werd gehouden.

N.V. R.B. t/ C.V. P.

Bij conclusie vraagt de verweerster herziening van de huurprijs op basis van art. 6 Handelshuurwet.

De huur is begonnen op 1 april 1990 en het betreft een pand deel uitmakend van een galerij, die meer dan 50 winkels telt.

Het is ons daarbij niet onbekend, dat het opstarten van de galerij einde 1989 met moeilijkheden is verlopen, zowel wat de tijdige afwerking als wat betreft het kunnen verhuren van de winkels.

Er is een variërende leegstand, maar ook daarover ontbreekt iedere precieze mededeling.

De verweerster beklaagt er zich dus over dat het exploiteren van een winkel in de galerij niet die opbrengst heeft gegeven, die zij ervan verwachtte.

Ook die bewering kan niet nagegaan worden op concrete cijfers; wij kennen de verwachting van de verweerster niet op 1 april 1990 en wij weten ook niet wat het huidige rendement is en hoe het rendement zou moeten zijn in een goed werkende galerij.

Verweerster beweert dat zij een huurprijs betaalt, die minstens 15% hoger ligt dan de normale huurwaarde; zij vraagt daarover desnoods een deskundigenonderzoek.

De verweerster betoogt: «M.a.w. wie als eerste huurde en meewerkte aan de ontwikkeling van de commerciële activiteiten in de winkelgalerij moet nu vaststellen dat latere huurders veel minder moeten betalen.»

Het is mogelijk dat, als er nieuwe huurovereenkomsten worden gesloten, de huurprijs 15% (of meer) lager is dan de door verweerster betaalde prijs.

De vraag is of art. 6 Handelshuurwet een middel is om de ongelijkheid die in de galerij geleidelijk tot stand is gekomen, weg te werken.

Art. 6 vindt toepassing wanneer nieuwe omstandigheden, niet voorzienbaar bij het aangaan van de huur, de normale huurwaarde met minstens 15% beïnvloeden en die nieuwe omstandigheden moeten normaliter ook voor drie jaar hun invloed behouden.

De klassieke voorbeelden van nieuwe omstandigheden zijn bekend; zie bijvoorbeeld Ach. Pauwels, *Bijzondere Overeenkomsten*, Regels betreffende handelshuur in het bijzonder, art. 6-4, 1985: «Objectieve elementen zijn het aanleggen, het verleggen of het opheffen van toegangswegen, de vermeerdering van de bevolking van de wijk door het oprichten van woningen, de muntontwaarding, een algemene crisis of de algemeen verhoogde welstand, de stijging van de waarde van de onroerende goederen in de wijk, de meerwaarde van een straat door het oprichten van nieuwe winkels.»

Die opsomming is niet beperkend, maar het voorbeeld van een slecht functionerende galerij wordt niet weergevonden.

Het is natuurlijk niet omdat een voorbeeld niet wordt weergevonden, dat het geen nieuwe omstandigheid zou kunnen zijn.

Evenals art. 7 van de Woninghuurwet, dient art. 6 Handelshuurwet gezien te worden als een toepassing van de imprevisieel (B. Hubeau, in noot onder vonnis Vred. Kapellen, R.W., 1993-94, 338).

Als de verweerster vandaag zou moeten huren, zou zij dat kennelijk alleen tegen een lagere prijs willen doen en als de gegeven voorstelling juist is, zal de eiseres ook wel vrede (moeten) nemen met een lagere huurprijs.

Het is echter niet omdat die vaststelling juist zou zijn, dat art. 6 kan worden ingeroepen.

Art. 6 kan niet worden ingeroepen voor omstandigheden die wel in aanmerking genomen dienden te worden bij de aanvang van de huur, maar waarmee geen rekening gehouden is (Cass., 8 maart 1968, *Pas.*, I, 843). Art. 6 is geen middel om economische risico's in alle omstandigheden te kunnen bestrijden; de verweerster diende alle elementen van de zaak goed in acht te nemen.

Zij diende met name te beseffen dat de gehuurde winkel, wat rendement betreft, ook afhankelijk was van een gezamenlijk rendement van de galerij, en niet alleen van eigen verkoopstrategie.

Dat risico heeft de verweerster gekend of moest zij kennen en nu de galerij voor haar geen succes is geworden, dient zij daar zelf de gevolgen van te dragen.

De verweerster heeft nu gehoord, alsof de galerij zeker een succes zou worden; zij had ook rekening moeten houden met zekere gradaties, wat dat succes betreft, en navenant moeten handelen.

Als zij een te hoge prijs is overeengekomen, dient zij daar de gevolgen van te blijven dragen; bij het aangaan van de huur waren alle winkels ook niet verhuurd en het commercieel succes van de galerij was een vraagteken.

Dat vraagteken zou dus tegengevallen zijn en de kwalijke gevolgen kunnen niet afgewenteld worden op de eiseres; op een algemene economische crisis beroept de verweerster zich niet.

Conclusie. De normale huurwaarde kan met 15% gedaald zijn, maar dat is niet het gevolg van nieuwe onvoorzienbare omstandigheden; het opstarten van een winkel in een nieuwe galerij houdt risico's in, die de partijen moeten inschatten bij het aangaan van de huur.

Dat is in casu des te meer het geval, nu de verweerster de eiseres geen verwijten maakt nopens het gevoerde beleid.

Indien de huurprijzen toch gevoelig gedaald zijn en er aanzienlijke leegstand is, waarom heeft de verweerster geen gebruik gemaakt van een opzegging van zes maanden (art. 3, § 2, Handelshuurwet en contractueel bepaald) om dan andere voorwaarden te bedingen, in omstandigheden die nu gelden voor iedere aspirant-huurder.

NOOT – In dezelfde zin: Pauwels, A., *Handelshuur*, in A.P.R., Brussel, Larcier, 1971, p. 68, nr. 112.

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Coördinator: Jan Wouters

Hof van Justitie, 22 juni 1994

Goederenverkeer – Opsplitsing van merk door overdracht bij overeenkomst – Artt. 30 en 36 EG-Verdrag

Tot 1984 was het concern American Standard via een Duitse en Franse dochtermaatschappij in beide genoemde landen houder van het merk *Ideal Standard* voor sanitaire artikelen en verwarmingsinstallaties. In juli 1984 verkoopt de Franse dochter dit merk voor verwarmingsinstallaties samen met de afdeling verwarming aan de Franse onderneming Société Générale de Fonderie (SGF), waarmee zij geen enkele band heeft. Nadien draagt SGF het merk over aan een andere Franse vennootschap, Compagnie Internationale du Chauffage (CIC), die evenals zijzelf deel uitmaakt van het Franse concern Nord-Est en geen banden heeft met het concern American Standard. Wanneer vervolgens in Frankrijk geproduceerde verwarmingsinstallaties onder het merk *Ideal Standard* in Duitsland worden verhandeld, stelt de Duitse dochter, houder van het merk in Duitsland, een vordering in om die verkoop te doen verbieden. In eerste aanleg wordt de vordering toegewezen. In hoger beroep belandt de zaak bij het Oberlandesgericht Düsseldorf, dat aan het Europese Hof een prejudiciële vraag stelt over de grenzen die de artikelen 30 en 36 EG-Verdrag aan de uitoefening van het merkrecht stellen.

Over de verhouding tussen nationale merkrechten en het vrije verkeer deed het Hof reeds bij herhaling uitspraak. In HAG I werd geoordeeld dat opsplitsing van een merkrecht door gedwongen onteigening geenszins vermocht de (historisch) gemeenschappelijke oorsprong van het merkrecht teniet te doen en dat bijgevolg de uitputtingsleer toepasbaar

was (arrest van 3 juli 1974, zaak 192/73, HAG I, *Jur.*, 1974, 731). Zestien jaar later kwam het Hof in HAG II, waar dezelfde situatie opnieuw voorlag, tot een ander besluit (arrest van 17 oktober 1990, zaak C-10/89, HAG II, *Jur.*, 1990, 3711). Het doorbreken van de eenheid van houderschap door onteigening, aldus het Hof in HAG II, heeft het ontstaan van twee onafhankelijke merken tot gevolg. Mitsdien gaat de uitputtingsleer niet op en kan de merkhouder uit de ene lidstaat zich verzetten tegen invoer van gemerkte produkten uit de andere lidstaat.

Daar HAG II door onteigening opgesplitste merken betrof, bleef onzekerheid bestaan over de situatie van vrijwillig opgesplitste merken. Hierover wordt in de onderhavige zaak uitspraak gedaan. Tegen de conclusie van advocaat-generaal Gulmann in oordeelde het Hof van Justitie dat een beroep op het nationale merkrecht ook mogelijk is na vrijwillige opsplitsing.

Het Hof besloot in *Ideal-Standard* dat ter zake van merken de in art. 36 genoemde commerciële eigendom tot specifiek voorwerp heeft de merkgerechtigde het uitsluitende recht te verschaffen het merk te gebruiken voor het als eerste in het verkeer brengen van een produkt en hem zo te beschermen tegen concurrenten die van de positie en reputatie van het merk misbruik zouden willen maken door valselijk van dit merk voorziene produkten te verkopen. Aldus sorteert de uitputtingsregel enkel effect wanneer de merkgerechtigde in de staat van invoer en de merkgerechtigde in de staat van uitvoer dezelfde persoon zijn, of wanneer zij verschillende personen zijn doch economisch verbonden. Bij overdracht van het merkrecht aan een derde onderneming is dat niet het geval. De situatie van vrijwillige overdracht en die van gedwongen overdracht wordt door het Hof gelijk beoordeeld. In de huidige stand van de wetgeving is het immers niet zo dat overdrachten van nationale merken steeds voor de hele Gemeenschap dienen te gebeuren. Een opheffing van het territoriale karakter van nationale merkrechten vereist dan ook het nemen van verdere Europese harmonisatiemaatregelen.

De zaak *Ideal-Standard* is een bevestiging van de rechtspreek in HAG II. Het arrest is in die zin van belang dat het de twijfel wegneemt die bestond over de toepasbaarheid van HAG II op vrijwillige merkopsplitsing.

(Voltallig Hof – Zaak C-9/93, *Ideal-Standard GmbH*)

J. Dossche

Hof van Justitie, 9 augustus 1994

Overheidssteun – Verplichting tot voorafgaande aanmelding van steunvoornemens – Uitbreiding van werkteerein van steunontvanger

Krachtens artikel 93, derde lid, E.G.-Verdrag rust op de lidstaten een verplichting om voorgenomen steunmaatregelen voor de tenuitvoerlegging ervan bij de Commissie aan te melden. Die voorafgaande aanmelding heeft tot doel, de Commissie in staat te stellen de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt van die steunvoornemens te beoordelen in het licht van de in artikel 92 E.G.-Verdrag uitgestipelde criteria. Zolang de Commissie zich niet over deze vraag heeft uitgesproken, mag de betrokken Lid-Staat de

voorgenomen steun niet ten uitvoer leggen. Doet hij dat toch, dan is de steun als onwettig te beschouwen. De verplichting tot voorafgaande aanmelding, en het daarmee corresponderende verbod van tenuitvoerlegging, gelden evenwel niet voor «bestaande» steunmaatregelen, d.w.z. (i) steunmaatregelen die met toepassing van de in artikel 93 E.G.-Verdrag uitgestippelde procedure door de Commissie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar werden verklaard en (ii) steunmaatregelen die reeds bestonden op het ogenblik dat het E.G.-Verdrag in werking trad (voor België: 1 januari 1958). Wordt een bestaande steunmaatregel evenwel *gewijzigd*, dan is die wijziging opnieuw aanmeldingsplichtig volgens de regels die gelden voor een nieuwe maatregel.

De Nationale Delcreditedienst («NDD») is, krachtens een wet van 31 augustus 1939, begunstigd met een aantal steunmaatregelen, o.m. staatswaarborg, een dotatie, en vrijstelling van belasting. Lange tijd beperkte de NDD haar activiteiten, op grond van een afspraak met privé-kredietverzekeraars, hoofdzakelijk tot de herverzekering van verbintenissen die door privé-instellingen als eerste verzekeraar waren aangegaan. Eind 1988 zegde de NDD deze afspraak evenwel op, en zij begaf zich vanaf 1989, met de instemming van de toezichthoudende ministers, zelf op de markt van de kredietverzekering. Verscheidene privé-verzekeraars zetten zich daartegen, onder meer met het argument dat de uitbreiding van het werkteurien van de NDD (waarvan kan worden verwacht dat zij een gevoelige verhoging van de uitgekeerde steun tot gevolg heeft) te beschouwen is als een nieuwe en bij de Commissie aan te melden steunmaatregel.

Het Hof beantwoordde deze vraag ontkennend op basis van een analyse van de draagwijdte van genoemde wet van 1939. Het Hof stelde vast dat die wet geen materiële of geografische beperking bevatte van het werkteurien van de NDD; de beperking van het werkteurien volgde veeleer uit overeenkomsten tussen de NDD en privé-verzekeraars. Het besluit om de NDD vanaf 1989 toe te laten haar werkingsterrein uit te breiden bracht dus geen wijziging in de bestaande wettelijke regeling die de juridische basis vormt voor de aan de NDD verleende steun. Om een steunmaatregel als nieuw of gewijzigd aan te merken, is uit te gaan van de bepalingen waarbij in die maatregel is voorzien, aldus het Hof; welnu, aangezien de uitbreiding van het werkteurien van de NDD geheel binnen de door de wet van 1939 getrokken kruitlijnen valt, kan de instemming van de toezichthoudende ministers met die uitbreiding niet worden beschouwd als de invoering of wijziging van een steunmaatregel.

(Voltallig Hof – Zaak C 44/93, Namur-Les Assurances du crédit SA/NDD en Belgische Staat)

H. Gilliams

Hof van Justitie, 9 augustus 1994

Vrij goederenverkeer – Volledig binnen interne sfeer van een Lid-Staat gelegen situatie

Tot 1992 werd in de Franse overzeese departementen («DOM») een geldelijke last («octroi de mer») geïnd op alle goederen die in de betrokken DOM werden ingevoerd, ongeacht de oorsprong van die goederen; dus ook op goederen die uit het Franse moederland, dan wel uit een andere DOM

afkomstig waren. In het arrest Legros (arrest van 16 juli 1992, zaak C-163/90, *Jur.*, 1992, I-4625) had het Hof van Justitie gesteld dat dat octroi de mer een in termen van de artikelen 9 en volgende EEG-Verdrag verboden heffing van gelijke werking als een invoerrecht uitmaakt. In deze nieuwe zaak werd aan het Hof de prejudiciële vraag voorgelegd of zijn uitspraak gelijkkluidend is indien het octroi de mer wordt geheven op in de DOM binnengebrachte goederen die uit een ander deel van Frankrijk afkomstig zijn. In tegenstelling tot de conclusie van de advocaat-generaal (van 28 juni 1994) antwoordt het Hof bevestigend op deze vraag.

Advocaat-generaal Tesauro had ter verdediging van zijn these nochtans een aantal overtuigende argumenten aangevoerd. Allereerst haalde hij de bewoordingen van de artikelen 9 en volgende aan, die onmiskenbaar verwijzen naar de opheffing van de belemmeringen op de tussenstaatse handel. Op situaties waarin dat grensoverschrijdende element volledig ontbreekt, is het gemeenschapsrecht helemaal niet van toepassing (voor een recente illustratie van dit beginsel op het gebied van het vrij verkeer van personen, zie het arrest van 28 januari 1992, zaak C-322/90, Steen I, *Jur.*, 1992, I-341, en het arrest van 16 juni 1994, zaak C-132/93, Steen II, *Jur.*, 1994, I-2715). Het arrest Legros doet zijns inziens geen afbreuk aan die door vaste rechtspraak van het Hof bevestigde stelregel. In dat arrest is immers alleen maar gesteld dat de enkele omstandigheid dat het octroi de mer evenzeer op nationale goederen wordt toegepast, de kwalificatie van het octroi de mer als een met het EEG-Verdrag onverenigbare heffing niet uitsluit. De advocaat-generaal is er zich van bewust dat de consequentie van deze logica eerder bevreemdend is: het octroi de mer wordt als een heffing van gelijke werking beschouwd wanneer het wordt geheven op uit andere lidstaten afkomstige goederen, doch wanneer het Franse goederen betreft, zou het gemeenschapsrecht niet van toepassing zijn en zou het octroi de mer bijgevolg onverkort kunnen blijven gelden. Doch Tesauro verdedigt de principiële opvatting dat de oplossing van die paradox van de omgekeerde discriminatie veeleer in een adequaat optreden van de wetgever is gelegen en niet in «een al te vrije interpretatie (door het Hof) van een fundamentele en zeer duidelijke verdragsbepaling». Ten slotte had de advocaat-generaal evenmin oor voor het door de Commissie opgeworpen praktische bezwaar dat een dergelijk oordeel met zich meebrengt ten aanzien van de wijze waarop de oorsprong van de goederen moet worden gecontroleerd: «(p)raktische problemen kunnen niet bepalend zijn voor de oplossing van juridische problemen», betoogt hij terecht.

Het heeft echter niet mogen baten: de dertien rechters van het Hof van Justitie hebben de beweeggronden van de advocaat-generaal één voor één naast zich neergelegd. Zo is het ontbreken van het verbod op binnenlandse heffingen met de kenmerken van een douanerecht in de tekst van de artikelen 9 en volgende het resultaat van een kennelijke onachtzaamheid van de opstellers, die kan worden vergoelijkt daar de afwezigheid van interregionale en intercommunale heffingen een noodzakelijke voorwaarde is voor de verwezenlijking en het goed functioneren van een douane-unie. Dat soort belemmeringen van het vrije goederenverkeer zijn dus verboden ingevolge de artikelen 9 en volgende EEG-Verdrag.

Blijkbaar zelf niet geheel overtuigd van het gewicht van de eerste argumentatie en in een poging de consistentie met zijn vroegere rechtspraak te handhaven, voert het Hof vervol-

gens aan dat de voorliggende kwestie zich «niet als een in alle opzichten tot de interne sfeer van een Lid-Staat beperkte situatie» aandient: het octroi de mer werd namelijk tevens op goederen uit andere lidstaten geheven. In die omstandigheden neemt het Hof aan dat het onlogisch zou zijn het octroi de mer anders te kwalificeren naargelang het op de invoer van Franse dan wel van andere goederen werd geheven. Met die uitspraak lijkt het Hof van Justitie de problematiek van de omgekeerde discriminatie te hebben beslecht met toepassing van de regels van de billijke redeneerkunde.

Ten slotte – en mijns inziens geheel overbodig – orakelt het Hof dat een dergelijke verschillende behandeling van goederen dusdanige praktische moeilijkheden omtrent het achterhalen van de precieze herkomst van de goederen met zich zou meebrengen, dat de administratieve procedures die daarmee gepaard zouden gaan, op zich reeds een belemmering van het vrij verkeer van goederen zouden vormen.

Met dit arrest heeft het Hof van Justitie dus twee knopen tegelijk doorgehakt. Ten eerste geeft het Hof een belangwekkende interpretatie van de artikelen 9 en volgende EG-Verdrag. Het spreekt voor zich dat die resolute uitlegging ook voor de Belgische rechtsorde hoogst relevant is. Het betekent immers dat elke maatregel van een regionale (Brusselse, Vlaamse of Waalse) overheid die het vrij verkeer van goederen tussen de verschillende landsdelen hindert, in beginsel onverenigbaar is met het EG-Verdrag. Het Hof stelt die rechtspraak vrij absoluut zonder enige nuance met betrekking tot de zuiver interne situaties aan te brengen.

Daarmee nauw samenhangend, probeert het Hof zijn vaststaande rechtspraak inzake de niet-toepassing van het gemeenschapsrecht op situaties die het kader van één Lid-Staat niet te buiten gaan, te verzoenen met de door de gemeente als onrechtvaardig gevoelde omgekeerde discriminatie op grond van nationaliteit. Indien het toepassingsgebied van een regionale, dan wel nationale maatregel een reële (of potentiële?) communautaire dimensie heeft, is het gemeenschapsrecht wel van toepassing op een volledig binnen de interne sfeer van een Lid-Staat gelegen situatie. Het Hof beperkt die rechtspraak voorlopig tot het vrij verkeer van goederen, maar het valt te verwachten dat die redenering tot het dienstenverkeer en het verkeer van personen in het algemeen wordt uitgebreid.

(Voltallig Hof – Gevoegde zaken C-363/93 en C-407/93 tot C-411/93; Lancry)

Eddy De Smijter

KANTTEKENING

Toelaatbaar: wettig, rechtmatig, regelmatig, behoorlijk? Over het bewijs in strafzaken

1.1. We leerden (lang geleden) dat een ambtenaar van accijnzen die in een café om een glas jenever vroeg, de cafébaas aanzette de wet Vandervelde te overtreden. Dat was provocatie en onwettig. En het proces-verbaal dat hij opmaakte werd om die reden steevast door de strafrechter als bewijs verworpen. Indien er geen andere bewijzen waren, dan ging de beklaagde vrijuit.

Welke bewijzen een strafrechter moet wren, heeft me sindsdien, zij het als buitenstaander, interessant geleken. Die belangstelling is

om diverse redenen in kracht toegenomen, onder meer omdat ik een en ander lees over undercoveragenten en ook, meer algemeen, omdat het ernaar uitziet dat de opsporing van de georganiseerde misdaad en de witte-boordcriminaliteit wellicht vereist dat de wettigheid van de opsporingsmiddelen wordt herijkt (zie hierna onder 6) met de begrijpelijke bedoeling het vervolgen van zware misdrijven minder vaak te zien stranden op wat de media «procedurekwesties» noemen. Het probleem is ook interessant omdat het gaat om afwegen op de weegschaal van Themis, wat ons aller tweede natuur is. Ten slotte vertoont de vraag een onbetwist rechtstheoretisch belang wegens de argumentatie die begripsmatig en taalkundig helder en tevens sociaal-ethisch verantwoord moet zijn opgebouwd opdat het antwoord als deugdelijk zou kunnen worden aangevoeld.

1.2. Het *R.W.*, van 8 oktober 1994 (1994-95, 185-190) besteedt aan dit onderwerp een terechte aandacht met een arrest van Cassatie (4 januari 1994), een daaraan voorafgaande conclusie van de advocaat-generaal en een daarop volgende «Noot» met als opschrift «Gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafproces: is het tijdsgeestelijk?». Bekijken we achtereenvolgens die drie bronnen van informatie (onder 2, 3 en 4).

De nachtportier van een hotel is ontslagen. Tijdens de opzeggingstermijn maakt hij van zijn arbeidstijd gebruik om in de zwarte boekhouding te neuzen. Hij schrijft heel wat gegevens over en stuurt die anoniem naar de Procureur des Konings. De hotelier wordt vervolgd voor fiscale ontduiking en zo komt de vraag aan de orde.

2.1. Het Hof van Cassatie zegt dat «de omstandigheid dat de aangever nota neemt van documenten waartoe hij krachtens zijn dienstverband toegang heeft, geen misdrijf of een andere *onrechtmatige* verkrijging oplevert, zodat het bewijs van een misdrijf dat hierdoor eventueel kan worden geleverd, geen *onregelmatigheid* inhoudt». De vrijspraak door het hof van beroep is dus niet naar recht verantwoord.

Elke kennis vloeit voort uit verwondering, zeiden de Grieken.

2.2. Na te hebben genoteerd dat een «*onrechtmatige* verkrijging» nog geen *onregelmatigheid* inhoudt, is het eerste wat tot verwondering strekt dat het Hof van Cassatie ervan uitgeaat dat een nachtportier «krachtens zijn dienstverband» toegang heeft tot de boekhouding van zijn werkgever.

«Krachtens» betekent «uit kracht van» of «op de grondslag van». Zo maakt de Koning een koninklijk besluit krachtens een wet, omdat hij daartoe door die wet is gemachtigd, zoals een lasthebber in naam van zijn lastgever optreedt krachtens een lastgevingscontract. De Koning en de lasthebber zijn dus bevoegd, d.w.z. hebben het recht, iets te doen, omdat die bevoegdheid of dat recht hun is gegeven.

Is het uit kracht of op grond van zijn functie dat de portier de boekhouding inkijkt en eruit gegevens overschrijft? Hij doet toch iets dat niet op zijn weg ligt, iets dat hij niet mag. Doet hij dan niet iets dat *onrechtmatig* is? Evident, zou men geneigd zijn te zeggen. Maar dat zegt het Hof van Cassatie nu niet: het Hof vindt dat niet *onrechtmatig*. Vandaar dus de verwondering, die noopt tot een nader onderzoek.

2.3. Het hof van beroep had vastgesteld dat de portier wat hij «ongemerkt en buiten weten van de hotelier» gedaan had, slechts kon hebben gedaan «ingevolge een *onregelmatige* verkrijging, door grof misbruik te maken van de vertrouwensrelatie die bestond tussen hem en zijn werkgever». Harde maar duidelijke taal die mij natuurgelukkig voorkomt.

Het Hof van Cassatie negeert die «*onregelmatige* verkrijging» door «grof misbruik» en stelt ervoor in de plaats dat de nachtportier «krachtens» zijn arbeidscontract mocht doen wat hij deed.

Men kan niet veronderstellen dat het Hof van Cassatie een feitelijke vaststelling vervangt door een andere, want dat mag het Hof niet doen. Het oordeelt niet over de feiten. Het kan enkel nagaan of de feitenrechter uit de feiten die hij op onaantastbare wijze vaststelt, wettig heeft kunnen afleiden dat die of die norm geschonden dan wel nageleefd werd.

Heeft het Hof van Cassatie duidelijk willen maken dat in rechte elke werknemer (de chef-kok, de barman, de baliejuifvrouw, de room-service, de chauffeur of ook de nachtportier), die niets met boekhoudkundige stukken te maken heeft, die stukken mag inkijken en gegevens eruit mag onthullen?

2.4. Dit wekt des te meer verwondering dat in de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten (aangehaald door het hof van beroep) staat dat de werknemer zich ervan moet onthouden o.m.

«zakengeheimen of geheimen in verband met persoonlijke of vertrouwelijke aangelegenheden... bekend te maken». De boekhouding, zeker als ze «zwart» is, is toch een vertrouwelijk zakengeheim.

2.5. Men zou kunnen zeggen, zonder daarom de verklikking als een instituut te willen invoeren in ons systeem, dat een geheim dat een misdrijf dekt, niet de bescherming geniet van de wet van 1978. Maar dat zegt het Hof van Cassatie niet. Het heeft het alleen over de wijze (die het Hof niet onrechtmatig vindt) waarop bewijsmateriaal is vergaard.

3.1. Vaak begrijpt men een arrest van Cassatie beter als men een inzicht heeft in de achtergronden en dat inzicht wordt vaak geboden in de conclusie van het O.M., indien die al is gepubliceerd. Daarom gaan we daar te rade.

De advocaat-generaal had zich zijn taak blijkbaar moeilijker voorgesteld. Volgens hem brengt «het kenbaar maken» van de zwarte boekhouding ongetwijfeld de vertrouwensrelatie tussen portier en hotelier in het gedrang, zo zelfs dat het een *contractuele fout* «oplevert».

Daarmee stelt hij impliciet vast dat de portier «onrechtmatig» handelde, want in rechte is een *fout* altijd «onrechtmatig», of niet? «Onrechtmatig» is «wat in strijd is met recht en billijkheid». Het *onrechtmatige* hoeft niet noodzakelijk een misdrijf te zijn, want elke *fout* is nog geen misdrijf. Een misdrijf is steeds een schending van de wet, een *onwettigheid*: «nullum crimen, sine lege». Elke *onwettigheid* is *onrechtmatig*, maar niet omgekeerd. Het begrip *onrechtmatig* is ruimer: het is wat in strijd is met het recht (inclusief overeenkomsten, gewoonten, rechtsbeginselen, zie hierna) en niet alleen met de wet. Daaruit moet men afleiden dat de schending van een contract, een «contractuele *fout*», zoals de advocaat-generaal het uitpluizen, kopiëren en onthullen van de boekhouding kwalificeert, *onrechtmatig* is zodat de op die *onrechtmatige* wijze verkregen gegevens geen bruikbaar bewijsmateriaal zijn («opleveren»).

Dit blijft tot het einde van het verhaal, de centrale steen des aanstoets of klip.

3.2. We dachten dat de advocaat-generaal die klip zou kunnen omzeilen door het over een heel andere boeg te gooien en een koers te varen die daareven is gesuggereerd i.v.m. de wet van 1978 op de arbeidsovereenkomsten (2.5): een geheim dat een misdrijf dekt, geniet niet dezelfde bescherming als gewettigde geheimen. In zijn conclusie haalt de advocaat-generaal immers de rechtsleer aan die zegt: «L'ordre public interdit... de voir un secret de fabrication ou d'affaires dans un fait qui violerait l'ordre public, comme une fraude fiscale» zelfs indien de werknemer «par la divulgation des fraudes fiscales de son employeur... commet une faute contractuelle». Het bewijs kan dan al *onrechtmatig* zijn verkregen, het mag toch worden gebruikt omwille van hogere waarden zoals de openbare orde en daarin de bestrijding van de criminaliteit. Dat lijkt dus inderdaad een goede koers te kunnen zijn.

3.3. Maar indien men die richting uitgaat, dan moet men zich goed ervan bewust zijn dat men dan geen begrippen tegen elkaar afweegt («een bewijs is maar rechtmatig als het rechtmatig is verkregen»), maar wel waarden: de waarde van een contractuele vertrouwensrelatie tussen twee personen weegt minder zwaar dan de bestrijding van de criminaliteit die voor de hele bevolking een grotere sociale waarde heeft.

Niets belet magistraten waarden tegen elkaar af te wegen bij het rechtspreken.

3.4. De advocaat-generaal leek dus een stevige grondslag te hebben om een betoog op te bouwen, maar hij laat die los en zegt «zolang de werknemer geen misdrijf pleegt en ook geen «onregelmatigheid» begaat om van de frauduleuze boekhouding kennis en nota te nemen, dan is zijn handelwijze hoe laakbaar ook, niet als dusdanig «onrechtmatig». (Het woord «onregelmatig» is ook door het Hof gebruikt (zie 2.1), maar in een andere woordorde).

Daarmee staan we terug voor de klip. Want indien de portier een «laakbare» contractuele *fout* had begaan, zoals de advocaat-generaal de gedraging van de portier had gekwalificeerd, dan had hij wél «een onregelmatigheid» begaan».

«Onregelmatig» is immers wat niet overeenstemt met «gestelde regels, voorschriften of het recht». *Onregelmatig* is dus synoniem met «onrechtmatig», zij het dat «onrechtmatig» mede naar billijkheid kan worden geconnoteerd. Dat kleine verschil kan hier buiten beschouwing blijven, want in het cynische spel van fraude en verklikking, speelt de zachte billijkheid geen rol. Derhalve, stellen dat wat «niet onregelmatig» is dan ook «niet onrechtmatig» kan zijn, brengt geen

nieuw element aan in de redenering. Beide woorden zijn verwisselbaar. Dat blijkt trouwens uit het arrest waarin het Hof de woordorde omdraait: «wat niet onrechtmatig is verkregen, is niet onregelmatig»... Men had dus ook kunnen schrijven «wat niet onrechtmatig is, is niet onrechtmatig».

Toch moet het onderzoek onverstoord worden voortgezet.

3.5. «Rijst dan de vraag», zo vervolgt de advocaat-generaal zijn betoog, hoe dit begrip «onrechtmatigheid» moet worden «omlijnd», ervan uitgaande dat ook voor het Hof van Cassatie «onrechtmatigheid» ruimer is dan «onwettigheid» (wat vanzelfsprekend is, we stipten het reeds aan), daar ook de schending van rechtsbeginselen (bv. het recht van verdediging) onrechtmatig is (arrest van 13 mei 1986).

Het antwoord van de advocaat-generaal is dat een bewijsmiddel *ontoelaatbaar* is wanneer het verkregen is door een opsporingspraktijk die de «waardigheid van het gerecht» in het gedrang brengt. Daaraan voegt hij «de loyaliteit van het bewijs» toe (wat hij niet toelicht). Hoe dan ook, beide (waardigheid en loyaliteit) kan men in één formule samenvatten, zegt hij: de «behoorlijkheid in de opsporing», zoals die in het Nederlandse strafprocesrecht bestaat. Zo wordt het begrip «behoorlijkheid» geïntroduceerd, naast de *rechtmatigheid* en de *regelmatigheid*.

3.6.1. Met de advocaat-generaal spitsen we het probleem toe op de «derde» (zoals de nachtportier) die zonder enige betrokkenheid van de overheid, *niet onwettig* maar «onbehoorlijk» heeft gehandeld om een bewijs te verschaffen.

Uitgaande van de rechtspraak van het E.H.R.M. is «de vraag of de onbehoorlijke handelwijze van de derde, die geen misdrijf of onregelmatigheid begaan heeft, van dien aard is dat zij in de totaalbeschouwing van het proces, het bewijs ontoelaatbaar maakt». «In dat opzicht telt vooral de wijze waarop het bewijs wordt gebruikt i.v.m. de eerbiediging van het recht van verdediging, meer dan de wijze waarop het bewijs wordt ingebracht.»

Hierbij passen een paar kanttekeningen.

3.6.2. Het ging over het «omlijnen» van het begrip «onrechtmatigheid». «Omlijnen» betekent «afbakenen» (Van Dale), dit is binnen grenzen beperken. Nu leidt de omlijning die hier wordt voltrokken, tot «onbehoorlijkheid». Echter, «behoorlijkheid» is een veel ruimer begrip dan «rechtmatigheid», zodat dit laatste niet wordt afgebakend of in zijn grenzen beperkt, maar integendeel ver wordt verruimd. Het woord «behoorlijk» kan zijn maatstaven hebben in diverse normatieve systemen en niet alleen in het juridische. Iets kan ethisch onbehoorlijk zijn dat juridisch niet onbehoorlijk is, een gebrek zijn aan fatsoen of zelfs aan wellevendheid dat niet eens onethisch is en, ten slotte, kan behoorlijk ook uitsluitend slaan op het halen van een feitelijke norm (bv. «hij was de vierde, maar dat is voor hem een behoorlijk resultaat»).

Indien men nu, met inachtneming van de strafrechtelijke context, het begrip «onbehoorlijk» louter juridisch begrijpt, dan houdt het niets méér in dan strijdigheid met juridische plichten of verboden (uit overheidsnormen, overeenkomsten, rechtsbeginselen, gewoonten) en dan zegt het ook niets méér dan «onrechtmatigheid» of «onregelmatigheid». Een beroep op het begrip «behoorlijkheid» (het wordt een heus woordenfestival met drie synoniemen) helpt ons geen stap vooruit.

3.6.3. De tweede kanttekening hieromtrent is misschien nog belangrijker. Het begrip «behoorlijkheid» is in het betoog ter sprake gekomen in verband met de wijze waarop een bewijsmiddel is verkregen: het ging om het begrip «behoorlijkheid van de opsporing» zoals dat in Nederland is gehanteerd. In het laatste stuk van het betoog heeft een verschuiving plaats, want het gaat om de «behoorlijkheid van de procesvoering» en dat is iets heel anders: de rechter zal oordelen vanuit een totaalbeschouwing van het proces, meer bepaald m.b.t. de rechten van de verdediging, of het bewijsmiddel toelaatbaar is. Dat is inderdaad een heel andere kwestie, waarbij de *behoorlijkheid van de wijze waarop een bewijs is verkregen*, in de weegschaal der justitie minder weegt dan het bereiken van het doel dat het proces beoogt.

Dit is door mij niet fout begrepen, want het wordt bevestigd door de laatste inhoudelijke zin van de conclusie: «Er anders over oordelen zou het lot van de strafvordering op onomkeerbare wijze afhankelijk maken van de handelwijze van iemand die, voor en los van het onderzoek, dus zonder enige betrokkenheid van de met opsporing belaste ambtenaren, verkeerd zou handelen.»

Kortom, voor zover de verklikker niets «onwettigs» heeft gedaan, dan is elk (zelfs op zich «onbehoorlijk», «onrechtmatig», «onregelma-

tig») bewijsmiddel dat hij aanbrengt *toelaatbaar*; indien de rechter vindt dat daarmee het proces niet «onbehoorlijk» wordt.

3.6.4. En zodoende belandt men dan toch bij de idee, echter zonder ze uitdrukkelijk te verwoorden, dat géén begrippen worden afgewogen maar waarden, zoals we het al twee keer (2.5 en 3.3) hebben gesuggereerd.

Was die lange conceptuele (?), in synoniemen verkapte omweg langs *rechtmatigheid*, *regelmatigheid*, *behoorlijkheid*, dan nodig? Waarom werd niet duidelijk gezegd dat de *onregelmatigheid*, *onrechtmatigheid*, *onbehoorlijkheid* (om het even het woord) bij de derde (niet-ambtenaar), niet opweegt tegen de eisen die zijn gesteld door de doelmatige bestrijding van de criminaliteit?

3.7. Hoe het ook zij, het Hof van Cassatie heeft het arrest van het hof van beroep vernietigd, zoals zijn advocaat-generaal het vroeg. Maar het Hof heeft hem niet gevolgd in zijn rijk maar complex beoog.

De motivering van het Hof is, we schreven het reeds, níet dat de procesvoering behoorlijk was *ondanks* de (*onrechtmatige*, *onregelmatige*, *onbehoorlijke*) handelwijze van de nachtportier, maar gewoon dat de nachtportier «*rechtmatig*» had gehandeld («krachtens zijn dienstverband») en dat, derhalve, het aangevoerde bewijs «*niet onregelmatig*» was.

4.1. De annotator van het arrest maakt een boeiende vergelijking tussen de Britse en de Belgische onderliggende «basisfilosofieën». In de eerste «prevaleert de waarheidsvinding, met het oog op een optimale berechting van de verdachte; dat andere belangen (of rechten? vraag van schrijver dezes) worden geschonden, kan door het primaat van deze waarheidsvinding verantwoord zijn». In de onze «prevaleert de 'zorg om de wet', het vervolgend orgaan dient zich naar die wet te schikken en het doel (waarheidsvinding) heiligt niet de middelen (geen gebruik van een onrechtmatig verkregen bewijs)».

4.2. Hij verwijst echter ook naar twee arresten van het Hof van Cassatie (17 januari 1990 en 17 april 1991) waarin *onrechtmatig* verkregen bewijsmiddelen niet worden geweerd, omdat er geen verband bestond tussen de diefstal van een boekje en de overhandiging ervan aan de met het onderzoek belaste personen of nog «qu'aucun lien n'existe entre le vol des documents et leur remise aux enquêteurs». Een zwenking naar de Britse «filosofie»? (Voor zover ik het heb begrepen is de advocaat-generaal met die twee arresten niet gelukkig (allicht, maar niet zeker, omdat het om diefstal ging en dus om een *onwettige* en niet alleen om een *onrechtmatige* daad) en hij steunt daarbij op de rechtsleer meer bepaald van professor Ph. Traest).

Van die rechtspraak van 1990-1991 wijkt het hier besproken arrest af. In dit arrest is de *rechtmatige* verkrijging van het bewijsmiddel opnieuw, zoals in de constante rechtspraak sinds 1923, de maatstaf voor het gebruik ervan in een strafproces. Het Hof zegt alleen dat het bewijsmiddel *rechtmatig* was verkregen en daarom kon worden gebruikt...

«Is het tij reeds gekeerd?» zoals de annotator het zich in het opschrift afvraagt? Het tij van 1923? of dat van 1990-1991? M.i. zeker niet het eerste...

5. De annotator meent dat het strafrechtelijk bewijsrecht aan herijking toe is en hij vraagt daartoe om de tussenkomst van de wetgever. Dat is jammer (nog maar eens reguleren!), maar in de gegeven situatie begrijpelijk. Het antwoord op de elementaire vraag die ik bij het begin van deze nota stelde, is schimmiger dan ooit. De burger heeft recht op begrijpelijk recht.

Indien het zover komt dat de wetgever moet optreden om duidelijkheid te scheppen, dan mogen we allen hopen dat hij juiste woorden vindt voor duidelijk «omlijnde» begrippen, met voor elk begrip één woord en dat dat woord dan liefst dezelfde betekenis heeft als in het gewone taalgebruik.

Het is hem ook geraten de rechterlijke macht niet op te sluiten in een benepen legalistische «Begriffsjurisprudenz», maar haar integendeel de ruimte te laten om niet alleen begrippen (liefst in hun juiste taalkundige verwoording) maar vooral maatschappelijke waarden tegen elkaar af te wegen, in de existentiële realiteit van nu.

Maar, écht, kan de rechterlijke macht dat niet, zonder de wetgever?

Prof. em. Jan Gijssels

BOEKEN

A.B. HOOGENBOOM, **Het politiecomplex. Over de samenwerking tussen politie, bijzondere opsporingsdiensten en particuliere recherche**, Arnhem-Antwerpen, Gouda Quint-Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, 467 pp.

Het politiecomplex is een toekomstbeeld, dat Bob Hoogenboom in een geschrift van C. Fijnaut aantroef. Het duidt op een publiek-prievaat bureaucratisch politieapparaat dat het gehele maatschappelijk leven omspant en bewaakt. Reguliere, bijzondere én private politie slaan de handen in elkaar en maximaliseren het effect van hun initiatieven.

Professionalisering, aanscherping van de strafwetten, pro-active- of heroriëntering van de politieke aandacht, automatisering van de informatiebestanden, koppeling van bestanden en uitwisseling van informatie, zijn, naast andere, de nieuwe toverwoorden. Leven we in een dergelijke goed bewaakte samenleving, of loopt het allemaal zo'n vaart niet? Dat is de vraag die hier nagepluisd wordt. De auteur heeft een gereedschapskist met twee compartimenten: in het ene steekt veldonderzoek en minstens een ton aan interviews, in het andere huizen concepten (begrippen met verklarende pretenties). Hoe gaat dat? In het eerste hoofdstuk wordt een aantal nieuwe concepten geïntroduceerd. De lezer frons de wenkbrauwen, leest toch door, en raakt in het beste geval onder de indruk van het verklarend vermogen van de aangereikte instrumenten: alle recente tendensen in de rechtstak worden geduid en krijgen op verfrissende wijze betekenis in een nieuw kader. *Instrumentaliteit en rechtsbescherming* van Fokué en 't Hart (1990) en De Nauws *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise* (1994) zijn hiervan goede voorbeelden.

Hoogenboom introduceert het begrip *justitiëring*, zijnde de beleidswijs van het Ministerie van Justitie en het openbaar ministerie om hun invloed op het gezag, het beheer en de prioriteitsstelling van de reguliere politie, de bijzondere opsporingsdiensten en het bedrijfsleven (de particuliere politie) te doen toenemen. Motor achter dit verlangen is de aangevoelde behoefte aan een *beleid* als antwoord op de georganiseerde criminaliteit. Met justitiëring van de reguliere politie doelt hij op het feit dat repressieve taken van de politie aan belang toenemen. Zgn. oneigenlijke taken worden afgestoten. Conflictbemiddeling tussen burgers, bijvoorbeeld, of preventietaken, verschuiven naar de achtergrond. De politie wordt (voorgesteld als) een opsporingsdienst van de staat. De burger als gebruikersgroep van de politie rest niet anders dan een beroep op de private bewakingsdiensten. Ook de bijzondere politiediensten worden gejustitiëerd. Minister en parket willen meer inzicht in de taakuitoefening van de inspectiediensten, de douane en andere bijzondere politiediensten. Het verleden leert dat deze te veel inbreuken op de aan hen toevertrouwde bijzondere wetgeving door de vingers zien. Bovendien is er dat spook van de georganiseerde misdaad, dat zich ophoudt in de bovenwereld van de bedrijfsweld – het actieterrein van de bijzondere opsporingsdiensten. Ook de bedrijfsweld en haar veiligheidsdiensten worden ingeschakeld in de justitiële denkschema's. Banken moeten verdachte transacties melden en vervoersmaatschappijen kunnen een boete oplopen van 150.000 frank voor het naar het land brengen van illegale migranten.

Een en ander gaat niet zomaar. De justitiële wereld is immers niet die van de bijzondere opsporingsdiensten die werken in een *bestuurlijke realiteit* of van de bedrijven met hun *commerciële realiteit*. Tegenover justitiëring plaatst Hoogenboom *strategische ontwikkeling*. Dit is elke handeling van het bestuur of van de privé die erop gericht is de invloed van justitie op de eigen activiteit te minimaliseren of te vermijden. Vooral de privé is hier een meester in. Zij werken mee als ze moeten of als hun commercieel belang het toelaat; zoniet dan werken ze zonder de politie. Ook de bijzondere politie is stijfkoppig. Als ze kunnen, boeken ze liever zelf een succesje en bovendien vinden zij bij de reguliere politie of bij het parket niet altijd personen die in staat zijn zich te ontfemen over zaken in de sfeer van de bijzondere wetgeving. Het is deze strategische ontwikkeling van de hulp-troepen die maakt dat de justitiëring én de totstandkoming van een heus politiecomplex een fictie blijft. Toch zijn er duidelijke tendensen richting politiecomplex aan te wijzen. Er zijn organisatorische stappen (o.a. contactgroepen, databanken met informatie uit de pri-

vate en publieke sector) en er is vooral het informele circuit van contracten, diensten en wederdiensten.

Het Politiecomplex is niet alleen «een vlot geschreven boek over hoe het toegaat bij (de Nederlandse) politie, bijzondere opsporingsdiensten en particuliere recherchebureaus» zoals we ergens lasen. Descriptie wordt gekoppeld aan duiding. Niet alle door de auteur aangereikte concepten lijken me juridisch levensvatbaar. Zo het aan de recente wetenschap ontleende *fractals-perspectief* op de realiteit. Toch is zijn lezing van praktijk en voorhanden theorie (Foucault, Cohen, G. Marx en A. Toffler) aan de hand van het begrippenpaar justitiëring-strategische ontwijking een meerwaarde voor de *Polizei-wissenschaft*.

Paul De Hert

G. SMAERS, **Gedetineerden en mensenrechten**, Metro, Ius commune Reeks nr. 5, Maklu-Nomos-Bruylant, 1994, 348 pp.

Dit boek werd als proefschrift verdedigd op 1 december 1993 aan de K.U.L. Promotor was prof. dr. L. Dupont.

Hoofdbrok van de thesis is de toetsing van de Belgische regelgeving aan de grondrechten uit het E.V.R.M. waarop de gedetineerden een beroep kunnen doen i.v.m. hun intramurale rechtspositie. Aldus komen aan bod: het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing; het recht op eerbiediging van het privé-leven, het gezinsleven en de briefwisseling; het verbod van dwangarbeid of verplichte arbeid; het recht op een eerlijk proces in tuchtzaken; de vrijheid van levensbeschouwing; de vrijheid van mening en meningsuiting en het recht op informatie; de vrijheid van vereniging en vergadering en het recht om te huwen.

De bespreking van die rechten en vrijheden verloopt volgens een vast schema: na een analyse van de Europese normen aan de hand van de rechtspraak van de Europese Commissie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, wordt de Belgische regelgeving daarover toegelicht. Hierbij komen het algemeen reglement van de strafinrichtingen, de algemene instructie voor de strafinrichtingen en de ontelbare ministeriële circulaire aan bod. Waar nodig wordt gewezen op enkele beslissingen van de kortgedingsrechters, vooral uit Luik, die uitspraak hebben gedaan over de vraag naar de omvang van de gelding van grondrechten in detentiesituaties.

Alvorens tot die gedetailleerde bespreking te komen behandelt G. Smaers op systematische wijze de toepassing van het E.V.R.M. t.a.v. gedetineerden en de rechtspositie van gedetineerden naar Belgisch recht. De aandacht van de lezer zal vermoedelijk vooral gaan naar de Europese detentierechtspraak i.v.m. de beperkingen die het E.V.R.M. op een aantal grondrechten (artt. 8, 9, 10 en 11) stelt en naar de rechtskracht van ministeriële circulaire.

De balans van de bespreking is streng. De toetsing van de Belgische regelgeving aan het E.V.R.M. brengt verscheidene tekortkomingen aan het licht. Gedetineerden bevinden zich in een situatie van fundamentele rechteloosheid. Het zwaartepunt van de regelgeving ligt in ministeriële circulaire die geen waarborgen bieden inzake totstandkoming en bekendmaking. Daarenboven bestaat er geen mogelijkheid om de naleving van de regelgeving te controleren. Doch ook de rechtspraak van Straatsburg schiet volgens de auteur tekort. De beperkingen op de grondrechten worden t.a.v. de gedetineerden te vaak anders geïnterpreteerd dan t.a.v. vrije burgers.

Het betoog van G. Smaers getuigt van een ernstige opbouw. De auteur komt slechts tot haar besluit na een strenge analyse van de interpretatieregels van de beperkingen op de grondrechten van het E.V.R.M. en van het ondoorzichtig woud van de desbetreffende geldende Belgische regelgeving.

Alain De Nauw

R.J.J. VANACHT en G.C. SICKING (red.), **Privaatrecht en milieu**, Centrum voor Milieurecht - Universiteit van Amsterdam, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 114 pp.

Milieurecht wordt spontaan bij het publiekrecht ingedeeld, maar is eigenlijk ook nauw verbonden met het privaatrecht, een vaststelling waarop dit boek terecht nogmaals de nadruk wil leggen. Het werk bundelt de inleidingen en verslagen van een studiedag over ac-

tualiteiten op het gebied van privaatrecht en milieu, die op 7 december 1993 door het Centrum voor Milieurecht van de Amsterdamse universiteit werd gehouden.

Na een algemene inleiding over de verhouding privaatrecht/milieu en de ontwikkelingen op dat vlak, toont de tweede bijdrage al meteen aan dat het privaatrecht een rol heeft te spelen bij het verwezenlijken van een milieubeleid. Aan de hand van wat de auteur «waarheden als koeien» noemt, somt hij de mogelijkheden en beperkingen op van het milieuprivaatrecht als dienstmaagd voor het beleid. Het staat namelijk als een paal boven water dat het privaatrecht over enkele nuttige instrumenten voor het milieubeleid beschikt, die weliswaar een eerder beperkte reikwijdte hebben (hoofdzakelijk omdat ze curatief en niet preventief werken), maar in een efficiënt milieubeleid moet elk instrument zijn rol spelen. Een beleid voeren met verschillende instrumenten betekent vanzelfsprekend ook dat deze op een gecoördineerde manier ingezet moeten worden. Tenslotte mag men, aldus mr. W. Snijders, niet uit het oog verliezen dat tussenoplossingen bij het aanwenden van privaatrecht onvermijdelijk zijn, een opmerking die mij gericht lijkt te zijn tot milieuorganisaties die soms te veel verwachten van recht en rechtspraak. Om af te sluiten illustreert de auteur zijn «waarheden als een koe» aan de hand van een bespreking van drie hoofdpunten die de wetgever inbouwde bij de totstandkoming van wetsvoorstel 21.202 dat de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water en bodem in het Nederlandse B.W. moet inbouwen.

In het deel «De zorgvuldigheidsnorm in het milieurecht. De rol van het milieubelang bij de rechterlijke oordeelsvorming» buigt mr. R.J.J. Van Acht zich over de vraag in hoeverre particulieren van elkaar kunnen eisen zorgvuldig met het milieu om te springen, zonder dat ze daarom noodzakelijk door het gedrag van een ander rechtstreekse schade ondervinden. Daarvoor is enkel ruimte indien aanvaard wordt dat zorgvuldigheidsnormen verder kunnen gaan dan de loutere bescherming van het individuele belang. Deze mogelijkheid, die volgens de auteur in principe bestaat («de tekst van art. 6:162 BW staat daar ook niet meer aan in de weg», p. 17), wordt vooralsnog nauwelijks erkend. Dit wordt aangetoond via enkele «remmen» die bestaan op het gebruik van de zorgvuldigheidsnorm ter vrijwaring van een ander dan het eng opgevatte individuele belang. Allereerst laat de uitgebreide milieuregelgeving nog weinig plaats voor de zorgvuldigheidsnorm. Vervolgens kunnen nageleefde milieuvorgunningen enkel ten behoeve van een algemeen belang aan de kant geschoven worden als deze vergunningen manifest ongeldig zijn afgeleverd, wat zeer uitzonderlijk is. Ten slotte blijkt uit de gegeven praktijkvoorbeelden dat nog maar sinds kort (in Nederland) de tendens merkbaar is van het steeds hoger waarderen van het milieubelang als de rechter moet overgaan tot een belangenafweging.

De internationalisering van het milieuaansprakelijkheidsrecht is een feit. Dat wordt nogmaals bevestigd door het tot stand komen van het verdrag van de Raad van Europa inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade door milieugevaarlijke activiteiten (Lugano, 21 juni 1993) en in mindere mate door het E.U.-Groenboek inzake herstel van milieuschade. Via een vergelijking met reeds bestaande internationale regelgeving over milieuschade toont mr. E. Bauw in «Nieuwe verdragen» aan dat het verdrag van de Raad van Europa op een aantal vlakken vernieuwingen inhoudt. Zo is het verdrag duidelijk breder van opzet, omdat het een hele reeks van activiteiten betreft i.p.v. één zoals gebruikelijk is; het geeft een ruime omschrijving van het schadebegrip door o.a. ook zuiver economische schade voor vergoeding in aanmerking te laten komen, wat in sommige rechtstelsels niet zo vanzelfsprekend is; er werden nadere bepalingen omtrent causaliteit en hoofdelijke aansprakelijkheid opgenomen; de informatieverplichting wordt uitdrukkelijk naar voren geschoven; de bijzondere positie van het milieubelang binnen het algemene belang wordt erkend en er wordt voorzien in een vorderingsrecht voor milieuorganisaties. Al deze bijzonderheden worden één voor één kritisch van naderbij bekeken en telkens voegt de auteur eraan toe in hoeverre het Nederlandse recht al in die richting geëvolueerd is. Het Groenboek van de Europese Unie inzake milieuschade wordt door de auteur in vergelijking met het verdrag van de Raad van Europa met enige schroom een poging tot het opkrikken van het imago van de Unie genoemd, die al sinds 1991 een ontwerprichtlijn inzake wettelijke aansprakelijkheid voor schade en milieubederf veroorzaakt door afvalstoffen in de la laat liggen (*Pb.C.*, nr. 192 van 23 juni 1991). Persoonlijk kunnen we niet anders dan die vaststelling beamen en samen met de auteur moeten we ervoor pleiten dat de Unie

opteert voor het toetreden tot het Verdrag van de Raad van Europa. Alle landen van de Unie hebben immers in het kader van de totstandkoming van het verdrag van de Raad van Europa gediscussieerd over de vraagpunten die later de inhoud van het Groenboek zijn geworden, en wat belangrijker is: ze hebben een oplossing gevonden, zodat het niet meer nodig lijkt deze hele procedure nog eens over te doen alvorens een doorgedreven uniformisering van de milieuaansprakelijkheidsregels te verwezenlijken.

De goedkoopste en efficiëntste manier om een (potentiële) vervuiler te doen ophouden is de publiekrechtelijke weg. Toch kiezen milieuorganisaties vaak voor de privaatrechtelijke weg. Waarom ze dat doen, ondanks de vele obstakels die ze daarbij moeten overwinnen, wordt in «Procedeerlust opwekkend en remmend privaatrecht» door mr. M.A. Robesin besproken, die zijn betoog kruidt met sprekende voorbeelden uit zijn beroepservaring. Een betere rechtsbescherming voor het milieu via de milieuorganisaties vereist enkele aanpassingen van de bestaande situatie: o.a. een ruimere bekendheid geven aan milieu-informatie, een oplossing uitwerken voor de hoge kosten die procederen nu eenmaal met zich lijkt te brengen en wat genoemd wordt «verzelfstandiging» van de positie van de milieuorganisaties door te erkennen dat ze opkomen voor een van de algemene belangen, een interessante uitdrukking die verder uitgewerkt wordt op p. 64 en de illusie van het algemene belang doorprikt. Het valt op dat die verzuchtingen niet verschillen van die welke de Belgische milieubeweging heeft.

Bodemverontreiniging en de bodemsanering die daarmee onvermijdelijk gepaard gaat in een dichtbevolkt land, bezorgen niet alleen omwonenden, bedrijfsleiders en milieutechnologen slapeloze nachten. Een bevredigende oplossing vinden op de vragen wie moet saneren en wie daarvoor zal betalen, ook al gaat het om schade die haar oorzaak vindt in een ver verleden, houdt ook menig milieujurist wakker. De wet bodembescherming poogt daarop een antwoord te geven door o.a. te voorzien in onderzoeks- en saneringsmaatregelen op bevel van de overheid. Het grote nadeel dat aan die bevelen kleef, is dat men kennelijk stellig rekent op de medewerking van de aangesprokene, want men heeft blijkbaar niet in enige sanctie voorzien om deze bevelen kracht bij te zetten, wat door prof. N. Koeman aangeklaagd wordt. Het enige wat de geadresseerde van een onderzoeks- of saneringsbevel moet vrezen, is dat bij een verkoop of de overdracht van een ander zakelijk recht op het onroerend goed de (vermeende) verontreiniging aan het licht zal komen en een rol zal spelen bij de prijsvorming, omdat bij deze gelegenheid melding gemaakt zal moeten worden van alle overheidsbeschikkingen die op het onroerend goed betrekking hebben.

«Bedrijfsovername en milieu» vormt een thema waarvoor weinig aandacht bestaat in de literatuur, maar dat in de praktijk wel voor meerdere problemen zorgt. De bijdrage van mr. S. Schuit levert een soort van checklist op voor de praktijkadvocaat (in welke fase van het overnameproces moeten welke vragen aan de orde komen) en enkele nuttige tips.

Het is altijd aangenaam vast te stellen dat auteurs erin slagen op enkele pagina's een interessante en ook kritische samenvatting te geven van de recentste ontwikkelingen inzake privaatrecht en milieu. Het leesplezier en het praktische nut van dit werk wordt nog verhoogd door het toevoegen in bijlage van de «Convention on civil liability for damage resulting from activities dangerous to the environment», opgemaakt te Lugano op 21 juni 1993, en door de verslagen van de middag- en namiddagdiscussies. In deze laatste vinden we o.a. enige verontwaardigde reacties van Belgen op de nare ervaringen van de Nederlanders met Belgische milieurechtspraak, waardoor onze noorderburen niet zo'n hoge dunk hebben over de stand van ons milieurecht. De aanwezige Belgen (waarschijnlijk Vlamingen) gingen ervan uit dat het in de toekomst allemaal veel beter zou worden en dat dat even vermeld mocht worden.

Ann Carette

W. VAN DE PUTTE, **Het registratierecht inzake de vermogensoverdracht tussen natuurlijke personen en vennootschappen**, Brussel, Bruylant, 1994, 201 pp.

Onder de nochtans talrijke fiscaalrechtelijke publikaties vindt men traditioneel weinig werken die het domein van de registratierechten behandelen. In de praktijk zijn de situaties die onderworpen

zijn aan het registratierecht toch zeer frequent. Alleen al het beperkte terrein van de vermogensoverdrachten tussen natuurlijke personen en handelsvennootschappen geeft herhaaldelijk aanleiding tot een registratieverplichting en een heffing van registratierechten.

Een recent verschenen boekje uit de reeks van de *Ecole Supérieure des Sciences Fiscales* biedt een actueel en waardevol overzicht van deze problematiek. Achtereenvolgens komen aan bod: de oprichting van een handelsvennootschap met inbreng door een natuurlijk persoon, de kapitaalverhoging van een handelsvennootschap met inbreng door een natuurlijk persoon en de verkrijging door een natuurlijk persoon van goederen uit een handelsvennootschap.

Dit boekje, dat de materie primair benadert vanuit het standpunt van de natuurlijk persoon, biedt een handige leidraad voor de praktijk. De uitvoerige weergave van – vooral administratieve – beslissingen, telkens gevolgd door een bondige bespreking, is onmiskenbaar nuttig voor een ieder die met een concreet probleem in dit verband wordt geconfronteerd. Bepaalde aspecten, zoals de gemengde inbreng, worden trouwens zeer grondig behandeld. Echt vernieuwende standpunten moet men echter niet verwachten. De auteur beperkt zich doorgaans tot het signaleren van specifieke vraagstellingen en een weergave van de verschillende oplossingen die de klassieke literatuur voorstelt, daar waar deze bestaan.

De grootste verdienste van dit boekje is dat het een systematisch overzicht biedt, en dus een snel antwoord toelaat op allerhande praktische vragen en problemen. Een ander pluspunt is de actuele waarde ervan. Tot nog toe is het een van de weinige publikaties die reeds rekening houdt met de wet van 30 maart 1994, die het mutatierecht van artikel 44 W. Reg. van toepassing maakt op de inbrengen in vennootschap van gebouwde onroerende goederen die geheel of gedeeltelijk tot bewoning bestemd zijn.

S. Huysman

S. VAN TRAPPEN, **Le fonds commun de garantie automobile**, Brussel, Larcier, 1994, 195 pp.

Dit boek behandelt op exhaustieve wijze de wettelijke reglementering betreffende het Gemeenschappelijk Waarborgfonds.

De auteur bespreekt de vergoedingsvoorwaarden en de op beperkende wijze in de wet opgesomde gevallen waarin het Gemeenschappelijk Waarborgfonds financieel bijdraagt, de door het Fonds gedekte schade, de van de dekking uitgesloten personen en de subrogatieregeling ten voordele van het Fonds.

Daar waar nodig of nuttig voor de interpretatie en toepassing van de bepalingen die de werking en tussenkomst van het Gemeenschappelijk Waarborgfonds beheersen, worden zelfs de basisbeginselen van de motorrijtuigenverzekeringwet op duidelijke en heldere wijze in herinnering gebracht. Men vermeldt in dat verband de door de motorrijtuigenverzekering gedekte aansprakelijkheden (pp. 33 e.v.) en de omschrijving van het begrip «motorrijtuig» (pp. 50 e.v.).

Daarnaast worden weinig of geen aspecten, die – zij het slechts zijdelings – verband houden met de tussenkomst van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, onbesproken gelaten. Dit is wellicht een van de voornaamste verdiensten van de auteur. Zelfs de akkoorden gesloten met het Belgisch Bureau van de Automobielverzekeraars, evenals de toetreding van het Fonds tot de V.V.L.L. - I.A.D.C.-conventie (versnelde vergoeding lichamelijke letsels) worden vermeld.

Mevrouw Van Trappen schrikt evenmin terug voor de juridisch-technisch ingewikkelde onderdelen van haar studieobject, zoals de rechtsplegingsaspecten, en in verband hiermee de problematiek van het gezag van gewijsde *erga omnes* van strafrechtelijke beslissingen, de subrogatiemogelijkheden tegen het Fonds van de kant van de arbeidsongevallenverzekeraar, de mutualiteiten en de OCMW's,...

Kortom, het betreft een inhoudelijk zeer degelijk en – wat niet onaangenaam is – vlot leesbaar werk.

Een must voor elke jurist die zich bezighoudt met de verzekeringsaspecten van verkeersongevallen.

Men kan de auteur alleen maar succes toewensen!

Philippe Colle