

KRONIEK VAN RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE EN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Institutioneel en procedureel gemeenschapsrecht¹ (Gerechtelijk jaar 1993-1994)

Voorwoord ¹

Deze kroniek biedt een overzicht van de meest recente interpretaties en toepassingen van de institutionele grondre- gels van het gemeenschapsrecht enerzijds (hoofdstukken I tot en met IV) en van de procedurele voorschriften bij het brengen en pleiten van een zaak voor het Gerecht van eerste aanleg en voor het Hof van Justitie anderzijds (het uitgebreide slothoofdstuk V). De bestudeerde periode loopt van 15 september 1993 tot 9 augustus 1994. Het gerechtelijk jaar 1992-1993 kwam reeds aan bod in de vorige (eerste) aflevering van de kroniek. ²

Het materieel gemeenschapsrecht wordt in dit overzicht niet behandeld. Deze deelgebieden van het gemeenschapsrecht, zoals mededinging, vrij goederen-, personen- en dienstenverkeer, sociale zekerheid, belastingen, handelsvoor- schriften, EEX, enz., komen uitvoerig aan bod in de reeks «Europese rechtspraak in kort bestek». ³

Bij de voltooiing van deze tekst waren sommige arresten nog niet verschenen in de Jurisprudentie. ⁴ Het betreft de ar- resten van juni, juli en augustus 1994. Bij de overige arresten vindt men een verwijzing naar hun vindplaats in de Jurispru- dentie. ⁵

¹ Er werd bewust gekozen voor de term «gemeenschapsrecht». De bredere term «recht van de Europese Unie», dat naast het recht van de Europese Gemeenschappen ook het gemeenschappelijk bui- tenlands en veiligheidsbeleid en de samenwerking op gebied van jus- titie en binnenlandse zaken omvat, biedt voor een kroniek van recht- spraak geen meerwaarde, aangezien het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie krachtens artikel L Unieverdrag niet bevoegd zijn voor de twee zopas genoemde nieuwe beleidstakken.

² J. VANHAMME, «Kroniek van rechtspraak van het Hof van Justi- tie en het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeen- schappen – Institutioneel en procedureel gemeenschapsrecht (Ge- rechtelijk jaar 1992-1993)», *R.W.*, 1993-94, 625-642.

³ De «Europese rechtspraak in kort bestek» staat onder leiding van Jan Wouters en verschijnt op geregelde tijdstippen in het Rechtskundig Weekblad. Een vijftal arresten uit het voorbije ge- rechtelijk jaar worden zowel in deze reeks als in de kroniek bespro- ken, zij het vanuit een verschillende invalshoek. In de kroniek vindt men bij deze arresten een completerende verwijzing naar de bespre- king in de «Europese rechtspraak in kort bestek».

⁴ De Jurisprudentie is de gepubliceerde verzameling van de rechtspraak van het Gerecht van eerste aanleg en van het Hof van Justitie, en wordt in elk van de negen officiële talen uitgegeven door het Bureau voor officiële publikaties van de Europese Gemeen- schappen.

⁵ De Jurisprudentie van 1993 verscheen tot dusver enkel in het Frans. De Jurisprudentie van januari-mei 1994 is wél reeds beschik- baar in het Nederlands.

I. BEVOEGDHEIDSVERDELING

A. Inleiding

De regels van de bevoegdheidsverdeling vormen de kern van het institutioneel gemeenschapsrecht. De bevoegd- heidsafbakening, zowel in verticale zin (Gemeenschap ver- sus Lid-Staten) als in horizontale zin (de «scheiding der machten» tussen de gemeenschapsinstellingen), vormt niet het enige, maar wel het eerste criterium bij het toetsen van de rechtmatigheid van wetgevende en uitvoerende besluit- vorming. ⁶

De helderste uiteenzettingen over bevoegdheid vindt men in de rechtsleer. ⁷ De rechtspraak van het Hof en het Gerecht bevat elk jaar ook heel wat toepassingen, die variëren van eenvoudige routineuitspraken tot moeilijk te analyseren stellingnames. ⁸ De twee opvallendste toepassingen uit het voorbije gerechtelijk jaar zijn de arresten Parlement t. Raad van 2 maart en Frankrijk t. Commissie van 9 augustus, waar- bij, in tegenstelling tot wat men uit de benaming van deze za- ken zou afleiden, het eerste arrest vooral handelt over de be- voegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de Lid-Sta- ten, en het tweede arrest over de bevoegdheidsverdeling tus- sen de gemeenschapsinstellingen.

⁶ Naast de bevoegdheidsregels zijn vooral de algemene beginse- len van gemeenschapsrecht van belang. Hierover meer in hoofdstuk II.

⁷ Voor een geïntegreerde analyse van de verticale bevoegdheids- verdeling, opgesteld naar aanleiding van het door het Unieverdrag in het EG-Verdrag ingelaste subsidiariteitsbeginsel, zie K. LENAERTS en P. VAN YPERSELE, «Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3B du Traité CE», *Cahiers de droit européen*, 1994, 3-85. Betreffende de horizontale bevoegdheidsverdeling, zie K. LENAERTS, «Some Reflections on the Separation of Powers in the Euro- pean Community», *Common Market Law Review*, 1991, 11-35.

⁸ Een recent voorbeeld van dit laatste is het Advies 2/91 van het Hof van 19 maart 1993, inzake Verdrag nr. 170 van de Internationale Arbeidsorganisatie betreffende de veiligheid bij het gebruik van chemische stoffen bij de arbeid, waarin het Hof suggereert dat een concurrente bevoegdheid bij gemeenschapsuitoefening exclusief kan worden (hetgeen impliceert dat er veel meer exclusieve be- voegdheden bestaan dan de enkele die het Hof in zijn eerdere recht- spraak expliciet heeft erkend). Zie vorige aflevering van de kroniek, *R.W.*, 1993-94, 629. Voor een zingevende interpretatie van dit advies, zie K. LENAERTS, en P. VAN YPERSELE, o.c., 13 e.v.

B. Bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten

Arrest van het Hof van 2 maart 1994, *Parlement t. Raad*, zaak C-316/91, *Jurispr.*, 1994, I-625

Het Europees Parlement stelde een beroep in tot nietigverklaring van het Reglement inzake ontwikkelingsfinanciering dat de Raad in het kader van de Vierde ACS-EEG Overeenkomst⁹ had vastgesteld. Het Parlement meende dat de door het Reglement geregelde uitgaven voor ontwikkelingshulp gemeenschapsuitgaven waren, zodat enkel artikel 209 EEG-Verdrag, dat het over de opstelling en de uitvoering van de gemeenschapsbegroting heeft, een juiste rechtsgrondslag voor het Reglement kon vormen.¹⁰ Dit artikel voorziet, in tegenstelling tot de rechtsgrondslag waarop de Raad zich had gesteund, in een verplichte raadpleging van het Parlement.¹¹

Na het oplossen van de traditionele ontvankelijkheidsschermselning tussen de Raad en het Parlement (meer hierover in hoofdstuk V, B.1), boog het Hof zich over de door het Parlement voorgestelde kwalificatie van ACS-ontwikkelingsuitgaven als gemeenschapsuitgaven. Uiteraard hing dit samen met de vraag wie de aangegane financiële verplichtingen jegens de ACS-staten moest nakomen (de Gemeenschap, de Lid-Staten, of de Gemeenschap en de Lid-Staten samen), en volgens het Hof was het antwoord op die vraag volledig afhankelijk van de bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten inzake ontwikkelingshulp.¹² Aangezien de Gemeenschap in dit domein niet bij uitsluiting bevoegd is, en bovendien de ACS-EEG Overeenkomst samen door de Gemeenschap en de individuele Lid-Staten was gesloten, oordeelde het Hof dat de ontwikkelingsuitgaven niet in de gemeenschapsbegroting opgenomen moesten worden en dus ook niet onder de toepassing van artikel 209 EEG-Verdrag vielen.¹³

Het arrest is in twee opzichten opvallend. Vooreerst is er de zeer merkwaardige rechtsoverweging 24, die de basis legt voor de uitspraak en waarin het Hof stelt dat er «onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de vraag, wie een verplichting jegens de ACS-staten is aangegaan, en anderzijds de vraag, wie de aangegane verplichting moet nakomen, de Gemeenschap of haar Lid-Staten», en verder dat «het antwoord op de tweede vraag enkel afhankelijk is van (de) bevoegdheidsverdeling (tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten)». De bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeen-

schap en de Lid-Staten is normaliter eerder relevant in geschillen waarin de mogelijkheid tot het aangaan van verplichtingen in een bepaalde materie wordt betwist. Het is daarom verwonderlijk dat het Hof diezelfde bevoegdheidsverdeling nu aangrijpt om na te gaan wie de aangegane verplichtingen moet nakomen. De conclusie van advocaat-generaal Jacobs komt veel logischer over. De advocaat-generaal onderzocht eerst de bevoegdheidsverdeling inzake ontwikkelingshulp, stelde vast dat de Gemeenschap niet bij uitsluiting bevoegd was en concludeerde dat uit de bevoegdheidsverdeling zeker niet afgeleid kon worden dat de Gemeenschap de verplichting tot ontwikkelingshulp alleen zou zijn aangegaan.¹⁴ In een tweede beweging stelde de advocaat-generaal vast dat de ACS-EEG Overeenkomst een gemengde overeenkomst was (dit wil zeggen gezamenlijk door de Gemeenschap en de Lid-Staten gesloten) en dat bij een dergelijke overeenkomst de Gemeenschap en de Lid-Staten gezamenlijk aansprakelijk zijn, tenzij de overeenkomst anders bepaalt (quod non).¹⁵ Zo blijkt dat de vraag die volgens het Hof via de bevoegdheidsverdeling benaderd moest worden, door de advocaat-generaal bekeken werd vanuit de aard en de inhoud van de overeenkomst zelf.

Naast deze ongewone rol die het Hof aan de bevoegdheidsregels toekent, is ook de eigenlijke analyse van de bevoegdheidsverdeling merkwaardig. Het Hof stelt vast dat op het gebied van ontwikkelingshulp de Gemeenschap niet bij uitsluiting bevoegd is,¹⁶ maar in plaats van deze – weliswaar juiste – vaststelling aan te knopen bij het geldende recht, zegt het Hof enkel dat zijn constatering steun vindt in artikel 130 X EG-Verdrag,¹⁷ een bepaling die door het Unieverdrag werd ingelast en dus niet gold op het moment dat de Raad het Reglement vaststelde en het Parlement zijn beroep tot nietigverklaring bij het Hof indiende.¹⁸

C. Bevoegdheidsverdeling tussen de gemeenschapsinstellingen

Arrest van het Hof van 9 augustus 1994, *Frankrijk t. Commissie*, zaak C-327/91

De Commissie en de Verenigde Staten sloten in 1991 een overeenkomst betreffende de toepassing van mededingingsrecht. De overeenkomst veranderde niets aan de inhoud van de Amerikaanse en Europese wetgeving. De partijen spraken enkel af om de afdwinging van hun wetgeving meer op elkaar af te stemmen, onder meer via onderling overleg en uitwisseling van informatie.

Frankrijk, gesteund door Spanje en Nederland, stelde een beroep tot nietigverklaring in tegen de verdragsluitende handeling van de Commissie. Ten gronde riep Frankrijk artikel 228 EEG-Verdrag in, volgens hetwelk internationale

⁹ Ook wel het «Vierde Loméverdrag» genoemd. De ACS is de bundeling van Afrikaanse en Caraïbische staten die partij zijn tot dit verdrag.

¹⁰ Artikel 209 EEG-Verdrag: «De Raad, met eenparigheid van stemmen op voorstel van de Commissie en na raadpleging van de Vergadering en advies van de Rekenkamer: a) stelt de Financiële Reglementen vast, waarbij met name de wijze wordt vastgesteld waarop de begroting wordt opgesteld en uitgevoerd, alsmede de wijze waarop rekening en verantwoording wordt gedaan en de rekeningen worden nagezien. (...)».

¹¹ De Raad had het Financieel Reglement vastgesteld op grond van het Intern Akkoord betreffende het Europees Ontwikkelingsfonds.

¹² Rechtsoverweging 24.

¹³ Rechtsoverweging 39.

¹⁴ Punten 40 e.v.

¹⁵ Punt 69.

¹⁶ Rechtsoverweging 26.

¹⁷ Rechtsoverweging 27. Artikel 130 EX-Verdrag bepaalt als volgt: «De Gemeenschap en de Lid-Staten coördineren hun ontwikkelingssamenwerkingsbeleid (...). Zij kunnen gezamenlijk optreden. (...)». In de Nederlandstalige versie van het arrest wordt verkeerdelijk over artikel 130 X EEG-Verdrag gesproken.

¹⁸ Het geldende recht wordt in dezen wel ontleend in de conclusie van advocaat-generaal JACOBS, punten 35 e.v.

akkoorden door de Commissie worden onderhandeld en, «onder voorbehoud van de aan de Commissie te dezer zake toegekende bevoegdheden», door de Raad worden gesloten, na raadpleging van het Parlement in de gevallen waarin het Verdrag hiertoe gebiedt.¹⁹ Frankrijk was bijgevolg van oordeel dat, gezien de afwezigheid van bepalingen die aan de Commissie bevoegdheid toekennen om verdragen te sluiten in het domein van de mededinging, enkel de Raad de overeenkomst had mogen sluiten.

De Commissie verdedigde zich met de stelling dat de bevoegdheid van een instelling niet noodzakelijk in het Verdrag of een andere geschreven bron van gemeenschapsrecht erkend moet zijn, maar ook afgeleid kan worden uit de praktijk van de instellingen. In dit opzicht bekleemtoonde de Commissie dat zij de instelling is die ten volle instaat voor de afdwinging van de mededingingsregels en dat het in casu ging om een louter administratieve overeenkomst in precies dat domein. De overige instellingen hadden daarom ook geen bezwaar geuit tegen de verdragsluitende handeling van de Commissie.

Het Hof koos voor de strikte verdragsinterpretatie van Frankrijk en vernietigde dus de verdragsluitende handeling van de Commissie. Het Hof stelde principieel dat een loutere praktijk de bepalingen van het Verdrag niet terzijde kan schuiven.²⁰ Deze uitspraak bevestigt de meer algemene visie die het Hof reeds in eerdere arresten als volgt formuleerde: «De verdragen hebben een stelsel van verdeling van de bevoegdheden tussen de verschillende instellingen van de Gemeenschap ingevoerd, waarbij aan iedere instelling ter verwezenlijking van de aan de Gemeenschap opgedragen doelstellingen haar eigen taak wordt toebedeeld. Het is de taak van het Hof, dit institutionele evenwicht te handhaven door de volledige toepassing van de bepalingen van de verdragen met betrekking tot de bevoegdheidsverdeling te verzekeren.»²¹

II. ALGEMENE BEGINSELEN ALS RECHTSBRON

A. Beknopt overzicht: het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen

In de rechtspraak van het voorbije gerechtelijk jaar waren vooral de toetsingen aan de rechten van de verdediging en aan enkele grondrechten belangwekkend. Deze toetsingen zullen afzonderlijk worden belicht. Voor de overige algemene beginselen kan een beknopt overzicht volstaan.

Het gelijkheidsbeginsel is wellicht de meest fundamentele regel in de rechtsorde van de Gemeenschap.²² Het Hof heeft nogmaals bevestigd dat elk discriminatieverbod in het geschreven gemeenschapsrecht niet meer is dan een specifieke

uitdrukking van dit algemene beginsel (arrest van het Hof van 24 maart 1994, *Bostock*, zaak C-2/92, *Jurispr.*, 1994, I-955)²³. Het is welbekend dat het beginsel op twee wijzen geschonden kan worden: door personen waarvan de juridische en feitelijke situaties niet wezenlijk verschillen verschillend te behandelen, of door ongelijke situaties gelijk te behandelen (bevestigd in het arrest van het Gerecht van 14 april 1994, *A. t. Commissie*, zaak T-10/93)²⁴. Een verschillende behandeling van vergelijkbare situaties is desondanks toelaatbaar indien het verschil «objectief gerechtvaardigd» is (toepassing in het arrest van het Gerecht van 9 februari 1994, *Bassols t. Hof van Justitie*, zaak T-109/92, *Jurispr.*, 1994, II-105)²⁵, en een gelijke behandeling van ongelijke situaties kan in bepaalde gevallen eveneens op begrip van het Hof rekenen. Van dit laatste vormt het arrest van het Hof van 5 oktober 1993, *Driessen e.a. t. Minister van Verkeer en Waterstaat* (gevoegde zaken C-13-16/92, *Jurispr.*, 1993, I-4751) een goede illustratie. Het Hof erkende dat de voorwaarden tot het verkrijgen van bepaalde voordelen die de Raad in een verordening betreffende de binnenscheepvaart had omschreven, gemakkelijker te vervullen waren door ondernemingen die zich voor de bouw van hun schepen wendden tot grote scheepswerven, dan door ondernemingen die hun bestellingen plaatsten bij kleine scheepswerven. Toch zag het Hof hierin geen schending van het gelijkheidsbeginsel, omdat «van de gemeenschapswetgever niet op grond van het beginsel van gelijke behandeling kan worden geëist, dat hij objectieve voorwaarden voor de toepassing van een regeling diversificeert naargelang van bijzondere beslissingen die voor elke marktdeelnemer anders zijn».²⁶

Het evenredigheidsbeginsel (ook proportionaliteitsbeginsel genoemd²⁷) vereist dat de handelingen van de gemeenschapsinstellingen niet verder gaan dan noodzakelijk is om hun beoogde doel te bereiken, waarbij geldt dat, indien er keuze is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel gekozen moet worden die de minste belasting meebrengt (herbevestigd in het arrest van het Gerecht van 26 oktober 1993, *Reinartz t. Commissie*, gevoegde zaken T-6/92 en T-52/92, *Jurispr.*, II-1047). Tijdens het voorbije gerechtelijk jaar werden meerdere gemeenschapsnormen aan het evenredigheidsbeginsel getoetst, waaronder enkele bij verordening vastgestelde sanctieregimes ten aanzien van op onregelmatigheden betrapte landbouwers (arresten van het Hof van 23 november 1993, *Schumacher t. Bezirksregierung Hannover*, zaak C-365/92, *Jurispr.*, I-6071, en van 7 december 1993, *Ölmühlen t. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, zaak C-339/92) en een richtlijn inzake produktveiligheid (arrest van het Hof van 9 augustus 1994, *Duitsland t. Raad*, zaak C-359/92). Het Hof stelde echter in geen van deze zaken een onevenredigheid vast.

Het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen (ook vertrouwensbeginsel genoemd) werd op listige wijze ingeroepen in de zaak *Air France t. Commissie* (zaak T-2/93, beslist door het Gerecht op 19 mei 1994). De Commissie had

¹⁹ Artikel 228 werd grondig herschreven door het Unieverdrag, maar de bevoegdheidsverdeling tussen Commissie, Raad en Parlement bleef grotendeels ongewijzigd.

²⁰ Rechtsoverweging 36.

²¹ Zie de arresten van het Hof van 22 mei 1990, *Parlement t. Raad*, zaak C-70/88, *Jurispr.*, I-2041, rechtsoverwegingen 21-23, en van 2 maart 1994, *Parlement t. Raad*, zaak C-316/91, *Jurispr.*, I-625, rechtsoverwegingen 11-12.

²² Voor een uitvoerige analyse, zie J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 1992, 545-676.

²³ Rechtsoverweging 23.

²⁴ Rechtsoverweging 42.

²⁵ Rechtsoverwegingen 87 e.v.

²⁶ Rechtsoverweging 42.

²⁷ Voor een uitvoerige analyse, zie J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 1992, 677-866.

bij beschikking verklaard dat de verwerving door British Airways van 49,9% van het kapitaal van TAT European Airlines niet strijdig was met de gemeenschappelijke markt. Air France stelde tegen deze beschikking een beroep tot nietigverklaring in en steunde hierbij ondermeer op een overeenkomst die zij in 1990 met de Franse regering en de Commissie had gesloten. Daarin was afgesproken dat Air France haar deelneming in TAT ongedaan zou maken, hetgeen nadien ook was gebeurd. Air France stelde nu dat ze er bij het sluiten van deze overeenkomst vanzelfsprekend op had vertrouwd dat haar positie als grote aandeelhouder in TAT niet zou worden overgenomen door een buitenlandse concurrent van vergelijkbare omvang. Nu dit laatste toch gebeurd was en de Commissie daarin geen graten zag, had de Commissie, aldus Air France, het vertrouwensbeginsel geschonden. Het Gerecht verwierp deze stelling, erop wijzend dat het vertrouwensbeginsel nooit zódanig geïnterpreteerd mag worden dat het een gemeenschapsinstelling (zoals in casu de criteria voor het vaststellen van ongeoorloofde concentraties) contra legem toe te passen.²⁸ Andere afwijzingen van op het vertrouwensbeginsel gebaseerde argumenten vindt men in de arresten van het Hof van 5 oktober 1993, *Driesen e.a. t. Minister van Verkeer en Waterstaat*, gevoegde zaken C-13-16/92, *Jurispr.*, I-4751, en van 1 juni 1994, *Commissie t. Duitsland*, zaak C-317/92. In eerstgenoemd arrest stelde het Hof dat het vertrouwensbeginsel zeker niet geschonden wordt wanneer een onderneming haar planning afstemt op een door de Commissie voorgestelde gemeenschapswet nadien essentieel gewijzigd wordt alvorens door de Raad goedgekeurd te worden.²⁹ Voor het arrest *Commissie t. Duitsland*, zie hoofdstuk V, A.

B. De rechten van de verdediging

Arrest van het Hof van 29 juni 1994, *Fiskano t. Commissie*, zaak C-135/92; Arrest van het Gerecht van 23 februari 1994, *Groupement des Cartes Bancaires CB en Europay International t. Commissie*, gevoegde zaken T-39/92 en T-40/92, *Jurispr.*, 1994, II-49.

De rechten van de verdediging vormen een grondbeginsel van gemeenschapsrecht.³⁰ Ze dienen dus nageleefd te worden, ook indien er geen geschreven procedureregels bestaan die deze rechten nader omschrijven.³¹ Toch blijkt uit de zaak *Fiskano t. Commissie* dat de Commissie de rechten van de verdediging soms geheel uit het oog verliest bij het voeren van administratieve procedures. In casu betrof het een administratieve procedure ter afdwinging van een verordening van de Raad inzake vergunningen voor Zweedse vaartuigen om in communautaire wateren te vissen.³² Nederlandse autoriteiten betrapten een vaartuig van de Zweedse firma Fis-

kano op het vissen zonder vergunning en meldde dit aan de Commissie. De Commissie stelde hierop bij brief een beschikking vast, waarin ze aan het betrokken vaartuig voor een bepaalde tijd de mogelijkheid ontnam om een vergunning te verkrijgen. De beschikking werd integraal vernietigd door het Hof, omdat de Commissie Fiskano met een sanctie had geconfronteerd, zonder haar eerst in de gelegenheid te stellen een standpunt te vertolken.³³

De rechten van de verdediging komen gewoonlijk ter sprake in het kader van administratieve procedures die de Commissie voert t.a.v. natuurlijke of rechtspersonen en die leiden tot een geldboete of een anderssoortige straf. Het Hof blijkt dit laatste element – het kunnen leiden van de procedure tot een bezwarende handeling van een overheidsinstelling – essentieel te vinden. In zijn prejudicieel arrest *Otto* (zaak C-60/92, beslist door het Hof op 10 november 1993³⁴), dat een Nederlands geschil tussen particulieren betrof, heeft het Hof duidelijk gemaakt dat de rechten van de verdediging, in de concrete gestalten die het Hof hen heeft gegeven in zijn rechtspraak, niet mogen worden toegepast op procedures tussen particulieren, aangezien deze niet kunnen leiden tot een bezwarend besluit vanwege een overheidsinstelling.³⁵

Het aanvechten van sancties, opgelegd door de Commissie aan particulieren na het voeren van een administratieve procedure, gebeurt sinds kort uitsluitend voor het Gerecht van eerste aanleg.³⁶ De uitspraak van het Gerecht in de zaken *Cartes Bancaires*, waarin de rechten van de verdediging een belangrijk element vormden, toont de gedetermineerdheid van het Gerecht om de administratieve procedures van de Commissie zeer nauwgezet te controleren. Het betrof hier een ingewikkeld geschil over een overeenkomst tussen financiële instellingen, met implicaties voor het Eurocheque betaalsysteem.³⁷ De Commissie beschouwde de overeenkomst als onverenigbaar met de communautaire mededingingsregels, stelde deze onverenigbaarheid bij beschikking vast en legde daarin ook onderscheiden boetes op aan een economisch samenwerkingsverband (de Groupement CB) en een vennootschap (Eurocheque International) die mee de overeenkomst hadden afgesloten. Het Gerecht vernietigde de gehele beschikking, in zoverre die tot Eurocheque International gericht was, terwijl het ten aanzien van de Groupement CB de boete enkel reduceerde. Dit enorme verschil werd veroorzaakt door een minieme nalatigheid van de Commissie ten aanzien van de rechten van de verdediging van Eurocheque International. De Commissie had in een bepaald stadium van de procedure aanvullende punten van bezwaar met betrekking tot de overeenkomst opgesteld en deze aan de Groupement CB meegedeeld volgens de voorge-

³³ Rechtsoverwegingen 39-41.

³⁴ Voor een ruimere beschrijving van het arrest, zie H.M. GILLIAMS, *R.W.*, 1993-94, 1066.

³⁵ Rechtsoverwegingen 15-17.

³⁶ Het Gerecht van eerste aanleg trad in werking in 1989. Aanvankelijk was het enkel bevoegd in ambtenarenzaken, kolen- en staalzaken en EEG-mededingingszaken. Vanaf 15 maart 1994 is het Gerecht bevoegd voor alle vorderingen van particulieren tegen gemeenschapsinstellingen (PB 1994, L 66/29).

³⁷ Voor een uitgebreidere situering van het geschil en een analyse van het arrest vanuit mededingingsperspectief, zie I. MASELIS, *R.W.*, 1993-94, 1437.

²⁸ Rechtsoverweging 102.

²⁹ Rechtsoverweging 33.

³⁰ Arrest van het Hof van 13 februari 1979, *Hoffmann-La Roche*, zaak 85/76, *Jurispr.*, 1979, 461.

³¹ Er bestaan geschreven procedureregels in het EG-mededingingsrecht. Zie artikel 19 van Verordening 17 van de Raad van 6 februari 1962 (PB 1962, p. 204) en Verordening 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963 (*Pb.*, 1963, p. 2268).

³² De verordening werd vastgesteld op basis van een visserijverdrag tussen de Gemeenschap en Zweden.

schreven vormvereisten,³⁸ terwijl ze aan Eurocheque International slechts een afschrift had toegezonden. Tegen de feitelijke achtergrond van de zaak viel dit verschil goed te begrijpen. Eurocheque International had op dat moment immers reeds laten weten dat ze bereid was de overeenkomst op te zeggen, terwijl de Groupement CB nog volop in discussie verkeerde met de Commissie omtrent de al dan niet deugdelijkheid van de overeenkomst. De aanvullende punten van bezwaar waren dan ook duidelijk gericht tegen de Groupement CB en waren enkel ter informatie tevens aan Eurocheque International bezorgd. Het Gerecht oordeelde niettemin dat de rechten van verdediging van Eurocheque International geschonden waren. Deze beslissing vond steun in het feit dat enkele overwegingselementen in de uiteindelijke beschikking van de Commissie enkel terug te vinden waren in de aanvullende punten van bezwaar, zodat deze zeker aan Eurocheque International hadden moeten worden meegegeeld met alle garanties van ontvangst. De Commissie heeft geen beroep aangetekend tegen de uitspraak van het Gerecht,³⁹ waaruit men mag afleiden dat ze zich schikt in dit strenge rechterlijke toezicht.

Vanzelfsprekend vormt het radicale gevolg van een schending van de rechten van de verdediging (nietigheid van de gehele gemeenschapshandeling) een uitnodiging voor eisers om de rechten van de verdediging in hun argumentatie op te nemen, desnoods met behulp van vergezochte of ronduit onjuiste redeneringen. Dergelijke pogingen worden vlot onderschept. Voorbeelden vindt men in *Cartes Bancaires*, namelijk in de argumentatie van de Groupement CB⁴⁰ en in de arresten van het Gerecht van 14 april 1994, *A. t. Commissie*, zaak T-10/93⁴¹ en van 15 juli 1994, *Matra Hachette t. Commissie*, zaak T-17/93⁴².

C. Grondrechten

Arrest van het Gerecht van 14 april 1994, *A. t. Commissie*, zaak T-10/93

A was kandidaat voor een functie als administrateur bij de Gemeenschap. Hij legde een succesvol examen af, maar stuitte vervolgens op een negatief advies van de medische dienst van de Commissie. Deze had tijdens het verplicht medisch onderzoek vastgesteld dat A drager was van het HIV-virus, een gegeven dat A trouwens voordien uit eigen beweging had meegedeeld. De aanwervingscommissie concludeerde hieruit dat A lichamelijk ongeschikt was voor de functie.

A bestreed deze afwijzing voor het Gerecht van eerste aanleg. Hij argumenteerde, samen met de interveniërende partijen Union syndicale-Brussel en Union syndicale-Luxemburg, dat zowel het verplichte karakter van het medisch onderzoek als het uitvoeren van de HIV-test in strijd waren met artikel 8 van het EVRM, dat het recht op eerbiediging van het privé-leven garandeert.

Hij leidde dit af uit een conclusie van de Raad en de ministers van Volksgezondheid volgens welke een drager van het HIV-virus als een gewone, arbeidsgeschikte werknemer moet worden beschouwd,⁴³ en uit het feit dat hij vrijwillig had verklaard seropositief te zijn, zodat de test geheel overbodig was.

Na een korte toelichting over de bijzondere plaats van het EVRM in het gemeenschapsrecht,⁴⁴ stelde het Gerecht dat het vereiste van een medisch onderzoek met het oog op aanwerving van ambtenaren in elke lid-staat bestaat en zowel het belang van de instellingen als van de ambtenaren zelf dient, zodat er geen sprake kon zijn van onverenigbaarheid met artikel 8 EVRM. De HIV-test in kwestie was volgens het Gerecht evenmin strijdig met het recht op eerbiediging van het privé-leven, aangezien A met de test had ingestemd. Voor het overige achtte het Gerecht zich niet bevoegd om het oordeel van de arts omtrent het nut van de test te beoordelen.⁴⁵

Het is niet de eerste keer dat het Gerecht medische onderzoekshandelingen toetst aan het recht op eerbiediging van privé-leven. *A. t. Commissie* complementeert de zaak *X t. Commissie*, waarin een kandidaat-commissieambtenaar eveneens werd geweigerd op grond van HIV-symptomen. X had echter, in tegenstelling tot A, de HIV-test geweigerd, maar was via andere tests toch seropositief bevonden. In zijn arrest van 18 september 1992⁴⁶ stelde het Gerecht verrassend dat dergelijke zijdelingse tests niet strijdig waren met artikel 8 EVRM. Deze rechtspraak werd inmiddels vernietigd door het Hof.⁴⁷

Arrest van het Hof van 24 maart 1994, *Bostock*, zaak C-2/92, *Jurispr.*, 1994, I-955

In het voorbije gerechtelijk jaar werd naast het recht op eerbiediging van privé-leven ook het recht van eigendom ingeroepen. Dit gebeurde in de prejudiciële zaak *Bostock*, waarin een pachter die zijn referentiehoeveelheid voor melkproductie bij het einde van de pacht had moeten afstaan aan de eigenaar van het bedrijf, betoogde dat «het recht van eigendom, als fundamenteel recht, een Lid-Staat verplicht, een regeling in te voeren die voorziet in een door de eigenaar aan de vertrekkende pachter te betalen vergoeding».⁴⁸ In

⁴³ *Pb.*, 1989, C 28/2.

⁴⁴ Rechtsoverwegingen 48 en 49. Het Gerecht verwijst in het bijzonder naar het arrest van het Hof van 15 mei 1986, *Johnston*, zaak 222/84, *Jurispr.*, 1986, 1651, en naar artikel F, lid 2, van het Unieverdrag («De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten voortvloeien, als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht»).

⁴⁵ Rechtsoverwegingen 50 en 51.

⁴⁶ Arrest van het Gerecht van 18 september 1992, *X t. Commissie*, gevoegde zaken T-121/89 en T-13/90, *Jurispr.*, II-2195, besproken in de vorige aflevering van de kroniek (gerechtelijk jaar 1992-1993), *R.W.*, 1993-94, 628-629.

⁴⁷ Arrest van het Hof van 5 oktober 1994, *X t. Commissie*, zaak C-404/92 P.

⁴⁸ Rechtsoverweging 18.

³⁸ Verordening 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963 (PB 1963, p. 2268) vereist een aangetekend schrijven.

³⁹ Tegen de arresten van het Gerecht van eerste aanleg kan binnen twee maanden beroep worden aangetekend voor het Hof van Justitie. Het Hof kan enkel oordelen in rechte, niet in feite.

⁴⁰ Rechtsoverwegingen 116-126.

⁴¹ Rechtsoverwegingen 29-31.

⁴² Rechtsoverwegingen 34-37.

1989 had het Hof in de zeer gelijkaardige zaak *Wachauf*⁴⁹ bevestigd dat de nationale autoriteiten op grond van het fundamentele recht van eigendom de economische belangen van een pachter die zijn melkquotum dreigt te verliezen moeten beschermen, door hem hetzij zijn referentiehoeveelheid toch te laten behouden, hetzij hem een vergoeding toe te kennen.⁵⁰ Ondanks dit ogenschijnlijk gunstige precedent ving pachter Bostock bot. Dit gebeurde vooral onder impuls van advocaat-generaal Gulmann, die in zijn conclusie oordeelde dat er belangrijke feitelijke verschillen bestonden tussen *Wachauf* en *Bostock*,⁵¹ dat het door het arrest *Wachauf* geformuleerde recht van pachters op bescherming van hun economische belangen in verband met melkquota niet zomaar in het algemeen kon gelden,⁵² dat de Britse nationale wetgeving waarvan de strijdigheid met het recht van eigendom werd betoogd moeilijk in het kader van het gemeenschapsrecht kon worden geplaatst (een voorwaarde om door het Hof aan de grondrechten te worden getoetst)⁵³ en dat het hoe dan ook meest voor de hand lag dat in een situatie als deze de fundamentele rechten van de rechtssubjecten worden beschermd op grond van het nationale recht.⁵⁴

III. INTERNATIONAAL RECHT ALS RECHTSBRON

A. De omgang van het Hof van Justitie met bronnen van internationaal recht

Voor het Hof van Justitie worden in toenemende mate internationale verdragen, regels van internationaal gewoonterecht en zelfs uitspraken van het Internationaal Gerechtshof ingeroepen. Uit de rechtspraak van het afgelopen gerechtelijk jaar kan men m.i. de volgende vier vaststellingen distilleren, waarvan vooral de derde belangrijke inzichten biedt omtrent de verhouding tussen het gemeenschapsrecht en het ruimere volkenrecht.

1. Internationale verdragen die de Gemeenschap niet binden

Arrest van het Hof van 14 juli 1994, *Peralta*, zaak C-379/92

Het Hof weigert systematisch om internationale verdragen waartoe de Gemeenschap geen partij is en waarvan de inhoud geen internationaal gewoonterecht vormt, te interpreteren of toe te passen. Het Hof heeft dit met kracht bevestigd in de zaak *Peralta*, waarin een nationale rechter via een prejudiciële uitspraak van het Hof wenste te vernemen of de Italiaanse wetgeving verenigbaar was met het Internationaal Verdrag ter voorkoming van verontreiniging door schepen (het «Marpol-Verdrag»). Het Hof stelde dat «kan worden volstaan met de vaststelling, dat de Gemeenschap geen partij is bij dit verdrag» en concludeerde hieruit dat het

over dit aspect van de zaak geen uitspraak hoefde te doen.⁵⁶ De houding van het Hof is logisch en verrast dus weinig. De toepassing door het Hof van het EVRM vormt wel een uitzondering, maar die is gemakkelijk te verklaren door het feit dat het EVRM, hoewel de Gemeenschap er geen partij toe is, inhoudelijk onmisbaar is om aan de algemene beginselen van gemeenschapsrecht een volledige inhoud te geven.⁵⁷

2. Internationale verdragen waartoe de Gemeenschap partij is

Arrest van het Hof van 5 juli 1994, *The Queen en Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Anastasiou Ltd*, zaak C-432/92

De interpretatie en toepassing door het Hof van verdragen waartoe de Gemeenschap partij is lijken vanuit twee richtingen geïnspireerd te worden. Het Hof houdt enerzijds en vooral rekening met de geldende regels van het volkenrecht, maar kijkt anderzijds toch ook naar de inpasbaarheid van zijn interpretatie in de gemeenschapsrechtsorde. Het arrest *Anastasiou* vormt hiervan een goed voorbeeld. Het betrof hier een geschil tussen de Britse overheid en Cypriotische exporteurs van groenten en fruit, met betrekking tot de invoer in het Verenigd Koninkrijk van citrusvruchten en aardappelen uit het door Turkije gecontroleerde Noord-Cyprus. De Britse overheid had de invoer niet toegestaan, omdat de douanedocumenten verwezen naar de «Turkse Republiek Noord-Cyprus». Het Hof werd door de High Court of Justice verzocht om de Associatieovereenkomst tussen de EEG en Cyprus prejudicieel te interpreteren.⁵⁸ Deze interpretatietaak kwam neer op het kiezen tussen, enerzijds, de technische bepalingen uit de in de Associatieovereenkomst vervatte handelsregeling, die enkel documenten van de «Staat van uitvoer» toestaan (dit betekent: de «Republiek Cyprus», aangezien dit de enige door de lid-staten erkende Cypriotische Staat is) en, anderzijds, artikel 5 van de Associatieovereenkomst, waarin staat dat «de handelsregeling tussen de Partijen bij de Overeenkomst niet mag leiden tot discriminatie tussen de onderdanen of vennootschappen van Cyprus» (hetgeen noodzaakt tot een soepele houding ten aanzien van invoer uit Noord-Cyprus). Het Hof nam als uitgangspunt voor zijn interpretatie het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 1969 en erkende op grond daarvan dat in belangrijke mate moest worden gekeken naar de doelstellingen van de Associatieovereenkomst. Daarop voortbouwend oordeelde het Hof dat artikel 5 zo'n doelstelling bevatte, maar dat de technische bepalingen uit de handelsregeling eveneens essentieel waren, namelijk om de overeenkomst in de praktijk te doen functioneren.⁵⁹ Het Hof oordeelde dat de balans moest doorslaan in het voordeel van de tweede finaliteit, ook indien dit de naleving van arti-

⁴⁹ Arrest van het Hof van 13 juli 1989, *Wachauf t. Duitsland*, zaak 5/88, *Jurispr.*, 2609.

⁵⁰ Het arrest *Wachauf* wordt uitgebreider samengevat door advocaat-generaal Gulmann in punt 18 van zijn conclusie in *Bostock*.

⁵¹ Punt 19.

⁵² Punt 29.

⁵³ Zie het arrest van het Hof van 18 juni 1991, *ERT*, zaak 260/89, *Jurispr.*, 1991, I-2925.

⁵⁴ Punten 29 en 32.

⁵⁵ Punt 33.

⁵⁶ Rechtsoverwegingen 16 en 17. Men vindt een soortgelijke vaststelling in het arrest van het Hof van 24 november 1993, *Etablissements Armand Mondiet t. Société Armement Islais*, zaak C-405/92, *Jurispr.*, 1993, I-6133, rechtsoverweging 55.

⁵⁷ Meer hierover in hoofdstuk II, C.

⁵⁸ De Associatieovereenkomst kwam tot stand in 1972 (*Pb.*, 1973, L 133), dus vóór het noordelijk gedeelte van Cyprus door Turkije werd bezet (invasie in 1974).

⁵⁹ Rechtsoverweging 43.

kel 5 in het gedrang bracht.⁶⁰ In dit oordeel van het Hof speelden ook enkele typische «gemeenschapsoverwegingen» mee, zoals het verzekeren van een uniforme toepassing van de Associatieovereenkomst in alle Lid-Staten.⁶¹

3. Internationale verdragen, zoals toegepast door de nationale rechter

Arrest van het Hof van 27 oktober 1993, *Van Gemert-Derks t. Bestuur van de Nieuwe Industriële Bedrijfsvereniging*, zaak C-337/91, *Jurispr.*, 1993, I-5435

Mevrouw Van Gemert-Derks was van oordeel dat de Nederlandse Algemene Weduwe- en Wezenwet geslachtsongelijkheid veroorzaakte op gebied van overlevingsuitkeringen. Ze uitte dit bezwaar voor een Nederlandse rechterlijke instantie, en deze was al gauw geneigd haar in het gelijk te stellen, op grond van artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, dat een algehele gelijkheid tussen man en vrouw voorschrijft. De Nederlandse rechter wendde zich echter eerst tot het Hof van Justitie, om te weten of de door hem geplande toepassing van artikel 26 IVBPR (dat elf lid-staten van de Gemeenschap bindt maar niet de Gemeenschap zelf) wel verenigbaar zou zijn met het gemeenschapsrecht. De rechter maakte zich vooral zorgen over het feit dat de gemeenschapswetgeving inzake gelijke behandeling tussen man en vrouw zich nog niet uitstrekte tot overlevingsuitkeringen, zodat zijn interpretatie een belangrijk verschil met het gemeenschapsrecht zou veroorzaken. Het Hof antwoordde dat het gemeenschapsrecht een nationale rechter niet belet om uit het IVBPR een verplichte gelijke behandeling tussen man en vrouw af te leiden inzake een materie die buiten het toepassingsgebied van gemeenschapswetgeving valt.⁶² Het Hof lijkt hiermee te suggereren dat de kaarten geheel anders zouden liggen ingeval het om een materie gaat die wél reeds door gemeenschapswetgeving geregeld wordt. Wat indien een nationale rechter zich in een dergelijk geval gedwongen voelt om het IVBPR of een andere bron van volkenrecht toe te passen op een wijze die afwijkt van het op zijn nationale rechtsorde primerende en rechtstreeks werkende gemeenschapsrecht? De vraag is of artikel 5 EG-Verdrag, dat ook de nationale rechter tot gemeenschapstrouw dwingt, hier in alle omstandigheden een stok tussen de wielen kan en mag steken.

4. Adviezen van het Internationaal Gerechtshof

Arrest van het Hof van 5 juli 1994, *The Queen en Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Anastasiou Ltd*, zaak C-432/92

⁶⁰ Het Hof verantwoordde dit laatste door op te merken dat de Turkse invasie nu eenmaal voor de toepassing van de Associatieovereenkomst op geheel Cyprus moeilijk op te lossen problemen meebracht (rechtsoverweging 37) en dat Noord-Cyprus desondanks wel hier en daar een graantje kon meepikken van de voordelen die de overeenkomst biedt (zoals de stadsvernieuwing van de gehele stad Nicosia, zie rechtsoverweging 45).

⁶¹ Rechtsoverweging 54.

⁶² Rechtsoverweging 17.

De Commissie trad in de zaak *Anastasiou*⁶³ op als interveniërende partij en formuleerde een opvallend argument. Ze betoogde dat «het beleid van niet-erkenning (ten aanzien van de «Turkse Republiek Noord-Cyprus») niet zover mag gaan dat de door een overeenkomst toegekende voordelen aan de Cypriotische bevolking worden onthouden», en ontleende deze mening aan een advies dat het Internationaal Gerechtshof ooit gaf in zake Namibië.⁶⁴ Het Hof oordeelde dat de Namibische en Cypriotische kwesties te sterk van elkaar verschilden om het advies van het Internationaal Gerechtshof analoog toe te passen.⁶⁵ Evenwel vermeldde noch het arrest van het Hof, noch de conclusie van de advocaat-generaal enig principieel bezwaar tegen het toekennen van precedentwaarde aan uitspraken van het Internationaal Gerechtshof in zaken die een sterke analogie zouden vertonen.

B. De relatieve immuniteit van internationale organisaties voor toepassing van gemeenschapsrecht

Arrest van 19 januari 1994, *SAT Fluggesellschaft t. Eurocontrol*, zaak C-364/92, *Jurispr.*, 1994, I-43

In dit prejudiciële arrest stelde het Hof dat Eurocontrol, een internationale organisatie die tot taak heeft de veiligheid van het luchtverkeer te verzekeren, geen onderneming is in de zin van de artikelen 86 en 90 EEG-Verdrag.⁶⁶ Aan deze beslissing ging de belangrijke discussie vooraf over de principiële mogelijkheid om gemeenschapsregels toe te passen op een internationale organisatie die een geheel andere entiteit dan de Gemeenschap vormt.⁶⁷

Eurocontrol stelde met klem dat het gemeenschapsrecht niet van toepassing kon zijn, aangezien de verhouding tussen twee internationale organisaties enkel beheerst wordt door het volkenrecht. Eurocontrol beriep zich met andere woorden op de immuniteit van jurisdictie van internationale organisaties, als uitdrukking van het soevereiniteitsadagium *par in parem non habet imperium*.

De tegenargumentatie van de Commissie, die in deze zaak optrad als interveniërende partij, was eveneens radicaal. De Commissie stelde dat «indien Eurocontrol wegens haar activiteiten als een onderneming zou moeten worden beschouwd, er geen enkele reden is om artikel 85 en volgende EEG-Verdrag op haar niet toe te passen, enkel omdat het om een internationale organisatie gaat».⁶⁸

Advocaat-generaal Tesauro koos vrij verrassend voor de zienswijze van de Commissie. De advocaat-generaal gaf weliswaar toe dat er verschillende opvattingen kunnen bestaan over de immuniteit van internationale organisaties, maar vond het onaanvaardbaar dat deze immuniteit absoluut zou

⁶³ Voor een ruimere analyse van deze zaak, zie punt 2 van dit hoofdstuk.

⁶⁴ Rechtsoverweging 35.

⁶⁵ Rechtsoverweging 49.

⁶⁶ Voor een verdere bespreking van dit arrest vanuit de invalshoek van het EEG-mededingingsrecht, zie I. MASELIS, *R. W.*, 1993-94, 1246.

⁶⁷ Bij Eurocontrol zijn, naast negen Lid-Staten van de Gemeenschap, ook vijf niet-Lid-Staten aangesloten.

⁶⁸ Als dusdanig samengevat door advocaat-generaal Tesauro in punt 6 van zijn conclusie.

zijn. De immuniteit van staten is immers ook beperkt tot uitingen van overheidsgezag, terwijl handelingen van economische aard niet gedekt worden door immuniteit. Tesauro oordeelde dat een dergelijk onderscheid des te meer van belang was voor internationale organisaties, waarvan een toenemend aantal economische handelingen verrichten.⁶⁹

De analyse van advocaat-generaal Tesauro werd overgenomen door het Hof. Het Hof kende derhalve geen immuniteit toe, maar onderzocht of Eurocontrol handelingen van economische aard verrichtte. Na rijp beraad oordeelde het Hof dat «in hun geheel beschouwd, de werkzaamheden van Eurocontrol wegens hun aard en hun doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen, neerkomen op het uitoefenen van prerogatieven inzake de controle en de politie van het luchtruim, die typische overheidsprerogatieven zijn».⁷⁰ Eurocontrol ontsnapte bijgevolg aan de toepassing van het EEG-Verdrag.

IV. RICHTLIJNEN ALS RECHTSBRON

A. Algemeen overzicht

Artikel 189 EG-Verdrag bepaalt dat richtlijnen de Lid-Staten binden wat het voorgeschreven resultaat betreft, terwijl de Lid-Staten de vorm en middelen mogen kiezen om dit resultaat te bereiken. In zijn arrest van 17 november 1993, *Commissie t. Spanje*, zaak C-71/92, *Jurispr.*, 1993, I-5923, heeft het Hof met nadruk herhaald dat de vrijheid om vorm en middelen te kiezen niet mag leiden tot vage omzetting-bepalingen. De omzetting van richtlijnen in de interne rechtsorde moet op een efficiënte wijze gebeuren, d.w.z. via duidelijke en precieze bepalingen die aan de rechtssubjecten geen twijfel laten over de inhoud van hun rechten en plichten.⁷¹

Indien een Lid-Staat nalaat een richtlijn om te zetten in nationale wetgeving of de richtlijn op onvoldoende wijze omzet, dan kan de richtlijn desondanks als rechtsbron fungeren binnen de interne rechtsorde. Het betreft hier de welbekende «rechtstreekse werking», die concreet inhoudt dat particulieren aan de niet-omgezette richtlijn subjectieve rechten kunnen ontleen en deze kunnen inroepen voor de nationale rechter.⁷² Deze zal de richtlijn dan voorrang moeten verlenen boven het nationale recht. Er bestaan wel een drietal beperkingen.

Ten eerste moeten de bepalingen van de richtlijn duidelijk, precies en onvoorwaardelijk zijn. Dit is lang niet altijd het geval. Een voorbeeld vindt men in het arrest van het Hof van 23 februari 1994, *Comitato di coordinamento per la difesa della Cava*, zaak C-236/92, *Jurispr.*, 1994, I-483, waarin aan artikel 4 van Richtlijn 75/442/EEG betreffende afvalstoffen elke rechtstreekse werking onzegd werd, omdat die bepaling slechts het kader afbakt waarbinnen de Lid-Staten hun af-

valstoffenverwerking moeten regelen en dus allesbehalve nauwkeurig en onvoorwaardelijk is.⁷³

Ten tweede kan men een rechtstreeks werkende richtlijn enkel in «verticale» rechtsverhoudingen inroepen. Dit betekent dat een particulier de rechten die hij aan een richtlijn ontleent enkel ten aanzien van de overheid mag afdwingen, en niet «horizontaal» ten aanzien van andere particulieren. Het Hof baseert dit onderscheid op het feit dat enkel de lidstatelijke overheid schuld treft aan het niet tijdig of verkeerd omzetten van een richtlijn, terwijl particulieren onder geen enkele verplichting vallen: de richtlijn is niet tot hen gericht, dus de inhoud ervan kan hen slechts binden na omzetting in een nationale wet.⁷⁴ Deze – op zich correcte – redenering belet niet dat de niet-erkenning van horizontale rechtstreekse werking grote nadelen met zich meebrengt. Deze zijn in de voorbije jaren krachtig geformuleerd door meerdere advocaten-generaal bij het Hof, in de hoop het Hof tot een ommekeer in zijn rechtspraak te bewegen.⁷⁵ Voorlopig geven de rechters echter geen duimbreed toe, zoals blijkt uit het arrest van het Hof van 14 juli 1994, *Faccini Dori*, zaak C-91/92.⁷⁶ Paola Faccini Dori had op een losse stand in het centraal station van Milaan een cursus Engels besteld. Enkele dagen nadien wilde ze haar bestelling annuleren, hetgeen tot een geschil leidde met de organisator van de cursus, die haar meteen daagde voor de rechter om het geld op te eisen. Daar beriep Faccini Dori zich op Richtlijn 85/577/EEG van de Raad die ter bescherming van de consument in een recht voorziet om contracten die gesloten zijn buiten de commerciële nederzetting van de verkoper of dienstverlener binnen zeven dagen op te zeggen. Italië had verzuimd deze richtlijn om te zetten. Faccini Dori's zaak kwam via een prejudiciële verwijzing bij het Hof van Justitie terecht. Het Hof oordeelde dat de richtlijn voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk was om rechtstreeks te werken, maar herhaalde vervolgens zijn traditionele bezwaren tegen horizontale werking,⁷⁷ dit ondanks het vurige pleidooi van advocaat-generaal Lenz om in deze typische zaak de horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen eindelijk te erkennen. Het Hof voegde er wel aan toe dat de nationale rechter op grond van zijn gemeenschapstrouw⁷⁸ verplicht was de ter zake geldende nationale bepalingen zoveel als mogelijk conform de tekst en de geest

⁷³ Rechtsoverwegingen 8-15.

⁷⁴ Zie het arrest van het Hof van 26 februari 1986, *Marshall v. Southampton and South West Area Health Authority*, zaak 152/84, *Jurispr.*, 1986, 723.

⁷⁵ Zie bijvoorbeeld de conclusies van advocaat-generaal VAN GERVEN in *Marshall t. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, zaak C-271/91, *Jurispr.*, 1993, I-4367, en van advocaat-generaal JACOBS in *VANEETVELD* (BEHANDELD IN HOOFDSTUK IV, B). DE NIET-ERKENNING VAN HORIZONTALE RECHTSTREEKSE WERKING VEROORZAAKT VOORAL EEN GEBREK AAN UNIFORMITEIT, HETGEEN VAAK TOT ONBILIJKE RESULTATEN LEIDT. ZO KAN ER BIJVOORBEELD CONCURRENTIEVERVALSING OPTREDEN TUSSEN ONDERNEMINGEN UIT LID-STATEN WAARIN EEN RICHTLIJN IS OMGEZET ENERZIJD EN ONDERNEMINGEN UIT LID-STATEN WAARIN DIEZELFDE RICHTLIJN NIET IS OMGEZET ANDERZIJD. TEGEN DE EERSTE CATEGORIE VAN ONDERNEMINGEN ZAL DE RICHTLIJN IMMER TEGENWERPELIJK ZIJN, TEGEN DE TWEEDE NIET.

⁷⁶ Voor uitgebreidere duiding van dit arrest, zie L. VAN DEN HENDE, *R.W.*, 1994-95, 683.

⁷⁷ Rechtsoverwegingen 20-24.

⁷⁸ Artikel 5 EG-Verdrag.

⁶⁹ Punt 6, in fine.

⁷⁰ Rechtsoverweging 30.

⁷¹ Rechtsoverweging 23.

⁷² Zie het arrest van het Hof van 5 februari 1963, *Van Gend en Loos t. Nederlandse Belastingadministratie*, zaak 26/62, *Jurispr.*, 1963, IX-1.

van de richtlijn uit te leggen.⁷⁹ Verder verwees het Hof ook naar zijn *Franovich*-aansprakelijkheidsleer.⁸⁰

Een derde beperking heeft betrekking op de omzettingstermijn. Het spreekt immers vanzelf dat men slechts rechten aan een richtlijn kan ontleen wanneer de termijn die aan de lid-staten wordt toegekend om de richtlijn om te zetten verstreken is. Elke richtlijn bepaalt zelf de toepasselijke omzettingstermijn. Het tijdstip waarop een richtlijn rechtstreeks begint te werken is dus doorgaans gemakkelijk vast te stellen. Toch heeft het Hof in de zaak *Vaneetveld* een belangrijke precisering moeten toevoegen. Dit wordt nu besproken.

B. De ontstaansdatum van rechtstreekse werking

Arrest van het Hof van 3 maart 1994, *Vaneetveld t. Le Foyer en Le Foyer t. FMSS*, zaak C-316/93, *Jurispr.*, 1994, I-763.

Wanneer aan alle overige voorwaarden is voldaan, werkt een richtlijn rechtstreeks vanaf het verstrijken van haar omzettingstermijn. In *Vaneetveld* ging het om Richtlijn 84/5/EEG betreffende aansprakelijkheidsverzekeringen inzake motorrijtuigen. Artikel 3 van deze richtlijn bepaalt dat verzekeringsovereenkomsten de familieleden van de verzekeringnemer niet van het recht op een uitkering mogen uitsluiten. De richtlijn gaf de lid-staten tot 31 december 1987 de tijd om de bepalingen in nationale wetgeving om te zetten, maar kende de Lid-Staten wel een extra jaar toe om de omgezette bepalingen ook effectief toe te passen. De richtlijn voorzag dus zowel in een omzettingsdatum (31 december 1987) als in een toepassingsdatum (31 december 1988). Op 2 mei 1988 raakten J. Dubois en N. Vaneetveld, beiden van Belgische nationaliteit, betrokken in een ongeval. Le Foyer, de verzekeringsmaatschappij van Dubois, weigerde aan Vaneetveld schadevergoeding te betalen, omdat zij als echtgenote van Dubois contractueel van de verzekering was uitgesloten. Vervolgens werd Le Foyer door Vaneetveld gedaagd voor de Rechtbank van Koophandel te Hoei. Aangezien België nog nergens stond met de omzetting van de richtlijn,⁸¹ beriep Vaneetveld zich op de rechtstreekse werking van artikel 3 van de richtlijn, hierbij aanvoerend dat de omzettingstermijn verstreken was op het ogenblik van de feiten. Hierop vroeg de Belgische rechter aan het Hof van Justitie vanaf welke datum hij aan de richtlijn rechtstreekse werking moest toekennen. In zijn antwoord koos het Hof in eenvoudige bewoor-

dingen voor 31 december 1988,⁸² waaruit kennelijk de algemene regel volgt dat, telkens wanneer een richtlijn meerdere termijnen bepaalt, de toepassingstermijn het enige temporele criterium vormt inzake rechtstreekse werking. Allicht baseert het Hof deze regel op de redenering dat, indien men de richtlijn rechtstreeks zou laten werken vóór het verstrijken van de toepassingsdatum, men aan de richtlijn meer bindende kracht zou verlenen dan ze op dat moment beoogt te hebben. Uit *Vaneetveld* blijkt bovendien dat deze redenering ook geldt wanneer achteraf blijkt dat de Lid-Staat de richtlijn nog niet heeft omgezet op de toepassingsdatum.

C. Geldigheidstoetsing door de nationale rechter van correcte omzettingsebepalingen

Arrest van het Hof van 25 januari 1994, *Angelopharm GmbH t. Freie und Hansestadt Hamburg*, zaak C-212/91, *Jurispr.*, 1994, I-171

Angelopharm wilde het door haar vervaardigde «Setaderm», een cosmetisch produkt ter bestrijding van haaruitval, in de handel brengen, maar stuitte hierbij op een Duitse verordening die alle OHP-bevattende cosmetica, waaronder Setaderm, verbod. Het verbod was gebaseerd op het vermoeden dat OHP schadelijk kon zijn voor de gezondheid. Angelopharm vroeg aan het Verwaltungsgericht Hamburg om een deskundigenonderzoek te gelasten en op basis daarvan vast te stellen dat Setaderm in de handel gebracht mocht worden. Toen het onderzoek inderdaad uitwees dat OHP geen gevaar opleverde voor de gezondheid, oordeelde de rechter dat het verbod strijdig was met een Duitse wet van 1974, zodat hij geneigd was het verbod ongeldig te verklaren. Intussen had echter ook de Commissie een richtlijn vastgesteld die OHP-bevattende cosmetica verbod. Een ongeldigverklaring van het Duitse verbod zou dus tegelijk de omzetting van de richtlijn in de Duitse rechtsorde ongedaan maken. De rechter vroeg aan het Hof van Justitie of hij in deze omstandigheden tot de ongeldigheid van het Duitse verbod mocht besluiten en ook of de richtlijn van de Commissie überhaupt wel geldig was. Het Hof onderzocht eerst deze laatste vraag en concludeerde dat de richtlijn wegens schending van een wezenlijk vormvoorschrift ongeldig was.⁸³ Bijgevolg verloor de eerste vraag haar relevantie voor het geding, zodat ze onbeantwoord bleef. Toch werd het vraagstuk in twee opzichten belicht.

Ten eerste heeft het Hof de eerste vraag van het Verwaltungsgericht wel geherformuleerd en daardoor de ruime draagwijdte ervan aangetoond. Het Hof stelde als volgt: «De verwijzende rechter vraagt zich af, of hij de wettigheid mag beoordelen van een nationale regeling die een door een communautaire richtlijn voorgeschreven verbod omzet in nationaal recht, en waarvan de bepalingen in wezen identiek zijn met die van de richtlijn.»⁸⁴

⁸² Rechtsoverwegingen 18-19. Overigens zou Vaneetveld bij andersluidend antwoord van het Hof nog steeds gebotst zijn op de niet-erkenning van horizontale rechtstreekse werking. Voor een verdere analyse van het arrest vanuit deze invalshoek, zie W. DEVROE, *R. W.*, 1994-95, 130.

⁸³ Rechtsoverwegingen 19-42.

⁸⁴ Rechtsoverweging 17.

⁷⁹ De plicht tot richtlijnconforme interpretatie werd grondig door het Hof belicht in zijn arresten van 13 november 1990, *Marleasing*, zaak C-106/89, *Jurispr.*, 1990, I-4135, en van 16 december 1993, *Wagner Miret*, zaak C-334/92, *Jurispr.*, 1993, I-6911.

⁸⁰ Deze aansprakelijkheidsleer verzacht de afwezigheid van horizontale rechtstreekse werking, doordat ze aan particulieren het recht toekent om voor de nationale rechter een vergoeding te eisen van de nationale overheid die verzuimd heeft de richtlijn om te zetten (arrest van het Hof van 19 november 1991, *Franovich en Bonifaci t. Italië*, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Jurispr.*, 1991, I-5357). Een dergelijke vergoeding compenseert dan de schade die men lijdt doordat men rechten die men bij een tijdige omzetting had kunnen afdwingen t.a.v. een particulier, nu niet kan inroepen.

⁸¹ De omzetting zou pas plaatsvinden in 1989. De nieuwe bepalingen werden pas toegepast op de lopende aansprakelijkheidsverzekeringsovereenkomsten in 1991.

Ten tweede komt het vraagstuk aan bod in de conclusie van advocaat-generaal Jacobs. Deze was namelijk van mening dat de richtlijn geldig was, zodat hij de eerste vraag van het Verwaltungsgericht wél moest onderzoeken. De redenering van Jacobs vormt mogelijk een voorsmaakje van het antwoord van het Hof bij een latere gelegenheid. Volgens de advocaat-generaal moet men kijken naar de gronden waarop men de nationale regeling ongeldig wil verklaren. Indien die gronden ook de geldigheid van de richtlijn in twijfel trekken, dan mag de nationale rechter de nationale regeling niet ongeldig verklaren.⁸⁵ Integendeel, hij moet de nationale regeling dan toepassen.⁸⁶ Jacobs verwijst hierbij naar de arresten *Foto-Frost*⁸⁷ en *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*⁸⁸, waarin het Hof stelde dat nationale rechters onbevoegd zijn om communautaire bepalingen ongeldig te verklaren. Jacobs past zijn analyse, die duidelijk het primaat van het gemeenschapsrecht wil garanderen, als volgt toe op *Angelopharm*. Het deskundigenonderzoek heeft uitgewezen dat OHP geen gevaar oplevert voor de gezondheid. Het verbod op OHP is dan ook duidelijk onevenredig met het doel dat door dit verbod wordt beoogd, nl. de volksgezondheid. Ook de richtlijn van de Commissie, die hetzelfde verbod bevat, heeft tot doel de volksgezondheid te beschermen. Bovendien is onevenredigheid ook in de communautaire rechtsorde een grond tot ongeldigheid. Dus zou de Duitse rechter, bij ongeldigverklaring van het Duitse verbod op grond van onevenredigheid, de geldigheid van de richtlijn in twijfel trekken.

V. RECHTSBESCHERMING

A. De verdragsschendingsprocedure tegen de Lid-staten

Arrest van het Hof van 1 juni 1994, *Commissie t. Duitsland*, zaak C-317/92

Het Hof heeft er reeds in talloze arresten op gewezen dat de Commissie over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt inzake het instellen van een 169-procedure. De Commissie beslist vrij en zonder termijnbeperking of ze een overtredende of nalatige lid-staat al dan niet voor het Hof van Justitie daagt.⁸⁹ In zijn arrest van 1 juni 1994 heeft het Hof verklaard dat deze discretionaire bevoegdheid ook immuun is voor het algemene beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen.⁹⁰ Dit beginsel was door Duitsland ingeroepen, omdat de Commissie pas twee jaar na het afronden van de voorbereidende procedure⁹¹ de zaak aanhangig had gemaakt en bovendien tijdens een intussen georganiseerde bilaterale bijeenkomst de verdragsschending niet meer ter

sprake had gebracht. Het Hof stelde principieel dat de timing van de Commissie geen invloed kan hebben op de ontvankelijkheid van de vordering, zodat er bij de lid-staat ook geen gewettigd vertrouwen kan ontstaan dat de procedure is afgesloten.⁹²

B. Het beroep tot nietigverklaring

1. Instellingen waardoor en waartegen een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld

Met uitzondering van de alinea's betreffende het recht van particulieren om beroepen tot nietigverklaring in te stellen (voor nieuwe rechtspraak hierover, zie punt 3 van dit hoofdstuk) en betreffende de ontvankelijkheidstermijn (zie punt 4 van dit hoofdstuk), werd artikel 173 EEG-Verdrag grondig gewijzigd door het Unieverdrag. De eerste alinea van artikel 173 EG-Verdrag bevat nu een nieuwe opsomming van de instellingen tegen welke men een beroep tot nietigverklaring kan instellen: de Raad, de Commissie en de Europese Centrale Bank (voor zover het geen aanbevelingen of adviezen betreft), en het Europees Parlement (voor zover het handelingen met rechtsgevolgen voor derden betreft). De twee volgende alinea's kennen aan dezelfde instellingen ook het recht toe om zelf beroepen tot nietigverklaring in te stellen. De Europese Centrale Bank en het Europees Parlement kunnen dit echter enkel doen «ter vrijwaring van hun eigen prerogatieven». Het recht om tegen het Parlement een beroep tot nietigverklaring in te stellen en het recht van het Parlement om «ter bescherming van zijn prerogatieven» zelf een dergelijk beroep in te stellen kwamen niet voor in het EEG-Verdrag maar waren desondanks erkend door het Hof van Justitie.⁹³

Enkele arresten uit het voorbije gerechtelijk jaar hebben het recht van het Parlement om een beroep tot nietigverklaring in te stellen wat scherper afgelijnd. In twee andere, onderling identieke zaken, heeft het Hof duidelijk gemaakt dat enkel tegen gemeenschapsinstellingen een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld, zonder mogelijke interpretatieve uitbreiding (zoals destijds ten aanzien van het Parlement gebeurde in *Les Verts*) naar politieke instellingen van de Unie, zoals de Europese Raad.

Arrest van het Hof van 2 maart 1994, *Parlement t. Raad*, zaak C-316/91, *Jurispr.*, 1994, I-625; Arrest van het Hof van 1 juni 1994, *Parlement t. Raad*, zaak C-388/92; Arrest van het Hof van 28 juni 1994, *Parlement t. Raad*, zaak C-187/93

Uit deze arresten blijkt dat het Hof zich breeddenkend opstelt inzake de ontvankelijkheid van door het Parlement ingestelde beroepen tot nietigverklaring. Het Hof wil het institutionele evenwicht binnen de Gemeenschap nauwlettend handhaven en behandelt daarom elke eis van het Parlement waarin deze «duidelijk aangeeft, welk van zijn prerogatieven

⁸⁵ Punt 69.

⁸⁶ Punt 77.

⁸⁷ Arrest van het Hof van 22 oktober 1987, zaak 314/85, *Jurispr.*, 1987, 4199.

⁸⁸ Arrest van het Hof 21 februari 1991, gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89, *Jurispr.*, 1991, I-415.

⁸⁹ Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van 10 december 1968, *Commissie t. Italië*, zaak 7/68, *Jurispr.*, 1968, 589.

⁹⁰ Meer over dit beginsel in hoofdstuk II, A.

⁹¹ Artikel 169, eerste alinea, EG-Verdrag bepaalt dat de Commissie, alvorens ze de zaak aanhangig kan maken, een met redenen omkleed advies moet uitbrengen en de lid-staat in de gelegenheid moet stellen zijn opmerkingen te maken.

⁹² Rechtsoverweging 4.

⁹³ Arresten van het Hof van 23 april 1986, *Parti écologiste «Les Verts» t. Parlement*, zaak 294/83, *Jurispr.*, 1986, 1339, en van 22 mei 1990, *Parlement t. Raad*, zaak C-70/88, *Jurispr.*, 1990, I-2041.

moet worden geëerbiedigd en op welke wijze inbreuk op dit prerogatief zou zijn gemaakt». ⁹⁴

De soepele invulling van het zopas geciteerde criterium blijkt vooral uit het arrest van 2 maart. Het Hof besliste er over een conflict betreffende het Financieel Reglement van de Vierde ACS-EEG Overeenkomst. ⁹⁵ De Raad had als rechtsgrondslag voor het Reglement het Intern Akkoord betreffende het Europees Ontwikkelingsfonds aangeduid. Het Intern Akkoord verplicht niet tot een voorafgaande raadpleging van het Europees Parlement om het Financieel Reglement vast te stellen, maar de Raad had niettemin het Parlement geraadpleegd. In zijn beroep tot nietigverklaring verwees het Parlement naar artikel 209 EEG-Verdrag, dat een juistere rechtsgrondslag voor het Financieel Reglement zou vormen en dat formeel tot raadpleging van het Parlement verplicht. Het Hof oordeelde dat het Parlement hiermee voldoende duidelijk naar een prerogatief verwees, ook al had er in feite een vrijwillige raadpleging plaatsgevonden. ⁹⁶

Tevens neemt het Hof het Parlement stevig in bescherming wanneer het gaat om handelingen van de Raad waarvoor het Parlement oorspronkelijk wel werd geraadpleegd, maar waarvan de inhoud na deze raadpleging nog wezenlijk gewijzigd werd zonder raadpleging. Het Hof oordeelde reeds in eerdere zaken dat dergelijke handelingen aangetast zijn door een inbreuk op een prerogatief van het Parlement, tenzij de wijzigingen precies beantwoorden aan verlangens die het Parlement bij de oorspronkelijke raadpleging had uitgedrukt. ⁹⁷ In zijn arrest van 1 juni 1994 heeft het Hof deze regel verder verfijnd, ten gunste van het Parlement. Het Hof oordeelde namelijk dat «bij het onderzoek van de vraag, of de door de Raad aangebrachte wijzigingen overeenstemmen met de wens van het Parlement, niet mag worden afgegaan op de standpunten die vóór de goedkeuring van de wetgevingsresolutie waarmee de raadplegingsprocedure wordt afgesloten, door commissies van het Parlement zijn uitgedrukt». ⁹⁸

Ondanks zijn soepele ontvankelijkheidsbeoordeling blijft het Hof de door het Parlement ingestelde beroepen nauwlettend ontleden. Dit blijkt uit het arrest van 28 juni, waarin het Parlement om de nietigverklaring verzocht van een afvalstoffenverordening, omdat deze op artikel 130 S EEG-Verdrag was gebaseerd en niet op de artikelen 100 A en 113 EEG-Verdrag. ⁹⁹ De eis werd prompt door het Hof onontvankelijk verklaard voor zover artikel 113 EEG-Verdrag erin

vermeld werd. Dit artikel voorziet immers in geen enkele deelneming van het Parlement aan de wetgevingsprocedure. ¹⁰⁰

Beschikking van het Gerecht van 14 juli 1994, *Roujansky t. Raad*, in zaak T-584/93; Beschikking van het Gerecht van 14 juli 1994, *Bonnamy t. Raad*, in zaak T-179/94

De heren Roujansky en Bonnamy stelden een beroep tot nietigverklaring in tegen de verklaring van de Europese Raad van 29 oktober 1993 betreffende de inwerkingtreding van het Unieverdrag, en tegen het Unieverdrag zelf. De griffie van het Gerecht schreef de zaken in als «Roujansky t. Raad van de Europese Unie» en «Bonnamy t. Raad van de Europese Unie». Deze terminologische aanduiding suggereert verkeerdelijk dat de vordering tegen de in de artikelen 145-154 EG-Verdrag beschreven Raad van Ministers gericht was, ¹⁰¹ terwijl nochtans duidelijk de Europese Raad, ¹⁰² die, zoals artikel D Unieverdrag bepaalt, de algemene politieke beleidslijnen van de Unie vaststelt, de verwerende partij was.

Het Gerecht verklaarde de eisen onontvankelijk, in de eerste plaats omdat de Europese Raad niet genoemd wordt in artikel 173, eerste alinea, EG-Verdrag. ¹⁰³ Deze uitspraak doet vermoeden dat men de opsomming van de instellingen waartegen een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld nu wel als exhaustief mag beschouwen, in tegenstelling tot de opsomming in de vorige versie van artikel 173, waar het Europees Parlement via rechtspraak aan toegevoegd werd.

Verder verwees het Gerecht nog naar artikel L van het Unieverdrag, waaruit de onbevoegdheid van het Hof ten aanzien van handelingen van de Europese Raad ten overvloede kan worden afgeleid, ¹⁰⁴ en naar de gemeenschapsoverstijgende aard van het Unieverdrag, dat dus onmogelijk als een «handeling van een gemeenschapsinstelling» in de zin van artikel 173 EG-Verdrag kan worden gekwalificeerd. ¹⁰⁵

2. De vereiste aanwezigheid van een juridisch bindende handeling

Arrest van het Hof van 16 juni 1994, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a. t. Commissie*, zaak C-39/93 P

Hof van 17 maart 1993, *Commissie t. Raad*, zaak C-155/91, nog niet gepubliceerd). In zijn arrest van 28 juni 1994 kwam het Hof eveneens tot de conclusie dat het aspect interne markt slechts bijkomstig was, zodat het Parlement in het ongelijk gesteld werd.

¹⁰⁰ Rechtsoverweging 15.

¹⁰¹ Krachtens Besluit 93/591/EU van de Raad van 8 november 1993 (*Pb.*, 1993 L 281/18) wordt de Raad voortaan aangeduid als «Raad van de Europese Unie».

¹⁰² Deze bestaat uit de staatshoofden en regeringsleiders van de Lid-Staten en de voorzitter van de Commissie.

¹⁰³ Respectievelijk in de rechtsoverwegingen 10 (*Bonnamy*) en 12 (*Roujansky*).

¹⁰⁴ Artikel L bepaalt dat het Hof slechts bevoegd is inzake materies die vallen onder de artikelen G, H en I (dit zijn de wijzigingen van het EEG-Verdrag, het EGKS-Verdrag en het Euratom-Verdrag), artikel K.3, lid 2, onder c, derde alinea, en de artikelen L tot en met S. Zo ontsnappen de in artikel D thuishorende algemene politieke beleidsverklaringen van de Europese Raad aan de bevoegdheid van het Hof.

¹⁰⁵ Rechtsoverwegingen 11-13 (*Bonnamy*) en 13-15 (*Roujansky*).

⁹⁴ Rechtsoverwegingen 12 en 13 uit het arrest van 2 maart.

⁹⁵ Ook wel aangeduid als het «Vierde Loméverdrag».

⁹⁶ Rechtsoverweging 16.

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld arrest van het Hof van 16 juli 1992, *Parlement t. Raad*, zaak C-65/90, *Jurispr.*, 1992, I-4593.

⁹⁸ Rechtsoverweging 17.

⁹⁹ De discussie omtrent de juiste rechtsgrondslag van gemeenschapswetgeving die zowel het milieu als de interne markt aanbelangt was reeds tweemaal het voorwerp van een geschil tussen de Commissie en de Raad. Het Hof ontwikkelde de leer dat bij een min of meer gelijk gewicht van beide aspecten (milieu en interne markt) artikel 100 A EEG-Verdrag voorrang geniet, omdat het meer wetgevende macht aan het Parlement toekent dan artikel 130 S EEG-Verdrag. Het Hof paste deze regel positief toe in het eerste geschil (arrest van het Hof 11 juni 1991, *Commissie t. Raad*, zaak C-300/89, *Jurispr.*, 1991, I-2896). In de tweede zaak oordeelde het Hof dat de band met interne markt slechts bijkomstig was, zodat artikel 130 S EEG-Verdrag een geschikte rechtsgrondslag vormde (arrest van het

Een beroep tot nietigverklaring kan enkel worden ingesteld tegen een gemeenschapshandeling die een definitieve en onherroepelijke verandering veroorzaakt in de juridische positie van de eiser.¹⁰⁶ Dit betekent dat zelfs informeel ogende documenten aangevochten kunnen worden, indien ze maar de rechtspositie van de betrokkene definitief vaststellen. Vooral de annulatieberoepen van ondernemingen tegen in brieven geformuleerde beslissingen van de Commissie leveren in dit verband traditioneel problemen op: de Commissie maakt in haar brieven dikwijls geen al te duidelijke vermelding van het voorlopige of definitieve karakter van de in die brieven vervatte conclusies.¹⁰⁷

SFEI diende in 1990 een klacht in bij de Commissie, met betrekking tot logistieke en commerciële steun die door de Franse Post aan een met SFEI concurrerend snelpostbedrijf, de Société française de messagerie internationale, verleend werd. SFEI achtte de steun strijdig met het mededingingsrecht van de Gemeenschap en vroeg daarom aan de Commissie een onderzoek in te stellen en eventueel sancties te treffen. In 1992 meldde de Commissie in een brief aan SFEI dat zij een en ander had onderzocht, maar dat een aantal beschikkingen die de Commissie vroeger reeds in het algemeen had vastgesteld betreffende de internationale snelpost een voldoende kader vormden om een ongestoorde concurrentie tussen de verschillende marktdeelnemers te garanderen. Bovendien bevatte de brief de volgende zin: «Ik ben mij ervan bewust, dat u had gehoopt, dat de Commissie de hele procedure van artikel 86 zou volgen.» SFEI beschouwde de brief als een definitieve verwerping van haar klacht en stelde hiertegen een annulatieberoep in voor het Gerecht van eerste aanleg. Dit verklaarde het beroep zeer verrassend onontvankelijk, menend dat de brief slechts «een handeling in een voorafgaande fase van het onderzoek (was), die slechts een eerste reactie van de diensten van de Commissie bevatte».¹⁰⁸ SFEI ging tegen deze beschikking van het Gerecht in beroep voor het Hof van Justitie.

In zijn arrest van 16 juni 1994 heeft het Hof niet alleen brandhout gemaakt van de beoordeling van het Gerecht,¹⁰⁹ maar ook de centrale voorwaarde voor het aanvechten van een in een brief meegedeeld standpunt beklemtoond. Het Hof stelt dat een brief enkel als een voorafgaande of voorbereidende standpuntbepaling mag worden aangemerkt wanneer de Commissie in haar brief de adressaat nog uitnodigt om aanvullende opmerkingen te maken.¹¹⁰ Andere elementen waarop het Gerecht zijn beoordeling had gebaseerd wor-

den door het Hof als irrelevant afgedaan.¹¹¹ Hiermee bouwt het Hof voort op een belofte die de Commissie zelf enkele jaren voordien had gemaakt. In haar verslag over het mededingingsbeleid van 1990 stelde de Commissie immers dat «de adresstaten steeds zullen worden verzocht om hun bijkomende opmerkingen aan de Commissie toe te zenden binnen een redelijke termijn die in de brief uitdrukkelijk zal worden bepaald, bij gebreke waarvan de klacht zal worden geacht geseponeerd te zijn».¹¹²

3. De rechtstreekse en individuele geraaktheid van particulieren

Arrest van het Hof van 18 mei 1994, *Codorniu t. Raad*, zaak C-309/89, *Jurispr.*, 1994, I-1879¹¹³

Artikel 173, vierde alinea, EG-Verdrag¹¹⁴ stelt dat een natuurlijke of rechtspersoon een beroep tot nietigverklaring mag instellen tegen «tot hem gerichte beschikkingen, alsmede tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks en individueel raken». Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat particulieren slechts moeizaam als «individueel geraakt» worden aangemerkt.¹¹⁵ Het Hof laat zich immers leiden door het zogeheten «gesloten-groepcriterium», hetgeen betekent dat de eiser moet aantonen dat hij tot een groep door de bestreden gemeenschapshandeling getroffen particulieren behoort waarvan het aantal met zekerheid kon worden vastgesteld bij het ontstaan van de gemeenschapshandeling. Een recente illustratie vindt men in het arrest van het Hof van 7 december 1993, *Federazione sindacale italiana dell'industria estrattiva e.a. t. Commissie*, zaak C-6/92. Het betrof hier een zeer specifieke beschikking van de Commissie (over een bepaald type van vervoer van een bepaald type grondstof op de eilanden Sardinië en Sicilië), waarvan de nietigverklaring werd geëist door enkele ernstig getroffen Siciliaanse en Sardijnse ondernemingen. Het Hof verklaarde hun eis onontvankelijk, oordelend dat tot de groep geraakte particulieren onder meer ook de klanten van de eisende ondernemingen gerekend moesten worden, waarvan het aantal niet met zekerheid kon worden vastgesteld.¹¹⁶

¹¹¹ Onder meer de verdragsartikelen die in de klacht enerzijds en in de brief van de Commissie anderzijds worden genoemd (zie rechtsoverweging 31).

¹¹² Volledig citaat in rechtsoverweging 17 van het arrest. SFEI had dit beleidsverslag van de Commissie opgenomen in haar argumentatie.

¹¹³ Deze zaak werd reeds besproken in de «Europese rechtspraak in kort bestek» (J. VANHAMME, *R.W.*, 1994-95, 653). Hetgeen nu volgt is een bredere situering van het arrest in de ontvankelijkheidsrechtspraak van het Hof.

¹¹⁴ Een letterlijke overname van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag.

¹¹⁵ Sinds kort is het Gerecht van eerste aanleg met uitsluiting bevoegd voor alle door particulieren ingestelde beroepen tot nietigverklaring. De belangrijkste precedenten inzake individuele geraaktheid zijn vooralsnog arresten van het Hof van Justitie.

¹¹⁶ Rechtsoverwegingen 14 en 15. Voor nog meer afwijzingen op grond van ontbrekende individuele geraaktheid, zie de beschikkingen van het Gerecht van 28 oktober 1993, *FRSEA e.a. t. Raad*, zaak

¹⁰⁶ Arrest van het Hof van 11 november 1981, *IBM t. Commissie*, zaak 60/81, *Jurispr.*, 1981, 2651.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld de zaak *Automec t. Commissie* (zaak T-64/89, beslist door het Gerecht op 10 juli 1990, *Jurispr.*, 1990, II-367), en de zaak *BEUC* (zaak T-37/92, *Europees Bureau van Consumentenverenigingen (BEUC) t. National Consumer Council*, beslist door het Gerecht op 18 mei 1994).

¹⁰⁸ Beschikking van het Gerecht van 30 november 1992, *SFEI e.a. t. Commissie*, zaak T-36/92, *Jurispr.*, 1992, II-2479, rechtsoverwegingen 42 en 43.

¹⁰⁹ Rechtsoverweging 29. Alleen al de hier geciteerde zin uit de brief maakte volgens het Hof duidelijk dat de houding van de Commissie definitief was.

¹¹⁰ Rechtsoverweging 30.

Sinds enkele jaren stelt het Hof zich wel soepeler op in het domein van anti-dumping. In het arrest *Extramet* van 16 mei 1991 aanvaardde het Hof dat een anti-dumpingmaatregel met algemene strekking een onderneming individueel kan raken op grond van haar bijzondere marktpositie of op grond van de ernstige gevolgen die de maatregel voor haar veroorzaakt.¹¹⁷ Het is duidelijk dat dit «impactcriterium» veel gemakkelijker tot ontvankelijkheid leidt dan het «gesloten-groepcriterium».

De zaak *Codorniú* vertoonde een aantal opvallende gelijkenissen met *Extramet*, maar betrof een wijn- in plaats van een anti-dumpingverordening. Het Hof heeft hier, onder impuls van advocaat-generaal Lenz, het impactcriterium uitgebreid naar landbouwzaken. Dit stimuleert de hoop dat het soepelere regime ten aanzien van door particulieren ingestelde beroepen tot nietigverklaring geleidelijk veralgemeend zal worden. Het is in dit opzicht niet onbelangrijk dat de uitspraak in *Codorniú* de precedentwaarde van het arrest in de nagenoeg indentieke wijnzaak *Deutz und Geldermann*,¹¹⁸ dat als een schoolvoorbeeld van het «gesloten-groepcriterium» geldt, fel verzwakt.

4. Een bijzondere implicatie van het verstrijken van de ontvankelijkheidstermijn voor een rechtstreeks en individueel geraakte particulier

Arrest van het Hof van 9 maart 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf t. Duitsland*, zaak C-188/92, *Jurispr.*, 1994, I-833

Krachtens artikel 173, vijfde alinea, EG-Verdrag, kan een beroep tot nietigverklaring worden ingesteld binnen twee maanden vanaf de dag van bekendmaking van de gemeenschapshandeling, of, indien er geen algemene bekendmaking is, vanaf de dag waarop aan de verzoeker kennis is gegeven of, bij gebreke daarvan, vanaf de dag waarop hij feitelijk van de gemeenschapshandeling kennis heeft gekregen.¹¹⁹

Het bedrijf Textilwerke Deggendorf (TWD) had in het begin van de jaren tachtig subsidies gekregen van de Duitse overheid. In 1986 bepaalde de Commissie in een beschikking, gericht tot de Bondsrepubliek, dat deze overheidssteun onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt en dat Duitsland derhalve verplicht was de subsidies van TWD terug te vorderen. Het spreekt vanzelf dat zowel de Duitse overheid als TWD, dat met naam in de beschikking werd genoemd en van de beschikking in kennis was gesteld, gedurende de twee maanden een beroep tot nietigverklaring konden in-

stellen op grond van artikel 173 EG-Verdrag. Geen van beide maakte echter van deze mogelijkheid gebruik.

Nadien volgde het uitvoeringsbesluit van de Duitse overheid, waarbij de subsidies werden ingetrokken en de reeds betaalde subsidies werden teruggevorderd. TWD stelde hiertegen wél een beroep in, uiteraard voor een Duitse rechter, waarbij ze zich beriep op de ongeldigheid van de beschikking van de Commissie op grond waarvan het Duitse uitvoeringsbesluit was genomen. TWD wilde hierdoor een prejudiciële vraag uitlokken. Artikel 177 EG-Verdrag biedt namelijk de zeer aantrekkelijke mogelijkheid om, met de nationale rechter als bruggehoofd, de ongeldigheid van een gemeenschapshandeling alsnog te laten vaststellen via een prejudicieel antwoord van het Hof van Justitie, zonder enige termijnbeperking.

De Duitse rechter in kwestie reflecteerde echter over dit mechanisme en stelde aan het Hof de vraag of het wel toelaatbaar is om een gemeenschapshandeling te bestrijden indien men eerder de termijn voor het instellen van een rechtstreeks beroep heeft laten verstrijken. In zijn antwoord stelde het Hof dat de rechtszekerheid inderdaad vereist dat gemeenschapshandelingen niet onbeperkt in het geding kunnen worden gebracht. Het Hof baseerde zich hierbij op enkele arresten waarin het aan een Lid-Staat het recht ontzegde om een beschikking die het niet had aangevochten op grond van artikel 173 nadien nog onrechtstreeks aan te vechten bij wijze van verweer in een niet-nakomingsprocedure.¹²⁰ Het Hof vond dat een dergelijke beperking analoog moest gelden ten aanzien van particuliere ondernemingen en weigerde derhalve uitspraak te doen over de geldigheid van de beschikking.¹²¹

Met deze uitspraak vernauwt het Hof in ernstige mate de achterpoort die door de prejudiciële procedure aan particulieren geboden wordt. De ontvankelijkheidstermijn uit artikel 173 wordt door het Hof zelf omschreven als «fataal».¹²² Het systeem van rechtsbescherming in de Gemeenschap blijft echter waterdicht: particuliere rechtssubjecten die niet rechtstreeks of individueel geraakt zijn door een gemeenschapshandeling en deze daarom niet kunnen aanvechten op grond van artikel 173,¹²³ zullen zeker nog bij het Hof terecht kunnen via de prejudiciële procedure.

Er moet wel opgemerkt worden dat het Hof zijn uitspraak beperkt tot het domein van steunmaatregelen. Het Hof heeft het immers uitdrukkelijk over het aanvechten van beschikkingen die door de Commissie worden genomen op grond van artikel 93 EG-Verdrag en maakt zeker geen abstractie naar gemeenschapshandelingen in het algemeen.¹²⁴ Het is dus nog de vraag of het Hof het beginsel van rechtszekerheid op gelijke wijze zal verstaan in andere domeinen van het gemeenschapsrecht.

T-476/93, *Jurispr.*, 1993, II-1187, en van 17 mei 1994, *Buralux e.a. t. Raad*, zaak T-475/93.

¹¹⁷ Arrest van 16 mei 1991, *Extramet t. Raad*, zaak C-358/89, *Jurispr.*, 1991, I-2501.

¹¹⁸ Arrest van het Hof van 24 februari 1987, *Deutz und Geldermann t. Raad*, zaak 26/86, *Jurispr.*, 1987, 941.

¹¹⁹ Artikel 173, vijfde alinea, EG-Verdrag is een letterlijke overname van artikel 173, derde alinea, EEG-Verdrag, dat nog van toepassing was op het hier besproken geschil. Voor een voorbeeld van termijnberekening, zie de beschikking van het Gerecht van 10 februari 1994, *Frinil-Frio e Industrial t. Commissie*, in zaak T-468/93, en het arrest van het Gerecht van 19 mei 1994, *Murgia Messapica t. Commissie*, zaak T-465/93.

¹²⁰ Deze wordt normaliter ingesteld door de Commissie tegen een Lid-Staat, wegens schending van het gemeenschapsrecht, volgens de door artikel 169 EG-Verdrag beschreven procedure.

¹²¹ Rechtsoverwegingen 15-17.

¹²² Rechtsoverweging 17.

¹²³ Zie in het bijzonder de vereisten die zijn opgesomd in artikel 173, vierde alinea, EG-Verdrag.

¹²⁴ De precedenten met betrekking tot Lid-Statens betroffen ook telkens beschikkingen krachtens artikel 93 EG-Verdrag.

C. De prejudiciële procedure

1. Inleiding

Artikel 177 EG-Verdrag biedt weinig nieuws in vergelijking met de tekst die vóór de inwerkingtreding van het Unie-verdrag van kracht was.¹²⁵ Het mechanisme bestaat er dus nog steeds in dat de nationale rechter aan het Hof van Justitie een prejudiciële beslissing kan (of, indien hij in laatste instantie beslist en een partij erom verzoekt, moet) vragen over de juiste interpretatie van een gemeenschapsnorm (inclusief verdragsartikelen) of over de geldigheid van een gemeenschapsnorm (met uitsluiting van verdragsartikelen). De gemeenschapsrechtelijke uitspraak van het Hof wordt dan door de nationale rechter toegepast op de feiten van de bij hem aanhangige zaak.

De toepassing van het artikel heeft wel een hele evolutie gekend. In zijn vroege rechtspraak hield het Hof zijn eigen taak in de prejudiciële procedure (het geven van een gemeenschapsrechtelijke interpretatie of geldigheidsbeoordeling) strikt gescheiden van de taak van de nationale rechter (kennis nemen van de feiten van het geschil).¹²⁶ Tegenwoordig huldigt het Hof een heel andere visie. Het Hof wil in de eerste plaats een voor de nationale rechter nuttig antwoord geven en verwacht in ruil hiervoor dat de nationale rechter voldoende duiding geeft over de feitelijke en normatieve context waarbinnen de gestelde prejudiciële vraag zich voordoet. Weliswaar zal het Hof nooit formeel uitspraak doen over de geldigheid van een nationale norm met het gemeenschapsrecht of over de toepasselijkheid van een gemeenschapsnorm op de concrete feiten van het geschil, maar een geoefende lezer zal uit het prejudiciële antwoord moeiteloos de uitkomst van het geschil kunnen afleiden.

Doordat het Hof zijn eisen stelt ten aanzien van de verwijzingsrechter, is er een ontvankelijkheidsvereiste ontstaan dat in artikel 177 EG-Verdrag niet genoemd wordt. Het argumenteren van onontvankelijkheid is meteen uitgegroeid tot een populair middel voor partijen die geen belang hebben bij een prejudiciële uitspraak van het Hof. Hierop wordt nu nader ingegaan.

2. Bestaande en vermeende ontvankelijkheidsvereisten

Arrest van het Hof van 3 maart 1994, *Eurico Italia t. Ente Nazionale Risi*, gevoegde zaken C-332/92, C-333/92 en C-335/92, *Jurispr.*, I-711; beschikking van het Hof van 9 augustus 1994, *La Pyramide SARL*, zaak C-378/93; arrest van het Hof van 3 maart 1994, *Vaneetveld t. Le Foyer en Le Foyer t. FMSS*, zaak C-316/93, *Jurispr.*, I-763.

De argumentatie van Ente Risi, de verwerende partij in de zaak *Eurico Italia*, vormt een catalogus van vermeende ontvankelijkheidsvereisten. Ente Risi vond ten eerste dat er

voorafgaand aan de prejudiciële verwijzing¹²⁷ een en ander was foutgelopen: ze had zich niet mogen verweren tegen de verwijzing en bovendien was het geschil aanhangig voor een onbevoegd rechtscollege. Ten tweede vond Ente Risi dat de prejudiciële vragen eigenlijk ook niet relevant waren voor de oplossing van het geschil. Ten slotte merkte Ente Risi op dat het eigenlijke doel van de vragen erin bestond een uitspraak van het Hof te verkrijgen omtrent de verenigbaarheid van nationaal recht met gemeenschapsrecht, iets waar het Hof zich niet formeel over mag uitspreken. Het Hof weigerde deze argumenten in concreto te onderzoeken en maakte hierdoor duidelijk dat schendingen van nationale procedureregels, twijfels omtrent de opportuniteit van een prejudiciële verwijzing en twijfels omtrent het geoorloofd zijn van het doel van een prejudiciële verwijzing de ontvankelijkheid niet kunnen aantasten.¹²⁸

Daarentegen onderzoekt het Hof steeds ernstiger of de nationale rechter zijn vragen wel voldoende in hun feitelijk en juridisch kader heeft gesitueerd. Dienaangaande zijn twee preciseringen het noteren waard. Ten eerste heeft het Hof in de zaak *La Pyramide*, waarin de prejudiciële verwijzing enkel en alleen de tekst van de vragen bevatte en dus schromelijk tekortschoot aan het hier besproken vereiste, de term «niet-ontvankelijkheid» gehanteerd, terwijl het in de opvallendste precedentzaken van de voorgaande gerechtelijke jaren voor omschrijvende uitdrukkingen koos.¹²⁹ Ten tweede heeft het Hof in de zaak *Vaneetveld* een belangrijke uitzondering geformuleerd. Het Hof werd gevraagd of de richtlijn betreffende de verzekering voor motorrijtuigen rechtstreeks werkte vanaf haar omzettingsdatum of vanaf haar toepassingsdatum (zie hoofdstuk IV, B). De verwijzende rechter had verder nauwelijks inlichtingen verschaft over het feitelijk en juridisch kader van deze vraag. Het Hof oordeelde dat de verwijzing desondanks ontvankelijk was, omdat «het vereiste (om de gestelde vragen in hun context te situeren) minder absoluut is wanneer de vragen betrekking hebben op specifieke technische punten, en het Hof ook dan een nuttig antwoord kan geven wanneer de nationale rechter de juridische en feitelijke context niet in bijzonderheden heeft uiteengezet».¹³⁰

3. Het begrip nationale rechterlijke instantie

Arrest van het Hof van 27 april 1994, *Gemeente Almelo t. Energiebedrijf IJsselmij*, zaak C-393/92, *Jurispr.*, I-1477

¹²⁷ Het betrof een vraag om interpretatie van artikel 40 EEG-Verdrag (gemeenschappelijk landbouwbeleid) en van een verordening betreffende de rijstmarkt.

¹²⁸ Zie ook de arresten van het Hof van 20 oktober 1993, *Balocchi t. Ministero delle Finanze dello Stato*, zaak C-10/92, van 15 december 1993, *Ligur Carni t. Unità Sanitaria Locale di Genova*, gevoegde zaken C-277/91, C-318/91 en C-319/91, van 17 mei 1994, *Corsica Ferries Italia t. Corpo dei Piloti del Porto di Genova*, zaak C-18/93, *Jurispr.*, I-1783, en van 2 juni 1994, *Empire Stores t. Commissioners of Customs and Excise*, zaak C-33/93.

¹²⁹ Zie de arresten van het Hof van 16 juli 1992, *Meilicke*, zaak C-83/91, *Jurispr.*, 1992, I-4871, en van 26 januari 1993, *Telemarsica-bruzzo e.a. t./ Circostel e.a.*, gevoegde zaken C-320/90, C-321/90 en C-322/90, waarin het Hof stelt dat het «de gestelde vragen niet behoeft te beantwoorden».

¹³⁰ Rechtsoverweging 13.

¹²⁵ Enkel de vermelding van de Europese Centrale Bank is nieuw.

¹²⁶ Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van 4 februari 1965, *Albatros t. Sopoeco*, zaak 20/64, *Jurispr.*, 1965, 29.

In sommige prejudiciële zaken kan er twijfel ontstaan omtrent de aard van de verwijzende instantie. Het Hof heeft immers geoordeeld dat enkel organen die een wettelijke oorsprong, een permanent karakter en een bindende rechtsmacht hebben, onafhankelijk zijn en uitspraak doen op tegenspraak en met toepassing van de regelen des rechts, als nationale rechterlijke instanties in de zin van artikel 177 EG-Verdrag beschouwd kunnen worden.¹³¹ In de zaak *Almelo* liet het Gerechtshof te Arnhem zijn vraag aan het Hof van Justitie omtrent de interpretatie van enkele verdragsartikelen voorafgaan door de vraag of het in deze zaak wel een rechterlijke instantie vormde. Het moest namelijk, ingevolge een tussen de partijen gesloten arbitrale overeenkomst, rechtspreken als «goede man naar billijkheid». Het Hof oordeelde dat er inderdaad sprake kon zijn van een rechterlijke instantie, omdat het een bij de wet voorziene omstandigheid betrof en omdat, gezien de primauteit van het gemeenschapsrecht en de in artikel 5 EG-Verdrag vervatte verplichting van gemeenschapsstrouw, een nationale rechter evenzeer de regels van gemeenschapsrecht volgens de juiste interpretatie moet toepassen indien hij recht spreekt als «goede man naar billijkheid».¹³² Het Hof concludeerde vooral uit dit laatste gegeven dat aan het Gerechtshof te Arnhem de mogelijkheid niet ontnomen mocht worden om in deze zaak een prejudiciële vraag te stellen.

D. Het verzoek om voorlopige maatregelen

Beschikking van het Hof van 29 juni 1994, *Commissie t. Griekenland*, zaak C-120/94 R

Artikel 186 EG-Verdrag bepaalt dat het Hof van Justitie voorlopige maatregelen kan gelasten.¹³³ Bij zijn onderzoek naar de gepastheid van voorlopige maatregelen hanteert het Hof steeds dezelfde criteria: de argumentatie van de verzoeker mag niet manifest ongegrond zijn (de vereiste aanwezigheid van een *fumus boni juris*) en zijn verzoek moet spoedeisend zijn, hetgeen betekent dat de gevraagde maatregel noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade.¹³⁴ Bij het controleren van deze voorwaarden hoedt het Hof er zich ten zeerste voor uitspraak te doen over de grond van de zaak, die immers niet in de beschikking over voorlopige maatregelen, maar pas in het latere arrest ter sprake mag komen.

Ondanks het bestendige gebruik van dezelfde criteria, kan men de rechtspraak van het Hof inzake voorlopige maatregelen niet echt consistent noemen. Het gewicht dat soms aan ogenschijnlijk bijkomstige feiten wordt gehecht leidt regelmatig tot merkwaardige resultaten. De zaak *Commissie t. België* (zaak C-87/94 R, beschikking van de President van het Hof van 22 april 1994, *Jurispr.*, I-1395), intussen meer bekend

als de zaak *Van Hool*, vormt hievan een goed voorbeeld, omdat een nalatigheid van de verweerder zelf (namelijk het te lang in verkeer houden van te vervangen autobussen door de Belgische overheid) ervoor zorgde dat deze verweerder aan de voorlopige maatregelen ontsnapte (omdat een tijdelijke opschorting van de bestelling van nieuwe bussen de oude bussen nog langer in het verkeer zou houden).¹³⁵

De zaak *Commissie t. Griekenland* betreft het Griekse handelsembargo tegen de voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië (door de erkennende staten aangeduid als «FYROM»). Uiteraard verstoorde het embargo de externe handelsbetrekkingen van de Gemeenschap, maar Griekenland rechtvaardigde het embargo op grond van artikel 224 EG-Verdrag, dat aan de lid-staten de mogelijkheid biedt om unilaterale maatregelen te treffen, onder meer in geval van een ernstige internationale spanning die oorlogsgevaar inhoudt. De Commissie vond een dergelijke kwalificatie van de Grieks-Macedonische verhouding overdreven,¹³⁶ en daagde Griekenland voor het Hof van Justitie, wegens misbruik van de bevoegdheid verleend door artikel 224.¹³⁷ Bovendien vroeg de Commissie aan het Hof om Griekenland te gebieden het embargo voorlopig op te heffen, in afwachting van de uitspraak ten gronde.

Het Hof stelde in eenvoudige bewoordingen dat de argumenten van de Commissie voldoende relevant en ernstig waren om een *fumus boni juris* op te leveren,¹³⁸ maar was minder meegaand voor wat betreft de spoedeisendheid van de gevraagde maatregel. Volgens de Commissie veroorzaakte het embargo vier types van ernstige en onherstelbare schade die een voorlopige opheffing van het embargo in afwachting van de uitspraak ten gronde noodzakelijk maakten. De Commissie verwees in de eerste plaats naar het ernstig en onherstelbaar geschaad zijn van de gemeenschappelijke handelspolitiek. Deze schade, waarvan het bestaan en zelfs het onherstelbare karakter evident leek, werd toch niet door het Hof aanvaard. Volgens het Hof had de Commissie de ernst van deze schade niet zozeer trachten aan te tonen met feitelijke economische elementen, maar daarentegen afgeleid uit een manifeste schending van het gemeenschapsrecht door Griekenland. Precies over dit laatste kan het Hof echter geen uitspraak doen bij de behandeling van het verzoek om voorlopige maatregelen, omdat het hierdoor ongepast zou vooruitlopen op de behandeling van de zaak ten gronde.¹³⁹

De overige drie aanduidingen van schade vonden al evenmin gehoor bij het Hof. De Commissie verwees onder meer nog naar de schade aan de door de Europese Raad vastge-

¹³⁵ Voor een ruimere analyse van deze beschikking, zie P. ECKHOUT, *R. W.*, 1994-95, 512.

¹³⁶ Onder meer gezien de vrijwel zekere onmogelijkheid van militaire bedreiging vanwege het FYROM (dat slechts een zeer klein leger bezit) tegen Griekenland (dat lid is van de NAVO).

¹³⁷ De Commissie stelde deze procedure in op grond van artikel 225, tweede alinea, EG-Verdrag, dat specifiek het misbruik van de artikelen 223 en 224 tot voorwerp heeft. Artikel 225 wijkt op twee punten af van de klassieke niet-nakomingsprocedure op grond van artikel 169. Ten eerste moet de Commissie noch de lid-staat in staat stellen opmerkingen te maken noch een met redenen omkleed advies opstellen, zodat zij de lid-staat onmiddellijk voor het Hof kan dagen. Ten tweede houdt het Hof zijn zittingen met gesloten deuren.

¹³⁸ Rechtsoverweging 70.

¹³⁹ Rechtsoverwegingen 91 en 92.

¹³¹ Zie de arresten van het Hof van 30 juni 1966, *Vaassen-Goebels*, zaak 61/65, *Jurispr.*, 1966, 258, en van 11 juni 1987, *Pretore di Salò*, zaak 14/86, *Jurispr.*, 1987, 2545.

¹³² Rechtsoverweging 23.

¹³³ Hetzelfde geldt voor het Gerecht van eerste aanleg. Voor een recent voorbeeld, zie de beschikking van de president van het Gerecht van 2 mei 1994, *Candiotte t. Raad*, zaak T-108/94 R.

¹³⁴ Voor een meer gedetailleerde analyse van deze criteria, zie K.P.E. LASOK, *The European Court of Justice. Practice and Procedure*, London, Butterworths, 1994, 250-281.

stelde algemene politieke richtsnoeren. Het Hof weigerde hierover uitspraak te doen, omdat dit een politiek oordeel zou inhouden. Wat vervolgens de schade voor de communautaire marktdeelnemers betreft, had de Commissie onvoldoende feitelijke gegevens aangebracht. De vierde vorm van schade, namelijk de economische schade voor de FYROM zelf, kon evenmin in aanmerking worden genomen, omdat de Commissie niet geacht wordt de belangen van niet-lid-staten te verdedigen.¹⁴⁰

Het Hof besloot bijgevolg dat er geen spoedeisendheid was aangetoond en weigerde op het verzoek van de Commissie in te gaan. Hierbij roept vooral de afwijzing van de eerste vorm van schade vragen op. In het kader van een verzoek om voorlopige maatregelen is het aantonen van schade door middel van verwijzing naar een schending van recht een doodlopende argumentatiemethode. Men kan zich afvragen of de Commissie werkelijk een dergelijke methode gevolgd heeft, zoals het Hof suggereert. Het lijkt waarschijnlijker dat het Hof in de doorslaggevende rechtsoverwegingen van zijn beschikking de argumentatie van de Commissie al te zeer heeft vereenvoudigd. Op een andere plaats in de beschikking blijkt immers dat de Commissie het geschaad zijn van de gemeenschappelijke handelspolitiek ook in niet-juridische termen uitdrukte: verhindering van het communautaire beheer van de economische buitengrens van de Gemeenschap en de daaruit voortvloeiende hypothekering van de werking van de interne markt en van de solidariteit tussen de lid-staten.¹⁴¹

E. De hogere voorziening bij het Hof van Justitie tegen arresten van het Gerecht van eerste aanleg

Arrest van het Hof van 29 juni 1994, *Klinke t. Hof van Justitie*, zaak C-298/93 P

Krachtens artikel 168 A, eerste lid, EG-Verdrag kan tegen de arresten van het Gerecht van eerste aanleg «een tot rechtsvragen beperkte hogere voorziening bij het Hof van Justitie» worden ingesteld. Deze procedure wordt verder geregeld in de artikelen 49-56 van het Statuut van het Hof van Justitie en in de artikelen 110-123 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie.¹⁴²

De tijdens het voorbije gerechtelijk jaar behandelde hogere voorzieningen hebben tot weinig nieuwe interpretatie van de procedureregels aanleiding gegeven (wel instructief: het arrest van het Hof van 1 juni 1994, *Commissie t. Brazzelli*, zaak C-136/92 P, inzake het begrip «rechtsvraag»¹⁴³). Op een bepaald punt werd wel enige twijfel gezaaid. Het betreft de situatie waarin het Hof enerzijds meent dat het Gerecht in een aantal rechtsoverwegingen van zijn arrest het gemeen-

schapsrecht heeft geschonden, maar anderzijds oordeelt dat het dispositief van datzelfde arrest toch gerechtvaardigd is, zij het dus op andere gronden dan die welke door het Gerecht zijn aangegeven. Het Hof heeft meermaals principieel verklaard dat het in een dergelijk geval de hogere voorziening afwijst, hetgeen meteen een vernietiging van het arrest van het Gerecht uitsluit.¹⁴⁴ Dit principe werd bevestigd in het arrest van het Hof van 19 mei 1994, *SEP t. Commissie*, zaak C-36/92 P,¹⁴⁵ maar in het arrest *Klinke t. Hof van Justitie*, dat nauwelijks één maand later gewezen werd, volgde het Hof, zonder zichtbare redenen, een andere koers.¹⁴⁶ Het Hof verklaarde dat het Gerecht in zijn beoordeling van de middelen van Klinke¹⁴⁷ het recht had geschonden, vernietigde daarom het arrest van het Gerecht, onderzocht dan zelf de middelen van Klinke¹⁴⁸ en verwierp ze op andere dan door het Gerecht aangehaalde gronden. Vermoedelijk vormt de afhandeling van de zaak Klinke gewoon een vreemde eend in de bijt, die niet meteen een nieuwe werkwijze van het Hof inleidt.

Jan VANHAMME

Assistent

Instituut voor Europees Recht
K.U.Leuven

¹⁴⁰ Rechtsoverwegingen 94-101.

¹⁴¹ Rechtsoverweging 73.

¹⁴² Voor een analyse van deze bepalingen, zie E. HONORAT, «Plaidier un pourvoi devant la Cour de justice», in V. CHRISTIANOS (red.), *Evolution récente du droit judiciaire communautaire*, Maastricht, Instituut Européen d'Administration Publique, 1994, 21-38.

¹⁴³ In rechtsoverweging 49 stelt het Hof als volgt: «Het Gerecht is bij uitsluiting bevoegd om de feiten vast te stellen. (...) Wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, is het Hof evenwel bevoegd om het hem bij artikel 168 A EEG-Verdrag opgedragen toezicht uit te oefenen, zodra het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en daaraan rechtsgevolgen heeft verbonden.»

¹⁴⁴ Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van 9 juni 1992, *Lestel t. Commissie*, zaak C-30/91 P, *Jurispr.*, 1992, I-3755, rechtsoverweging 28.

¹⁴⁵ Rechtsoverwegingen 32 en 33.

¹⁴⁶ De arresten *SEP en Klinke* werden wel door verschillende kamers gewezen.

¹⁴⁷ Een jurist-vertaler bij het Hof van Justitie die naar zijn zeggen verkeerdelijk in rang A7 in plaats van A6 was ingedeeld.

¹⁴⁸ Artikel 54 van het Statuut van het Hof van Justitie bepaalt dat het Hof na vernietiging van een arrest van het Gerecht zelf de zaak mag afdoen indien deze in staat van wijzen is.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 27 MEI 1994

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Claeys Bouuaert en Verbist

Burgerlijke rechtspleging – 1. Hoger beroep – Devolutie – Nietigheid bij rechtsingang – 2. Dagvaarding – Onregelmatigheid – Gevolg

1. Een regelmatig ingesteld hoger beroep heeft op zichzelf niet tot gevolg dat de nietigheden waardoor de inleidende akte is aangetast, gedekt worden.

2. De artt. 860 en 861 Ger.W. kunnen niet worden toegepast op de schending van de regel van art. 700 betreffende de rechtsingang, welke regel onder de rechterlijke organisatie ressorteert.

Belgische Staat t. Van D.

Conclusie van advocaat-generaal J. du Jardin

De feitelijke gegevens van de zaak

In het kader van een onteigeningsprocedure werd door de onteigende, thans verweerder in cassatie, een vordering tot herziening van de onteigeningsvergoeding bij *verzoekschrift* ingeleid.

De Belgische Staat, thans eiser in cassatie, heeft, op grond van art. 700 Ger.W. de ontvankelijkheid van die vordering betwist: de Onteigeningswet bevat geen bijzondere regel die de rechtsingang bij *verzoekschrift* toelaat.

De rechter in eerste aanleg oordeelde dat de vordering tot herziening rechtsgeldig was ingeleid en sprak een vonnis ten gronde uit. Verweerder tekende hoger beroep aan. De appelrechter heeft beslist dat hij rechtsgeldig geadieerd was.

Het cassatieberoep van de Belgische Staat doet twee vragen rijzen.

1. Laat art. 700 Ger.W. de inleiding van een vordering tot herziening bij *verzoekschrift* toe, hoewel in die vorm van rechtsingang niet door een bijzondere regel van de Onteigeningswet is voorzien?

Dit is de strekking van het aangevoerde middel. Eiser bevoogt dat de vordering tot herziening overeenkomstig art. 700 Ger.W. bij dagvaarding diende te worden ingeleid.

2. Afgezien van die eerste vraag, is het niet zo dat de appelrechter alleszins moest oordelen dat het geschil in zijn geheel bij hem aanhangig was, krachtens de devolutieve kracht van het hoger beroep, ook al zou de rechtsingang voor de eerste rechter niet rechtsgeldig zijn?

Is het antwoord op deze laatste vraag affirmatief, dan is de door verweerder opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid van het cassatiemiddel gegrond: het middel vertoont geen belang omdat het regelmatig hoger beroep het geschil zelf bij de appelrechter aanhangig heeft gemaakt, zodat deze appelrechter met de grond van de zaak geadieerd was.

Deze vraag leidt tot de ontleding van het systeem van de devolutieve kracht van het hoger beroep van het Gerechtelijk Wetboek.

Artikel 1068, eerste lid, Ger.W. is «une des innovations majeures du Code judiciaire» (J. Van Compennolle, «Considérations sur l'effet dévolutif de l'appel dans le Code judiciaire», *R.C.J.B.*, 1989 (523) 540). Zijn draagwijdte werd zeer duidelijk omschreven in het *Verslag over de gerechtelijke hervorming* (pp. 422 e.v.).

Zoals onder het stelsel van het oude Wetboek van burgerlijke rechtspleging, is het hoger beroep devolutief, maar die devolutieve uitwerking werd «aanzienlijk uitgebreid», «une extension si considérable qu'il ne subsiste plus de place pour l'évocation», schrijft A. Fettweis (*Manuel de procédure civile*, 1987, p. 529) – met dien verstande dat «door de akte van beroep het geding zelf dat bij de eerste aanhangig was, in zijn geheel voor de rechter van de tweede graad gebracht (wordt) en deze appelrechter de verplichting (heeft) het te berechten tot zover als zijn bevoegdheid strekt» (*Verslag, ibid.*).

Die hervorming had als opzet «alle beroepen die tot doel hebben de zaak te laten aanslepen teniet (te doen)» (*ibid.*, p. 424). «De rechter van beroep is voortaan bevoegd om kennis te nemen van alle aangelegenheden die in betwisting blijven en waarvan hij door het beroep in hooforde of het incidenteel beroep kennis krijgt» (*ibid.*, p. 423), «met alle feitelijke en juridische vragen die daarmee samenhangen» (Cass., 11 januari 1988, *A.C.*, 1987-88, 587; 22 november 1993, *R.W.*, 1994-95, 98), en waarover de eerste rechter zelfs nog geen uitspraak heeft gedaan.

De reikwijdte van het devolutief systeem werd in de conclusie van procureur-generaal Krings bij Cass., 13 januari 1972 (*Pas.*, 1972, 463) gepreciseerd, en als volgt door de rechtsleer uitgelegd: «L'acte d'appel formé contre un jugement définitif ou avant dire droit transporte dans sa totalité le litige devant le juge du second degré, lequel a dès ce moment l'obligation de le trancher en épuisant sa juridiction sur toutes les questions litigieuses, en ce compris les points non jugés. Le principe ainsi affirmé va de pair avec l'abandon de l'adage '*tantum devolutum quantum iudicatum*'. Il emporte, aussi bien, dérogation au double degré de juridiction, dès lors que le jugement entrepris l'est pour vice de forme ou incompétence ou prend la nature d'un jugement définitif sur incident ou avant dire droit» (J. Van Compennolle, «Considérations sur l'effet dévolutif de l'appel dans le Code judiciaire», *R.C.J.B.*, 1989, (523) 524).

Het is de appelrechter evenwel niet mogelijk kennis te nemen van hetgeen de eerste rechter niet mocht beoordelen.

Het systeem komt aldus essentieel hierop neer dat aan de appelrechter de bevoegdheid wordt gegeven uitspraak te doen, zoals de eerste rechter het had kunnen en had moeten doen («Comme aurait pu et dû le faire la juridiction d'instance», cf. Kohl, *L'appel en droit judiciaire privé*, Prolegomena, 15, 1990, p. 211, nr. 555; De Leval en De Pover, «Les effets de l'appel en droit judiciaire privé», in *Actualités du droit*, 1991, (631) 646).

De opzet van het systeem is duidelijk *proceseconomisch*: «neutraliser les recours dilatoires et accélérer la procédure» leest men bv. in De Leval en De Pover (*op.cit.*, 648).

Aan dit systeem zijn evenwel perverse neveneffecten verbonden die de rechtsleer al vrij vroeg deed uitkomen: «On peut craindre que les plaideurs soient tentés d'interjeter appel d'un jugement avant dire droit ou sur incident en vue de soumettre directement le fond du litige à la juridiction supérieure» (A. Fettweis, *op.cit.*, nr. 819). «Il suffirait à la partie dont émane un acte de procédure irrégulier, d'interjeter appel pour régulariser celui-ci» (De Leval, «L'effet dévolutif de l'appel peut-il couvrir la nullité d'un acte introductif d'instance?», *Ann.Droit Liège*, 1989, 400). De regel van de dubbele aanleg wordt aldus in het gedrang gebracht. Zonder bezwaar zegt men, nu die regel geen algemeen rechtsbeginsel oplevert.

De draagwijdte van de devolutie kan men in een lapidaire formule uitdrukken: *de appelrechter is verplicht zelf te doen wat aan de eerste rechter was gevraagd*.

De formule is duidelijk. Haar toepassing is het niet altijd.

De appelrechter moet toch nog de cohesie van het Gerechtelijk Wetboek in acht blijven nemen. «Le champ d'application et l'étendue du principe doivent en effet demeurer compatibles avec ce qu'implique le respect dû à d'autres règles et principes régissant le droit de la procédure civile» (J. Van Compernelle, *op.cit.*, 525).

Benevens de wettelijke uitzonderingen, moet het systeem van de devolutie aldus nog met de andere regelen van gerechtelijk recht worden gecombineerd, wat tot temperingen van de regel zal leiden.

Zo zal, bv., de appelrechter, gelet op de regel van art. 1138 Ger.W., slechts uitspraak doen over de vorderingen die hem worden voorgelegd.

Zo moet hij, rekening houdend met het principe van de autonomie der procespartijen, de grenzen van de akte van beroep in acht nemen: «Het staat aan de partijen door het hoofdberoep en door het incidenteel beroep de perken te bepalen waarbinnen de appelrechter uitspraak moet doen over de aan de eerste rechter voorgelegde betwistingen (Cass., 24 november 1972, *A.C.*, 1973, 298; 2 december 1982, *A.C.*, 1982-83, nr. 204; 29 maart 1984, *A.C.*, 1983-84, nr. 439; 21 november 1991, *A.C.*, 1991-92, nr. 154; J.F. Romain, «Rapports entre le principe dispositif et l'effet dévolutif de l'appel», noot sub Cass., 8 juni 1989, *J.T.*, 1990, 269).

Hieruit volgt dat «wanneer de eerste rechter uitspraak heeft gedaan over een of ander punt, bij eindvonnis waartegen de partijen *geen* beroep hebben aangetekend, noch in hooforde, noch incidenteel, dan staat het niet aan de rechter van beroep het weer ter sprake te brengen» (*Verslag*, p. 423; Cass., 23 februari 1990, *A.C.*, 1989-90, 828). Het beschikkingsbeginsel staat eraan in de weg dat de appelrechter *ultra petita* uitspraak zou doen (J. Van Compernelle, *op. cit.*, 527).

Matiging van de devolutieve kracht

Verleent het Gerechtelijk Wetboek aldus aan de devolutieve kracht van het hoger beroep een ruime uitwerking, dan heeft de wetgever toch de gevolgen van het systeem willen verzachten (*Verslag, ibid.*) namelijk:

– met de regel van art. 1068, tweede lid, betreffende een door de eerste rechter bevolen onderzoeksmaatregel die door de appelrechter, zelfs gedeeltelijk, wordt bevestigd: in

dat geval is er geen devolutie, maar een verplichte terugwijzing naar de eerste rechter. De bedoeling is «de overbelasting van de beroepsgerechten» te vermijden, door ze te ontlasten van het uitvoeren van onderzoeksmaatregelen die de eerste rechter heeft bevolen, en die de appelrechter heeft bevestigd.

Het devolutief effect heeft daarentegen zijn volle uitwerking wanneer de appelrechter de beroepen beslissing m.b.t. de onderzoeksmaatregel wijzigt.

Maar het moet wel gaan om een *onderzoeksmaatregel*.

Aldus is geen onderzoeksmaatregel, bv. de beslissing waarbij de eerste rechter een partij beveelt tegen een bepaalde datum over de zaak te concluderen; het hoger beroep tegen zodanige beslissing maakt de zaak ten gronde aanhangig bij de appelrechter ingevolge de devolutieve kracht van dit hoger beroep (Cass., 30 mei 1983, nr. 331).

Devolutieve kracht heeft ook het hoger beroep tegen de beslissing die de heropening van het debat beveelt, omdat zodanige beslissing geen onderzoeksmaatregel oplevert (Cass., 23 oktober 1992, *A.C.*, 1992, nr. 689).

Bij een *gemengd vonnis*, dat dus niet alleen een onderzoeksmaatregel beveelt, maar tevens een andere beslissing bevat, met name een *eindbeslissing*, heeft de rechtspraak van het Hof een veelbetekenende ontwikkeling doorgemaakt (sinds Cass., 13 januari 1972, *A.C.*, 1972, 468, en de conclusie van procureur-generaal Krings in *Pas.*, 463; zie ook o.m. Cass., 26 juni 1975, 28 april 1980, en vooral Cass., 24 december 1987, *A.C.*, 1987-88, nr. 256, en het commentaar van J. Van Compernelle, *op.cit.*). In zijn conclusie voor dit laatste arrest (*Pas.*, 1988, nr. 256, p. 508) had procureur-generaal Krings de uitzondering van art. 1068, tweede lid, strikt omlijnd: «Le renvoi au premier juge est l'exception, tandis que tout ce qui peut être rattaché à cette exception tombe sous l'application de la règle générale, c'est-à-dire l'effet dévolutif.»

De volgens de rechtspraak van het Hof nù gehuldigde oplossing is genuanceerd (Cass., 11 januari 1990, met de noot van K. Broeckx, «Hoger beroep tegen een gemengd vonnis», in *R.W.*, 1990-91, 259); terugwijzing naar de eerste rechter, wat de bevestiging van de onderzoeksmaatregel betreft, en devolutie voor het overige; een oplossing die door de rechtsleer als logisch en coherent werd beschouwd (J. Van Compernelle, *op.cit.*, 534).

«Cette solution (est) équilibrée, conforme à la jurisprudence antérieure et compatible avec la nécessité d'accélérer la procédure» (De Leval et De Pover, «Les effets de l'appel en droit judiciaire privé», *Actualités du droit*, 1991, (631) 649, voetnoot 81). Fettweis daarentegen betreurt die «découpage des éléments du litige» (Fettweis, *op.cit.*, 537, nr. 824).

Door combinatie van de artt. 1068, eerste lid, en 1072 Ger.W. kan zelfs de terugwijzing naar de eerste rechter van de bevestigde onderzoeksmaatregel vermeden worden (K. Broeckx, *op.cit.*, 261).

– De devolutieve kracht was nog getemperd door de thans bij de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek opgeheven regel van art. 1069 betreffende de bevoegdheidsgeschillen, waarmee de wetgever had «willen vermijden dat een akte van beroep zou toelaten een geschil te onttrekken aan de kennisneming door de rechter die er normaal kennis moest van nemen» (*Verslag, ibid.*).

Voortaan is hoger beroep over de bevoegdheid enkel mogelijk samen met het hoger beroep over de grond. (Over de

opheffing van art. 1069 Ger.W., die pas op 1 januari 1993 in werking trad, zie o.m. Senaat, 301-2 (B.Z. 1991-92, p. 110; Laenens en Broeckx, «Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling», *R.W.*, 1992-93, (897) 910). De zaak hoeft aldus niet meer naar de in eerste aanleg bevoegde rechter te worden verwezen, wanneer het appelgerecht het vonnis bevestigt waarin de eerste rechter zich *onbevoegd* heeft verklaard. Zij wordt rechtstreeks verwezen «indien daartoe grond bestaat naar de bevoegde rechter *in hoger beroep*».

Op te merken valt dat art. 643 Ger.W. eveneens aangepast werd bij de wet van 3 augustus 1992: wanneer de appelrechter een beslissing vernietigt waarbij de eerste rechter zich *bevoegd* heeft verklaard, mag hij alleen ten gronde uitspraak doen als hij zelf bevoegd is. De zaak verwijzen naar het gerecht dat in eerste aanleg bevoegd was, wordt bijgevolg definitief uitgesloten.

Die aanpassingen van het gerechtelijk recht zijn belangrijk, omdat de wetgever hierdoor zijn *proceseconomische opzet* de procedure te versnellen bevestigt en versterkt, zodat vertragsmanoeuvres als het ware worden overtroefd en de appelrechter tegelijk uitspraak kan doen zowel over de grond van de zaak als over de excepties.

– De devolutieve kracht wordt ook nog getemperd door de regel van art. 1072 Ger.W., volgens welke de appelrechter zijn eindbeslissing aanhoudt, totdat een door de eerste rechter (of door hem zelf) bevolen maatregel is uitgevoerd.

Toepassing van de regel van de devolutieve kracht

Men zou kunnen denken dat de aldus duidelijk door de wet gestelde regel van de devolutieve kracht van het hoger beroep, met de matigingen die de wetgever heeft gewild en de aanpassingen die hij gedaan heeft, geen plaats laat voor bijzondere toepassingsmoeilijkheden, te meer daar de recente wetswijzigingen het systeem nog hebben vereenvoudigd.

Dit blijkt nochtans niet het geval te zijn, omdat de casuïstiek ruimer is dan de gevallen waaraan de wetgever heeft gedacht.

Ook als men aanneemt dat het devolutie effect *de regel is*, behalve wanneer het hoger beroep betrekking heeft op een door de eerste rechter bevolen onderzoeksmaatregel die door de appelrechter wordt bevestigd, blijft het, bv., een open vraag of de devolutieve kracht ook uitwerking moet hebben wanneer het geschil niet regelmatig voor de eerste rechter aanhangig was gemaakt.

Ik vermeld die vraag bij voorkeur, omdat zij zeer dicht staat bij het probleem dat, in de onderhavige zaak, aan het oordeel van het Hof is voorgelegd.

Belangrijke aanwijzingen voor een oplossing leest men in het Verslag van de Koninklijke Commissaris (*op.cit.*, p. 423): de appelrechter heeft «de verplichting het (geding) te be-rechten, tot zover als zijn bevoegdheid strekt», en de rechtsleer voegt daaraan toe: «comme aurait pu et dû le faire la juridiction de (première) instance» (Kohl, *op.cit.*, p. 211, nr. 555).

Als eerste voorbeeld kan de procedure van het *kort geding* worden vermeld.

De appelrechter die vaststelt dat een *vordering in kort geding* geen spoedeisend karakter vertoont, zal van de grond van de zaak *geen* kennis mogen nemen, omdat het geschil niet voor de voorzitter in kort geding kon worden gebracht (Cass., 11 mei 1990, *A.C.*, 1989-90, nr. 537, op gelijklopende conclusie van het openbaar ministerie, te vergelijken met het

arrest nr. 535 met zelfde datum, op andersluidende conclusie van het openbaar ministerie, *A.C.*, 1989-90, 1170, *R.W.*, 1990-91, 987, met noot Laenens, «Urgentie en het kort geding», D. Lindemans, «Wanneer er wegens het ontbreken van spoed geen aanleiding is tot kort geding, is de vordering ongegrond», noot sub Cass., 11 mei 1990, *T.B.H.*, 1990, (774) 777). «Tout effet dévolutif au fond doit ainsi être refusé à l'appel dirigé contre une ordonnance de référé», schrijft Kohl (*op.cit.*, *Proleg.*, nr. 555).

Fettweis' commentaar (*op.cit.*, nr. 816) is nog accurater wat de draagwijdte van de regel betreft: «Le juge des référés ne statue pas sur le fond dont il n'est d'ailleurs pas saisi. En conséquence, en cas d'appel d'une ordonnance décrétant une mesure d'urgence et provisoire, le juge d'appel n'est point saisi du fond du litige. En effet, quelle que soit la portée du principe de l'art. 1068, al. 1, *l'effet dévolutif ne saurait saisir la juridiction d'appel de ce qui n'était pas soumis au juge inférieur.*»

De appelrechter moet aldus – en mag zelfs – geen beroep doen op de regel van de devolutieve kracht, gelet op de eigenheid van de procedure in kort geding (J. Van Compennolle, *op.cit.*, 526; D. Lindemans, *ibid.*), tijdens welke de grond van de zaak niet wordt beoordeeld.

Men voelt onmiddellijk aan dat in die oplossing van de rechtspraak eigenlijk geen uitzondering zit op de regel van de devolutieve werking; zij levert dus ook geen matiging van de regel van de devolutie op, aangezien de rechter in kort geding *per definitie* nooit met de grond van de zaak is belast, deshalve de appelrechter het evenmin kan zijn. Er kan derhalve geen sprake zijn van devolutie. Dit eerste voorbeeld is dus niet dienend, tenzij a contrario.

De rechtspraak neemt ook aan dat het hoger beroep van een onteigenaar tegen de beslissing waarbij de vrederechter zijn vordering tot onteigening ten algemenen nutte volgens de spoedprocedure afwijst, het geschil zelf bij de appelrechter niet aanhangig maakt (Cass., 15 juni 1973, *A.C.*, 1973, 1007). Het principe van de devolutieve kracht van het hoger beroep, zoals geregeld door het Gerechtelijk Wetboek, moet hier wijken voor de specifieke en niet uitdrukkelijk opgeheven reglementering inzake onteigening ten algemenen nutte.

In dezelfde gedachtengang moet gewezen worden op de rechtspraak inzake *faillissement*.

Wanneer een vordering tot faillietverklaring *bij eenzijdig verzoekschrift* wordt ingeleid – wat door de wet niet wordt toegestaan – kan de niet regelmatige inleidende akte geen enkel effect sorteren. De eerste rechter is mitsdien zonder *rechtsmacht* («sans juridiction») om het faillissement *ambtshalve* uit te spreken, d.i. buiten de aanwezigheid van partijen en zonder daartoe gevorderd te zijn. Het hoger beroep kan ook geen devolutieve kracht hebben (Cass., 31 januari 1986, *A.C.*, 1985-86, nr. 345, met concl. proc.-gen. Krings; 10 maart 1989, *A.C.*, 1988-89, nr. 390, en voetnoot 2; V. Simonart, «Observations sur l'effet dévolutif de l'appel en matière de faillites», noot sub Cass., 16 november 1989, *T.B.H.*, 1991, (572), 583).

Daartegenover heeft het Hof de devolutieve werking wel aanvaard bij hoger beroep tegen een vonnis van faillietverklaring gewezen door een rechtbank van koophandel die *ratione loci* niet bevoegd was (Cass., 16 november 1989, *A.C.*, 1989-90, nr. 168), ook wanneer de appelrechter een vergissing in de procedure in eerste aanleg vaststelt, zoals het ont-

breken van het voorafgaand verslag van de rechter-commissaris (Cass., 29 maart 1984, *A.C.*, 1983-84, nr. 439; J. Van Compennolle, *op.cit.*, 526).

Door het Hof werd nog onlangs aangenomen dat het principe van de devolutieve kracht van het hoger beroep doorbroken is wanneer de appelrechter, na het verzet van de gefailleerde ontvankelijk en gegrond te hebben verklaard, vaststelt dat het door de eerste rechter ambtshalve uitgesproken faillissement nietig is (Cass., 25 juni 1993, twee artt., *A.R.* 8131 en 8277, *T.B.H.*, 1992, 844 en 846, *A.C.*, 1993, nrs. 307-308).

Deze laatste oplossing die aldus afbreuk doet aan de devolutieve kracht van het hoger beroep en tevens «een snel en doeltreffend beheer en vereffening van het faillissement in het gedrang (brengt)» (J. Laenens, «De devolutieve kracht van het hoger beroep in faillissementszaken», *R.W.*, 1981-82, 2506), wordt verantwoord door de overweging dat de appelrechter, die de nietigheid van het ambtshalve uitgesproken faillissement vaststelt, daarmee, en binnen de perken van het door de partijen ingestelde hoger beroep, zijn *rechtsmacht* volledig heeft uitgeoefend en dus niet vermag verder na te gaan of de grondvoorwaarden vervuld waren om het faillissement ambtshalve uit te spreken.

In sociaalrechtelijke zaken heeft het Hof ook beslist dat de inleiding bij verzoekschrift niet rechtsgeldig was, zonder acht te slaan op de devolutieve werking van het hoger beroep (Cass., 30 mei 1988, *A.C.*, 1987-88, nr. 597; 1 oktober 1990, *A.C.*, 1990-91, nr. 52).

Die op het eerste gezicht wat uiteenlopende oplossingen kunnen niet anders dan aan de specificiteit van de materies te wijten zijn, en bv. inzake faillissement beïnvloed zijn door de uitsluitende bevoegdheid van de rechtbank van koophandel bij het beheer en de vereffening van de faillissementen, waarvoor de regel van de volheid van bevoegdheid van art. 568 Ger.W. moet wijken (J. Laenens, *ibid.*, V. Simonart, *op.cit.*; A. Kohl, *op.cit.*, *J.T.*, 525, nrs. 15 e.v.; J. Van Compennolle, *op.cit.*, 526, 530).

Met betrekking tot het specifiek probleem van de *nietigheid van de rechtspleging in eerste aanleg* op grond dat het gedinginleidend exploit de verweerder niet had bereikt, heeft het Hof in zijn arrest van 5 mei 1988 (*A.C.*, 1987-88, nr. 549) beslist dat de devolutieve kracht uitwerking moet hebben, niettegenstaande de nietigheid van de rechtsingang voor de eerste rechter, een oplossing die door de rechtsleer «surprenante autant qu'audacieuse» werd genoemd (J. Van Compennolle, *op.cit.*, 524, 528 en 541).

In zijn cassatiemiddel had de eiser betoogd dat «nu de rechtspleging in eerste aanleg aan nietigheid leed, de rechter in hoger beroep niet gerechtigd was over de grond van de zaak uitspraak te doen. (...) Eiser (meende) dat, nu de inleidende dagvaarding nietig was omdat hij niet op regelmatige wijze werd gedagvaard, geen enkel gevolg aan de oorspronkelijke vordering mag worden gegeven, zodat ook de rechter in hoger beroep geen uitspraak mag doen over de grond van de zaak, d.w.z. dat in dit geval de devolutieve kracht geen toepassing vindt» (te lezen in de conclusie O.M., in *A.C.*, 1987-88, pp. 1143 en 1144; zie ook De Leval, «L'effet dévolutif de l'appel peut-il couvrir la nullité d'un acte introductif d'instance?», *Ann.Droit.Liège*, 1989, 400).

De zeer belangrijke conclusie van procureur-generaal Krings in die zaak, en waarin de precedenten nauwkeurig zijn ontleed, is het Hof goed bekend; ik hoef ze hier dus niet

te herhalen; en ik kan mij ook niet veroorloven ze toe te lichten: die conclusie bevat namelijk een bijzonder gezaghebbende ontleding van het stelsel van het Gerechtelijk Wetboek, uitgaande van de Koninklijke Commissaris voor de gerechtelijke hervorming, een commentaar waar men dus moeilijk omheen kan. Die conclusie is, te dezen, bijzonder dienend als leidraad voor de verdere redenering en eindelijk voor de analyse en voor de oplossing van het onderhavige geval.

In het stelsel van het Gerechtelijk Wetboek, grijpt de devolutieve werking van het hoger beroep van *rechtswege* plaats; de appelrechter is verplicht uitspraak te doen over de grond van de zaak.

Op die regel bestaan de uitzonderingen waarvan ik reeds gewaagde:

- het geval van art. 1068, tweede lid, wanneer de rechter in hoger beroep een door de eerste rechter bevolen onderzoeksmaatregel bevestigt;

- pro memorie: het geval van art. 1069 (thans opgeheven, zie *supra*) waarin de appelrechter de beslissing waarbij de eerste rechter zich onbevoegd verklaart, bevestigt en tevens zelf niet bevoegd is;

- het geval van onregelmatige rechtsingang, waarover het Gerechtelijk Wetboek evenwel niet handelt. In zodanig geval moet op de regel van de devolutieve kracht *uitzondering* worden gemaakt «wanneer de eerste rechter *geen rechtsmacht had*» (conclusie O.M., *A.C.*, 1987-88, p. 1147).

Wanneer de beslissing van de eerste rechter teniet wordt gedaan, niet wegens afwezigheid van *rechtsmacht*, maar wegens, bv., het feit dat de zaak bij die rechter op onregelmatige wijze aanhangig was gemaakt, dan is de appelrechter met de grond van de zaak geadieerd, en moet hij over de grond van de zaak uitspraak doen, omdat hij de bevoegde appelrechter is van een krachtens de wet bevoegde eerste rechter, bij wie evenwel het geschil niet regelmatig aanhangig was gemaakt.

Die oplossing sluit m.i. volkomen aan bij de economie van het systeem van de devolutie zoals ingevoerd door het Gerechtelijk Wetboek.

De rechtsleer heeft zich evenwel niet bij die zienswijze aangesloten: «La nullité constatée de l'acte introductif forme un écran rendant impossible le jeu de l'effet dévolutif. Comment (...) celui-ci pourrait-il opérer, si l'existence de la première instance est atteinte dans son principe même?» (J. Van Compennolle, *op.cit.*, 529).

Op grond van de analyse die de procureur-generaal in zijn conclusie deed, is het mogelijk de nuances van de rechtspraak te onderkennen en bv. te begrijpen waarom een onregelmatigheid in de aanhangigmaking bij de eerste rechter niet noodzakelijk aan de devolutieve werking van het hoger beroep in de weg staat, mits de appelrechter bevoegd is om kennis te nemen van de beslissing van de krachtens de wet bevoegde eerste rechter (conclusie O.M., *ibid.*, p. 1145, eerste kol.).

Dit verklaart bv. waarom de appelrechter *niet* over de grond van de zaak mag oordelen in geval van hoger beroep tegen de veroordeling van een beklaagde die de parlementaire onschendbaarheid genoot (conclusie O.M., p. 1146), omdat de eerste rechter wettelijk zonder rechtsmacht is t.o.v. een parlementair.

En dit legt, bv., ook uit waarom de appelrechter *wel* over de grond van de zaak mag oordelen, in geval van hoger beroep tegen een beslissing van de eerste rechter, waarbij het

recht van verdediging werd miskend doordat in eerste aanleg niet was gebleken op grond van welke telastleggingen de beklaagde voor de tuchtrechter was verwezen, waaruit werd afgeleid dat de zaak niet wettig aanhangig was gemaakt (Cass., 6 februari 1976, *A.C.*, 1976, 672, voorbeeld geciteerd in de concl. O.M., p. 1144), omdat de tuchtrechter in eerste aanleg de bevoegde rechter was.

Dit verklaart ook nog – zo zou men kunnen denken – dat bij gebreke van urgentie, de appelrechter op het hoger beroep van een beslissing in kort geding geen uitspraak mag doen *over de grond van de zaak*.

Maar wij hebben reeds gewezen op het feit dat er inzake kort geding eigenlijk geen sprake kan zijn van *devolutie*, omdat de rechter in kort geding per definitie niet met de grond van de zaak belast kan zijn. De desbetreffende rechtspraak kan ons te dezen dan ook niet dienstig zijn.

Besluit

Het systeem van de devolutieve werking van het hoger beroep, zoals het ingesteld werd door het Gerechtelijk Wetboek en zoals het toegepast wordt door de rechtspraak, kan worden bekritiseerd. Zo leest men bv. in de rechtsleer: «La matière de l'effet dévolutif a été sujette à controverses doctrinales et à évolutions jurisprudentielles. Les opinions divergentes s'expliquaient par des interprétations différentes de dispositions malaisément conciliables et par la mise en valeur d'objectifs distincts tels que l'accélération de la procédure ou le souci d'éviter l'encombrement des juridictions supérieures» (De Leval en De Pover, *op.cit.*, 651; zie ook de reeds geciteerde bijdragen van: J. Van Compernelle, *op.cit.*, voetnoot 5, A. Kohl en anderen).

Wanneer de rechtsleer dit schrijft, vervult zij haar belangrijke opdracht.

Maar het ligt enkel op de weg van de wetgever de wet, te dezen het gerechtelijk recht, aan te passen en/of te wijzigen, zoals hij overigens, ingevolge de kritiek van de rechtsleer, gedaan heeft bv. t.a.v. de artt. 643 en 1069 Ger.W. (Laenens en Broeckx, *op.cit.*, 910).

Daartegenover staat de rechter, die geen wetgever is, die ook niet aan rechtsleer doet, maar aan rechtspraak, en de opdracht heeft de wet toe te passen en uit te leggen, naar haar letter en naar haar geest.

Het ligt evenmin op de weg van het openbaar ministerie bij het Hof van Cassatie aan rechtsleer te doen, al moet het wel toezien op de cohesie van de rechtspraak.

Beter dan door professor Storme in zijn *dissenting opinion* bij het arrest van het Europese Hof inzake Borgers (E.H.R.M., 30 oktober 1991, 39/190/230/296, pt. 9.2) kan het niet gezegd worden: «La plupart des arrêts de la Cour contiennent généralement l'énonciation d'une règle dont le champ d'application déborde le cas d'espèce. Signaler à la Cour les conséquences que pourrait avoir, dans d'autres domaines, l'expression que le texte de l'arrêt envisagé donne à la règle, ou encore les difficultés d'interprétation que cette expression pourrait soulever ou enfin la discordance entre cette expression et celle qui est contenue dans d'autres arrêts énonçant la même règle, telle est la mission du ministère public (...)».

Ik zal mij dus zeer bescheiden aan deze opdracht houden.

De letter van de wet, hoe lakoniek ook, is duidelijk.

De geest van de wet, haar *economie*, zijn eveneens duidelijk.

En er kan niet zomaar om de opzet van de wetgever worden heengegaan, onder aanvoering dat die opzet niet in alle casussen wordt gedeeld.

De draagwijdte van het systeem van de devolutie is het Hof goed bekend. Het Hof weet ook dat het Gerechtelijk Wetboek een coherent geheel uitmaakt; dat bv. de theorie van de nietigheden niet losgekoppeld kan worden van het systeem van de devolutie bij hoger beroep, en omgekeerd. Fettweis, een der beste kenners van het Gerechtelijk Wetboek schreef: «Quelle que soit l'importance du vice de forme, (...) un acte de procédure ne peut être annulé, lorsqu'il est établi qu'il a réalisé le but que la loi lui assigne» (A. Fettweis, «Requiem pour l'article 867 du Code judiciaire», *Jur.Liège*, 1983, 113, gecit. door C. Panier, «La théorie des nullités à la lumière de la loi du 3 août 1992, modifiant le Code judiciaire», *J.T.*, 1994, 97; over de wederzijdse beïnvloeding van de theorie der nietigheden en van de theorie van de devolutie, J. Van Compernelle, *op.cit.*, 528 e.v., 530; De Leval, *op.cit.*, *Ann.Droit Liège*, 402; en voor het Franse recht: O. Barret, «L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile», *Rev.trim.dr.civ.*, 1989, 220 e.v.).

Het systeem van de devolutie werd zo opgevat dat het van rechtswege uitwerking heeft, zodat het *evocatierecht* uit het oude systeem zijn bestaansreden heeft verloren.

Het hoger beroep maakt het geschil in zijn geheel bij de appelrechter aanhangig. Het doel is de procedure te versnellen, de verweermiddelen te concentreren.

Het is overigens een trend die de ontwikkeling m.n. de jongste evolutie van het gerechtelijk recht kenmerkt (Laenens en Broeckx, «Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling», *R.W.*, 1992-93, 897).

«L'appel n'est plus seulement une voie de réformation ou d'annulation; il est aussi une voie d'achèvement (du litige)» (De Leval en De Pover, *op.cit.*, 643; A. Kohl, *op.cit.*, *J.T.*, 526).

Enkele jaren te voren had De Leval nochtans de volgende bedenking gemaakt: «l'appel ne peut être une voie d'«achèvement de ce qui n'existe pas» (De Leval, *op.cit.*, *Ann. Droit Liège*, 402).

Vanuit dit gezichtspunt ben ik tot de overtuiging gekomen dat het enig criterium voor de uitwerking van de devolutieve kracht van het hoger beroep in de *rechtsmacht* (*concept moeilijk te vertalen: la juridiction, le pouvoir juridictionnel*), le pouvoir de juger van de eerste rechter gelegen is.

Ik gewaag dus niet van *bevoegdheid*, een concept dat duidelijk te onderscheiden is van *rechtsmacht*. De bevoegdheid is «slechts de maatstaf van de rechtsmacht» (noot 1, sub Cass., 19 september 1974, *A.C.*, 1975, 85). Beide begrippen «dekken niet dezelfde lading» (J. Laenens, *Comm. Gerechtelijk Recht*, Kluwer, art. 8, 4).

Ik schaar mij aldus onder de autoriteit van de Koninklijke Commissaris voor de gerechtelijke hervorming.

Indien de appelrechter oordeelt dat de eerste rechter geen *rechtsmacht* had om over het geschil uitspraak te doen, heeft het hoger beroep *geen* devolutieve kracht; de appelrechter kan zich immers niet in de plaats stellen van de eerste rechter, om te doen wat deze laatste niet zelf vermocht te doen.

Maar als de eerste rechter krachtens de wet *rechtsmacht* heeft om over dit soort geschil uitspraak te doen, dan moet, gelet op de economie van het systeem zoals het ingeschakeld werd in de economie van het Gerechtelijk Wetboek in zijn geheel beschouwd, de devolutieve kracht van het hoger beroep uitwerking hebben, ook al was het geschil bij de eerste

rechter niet regelmatig aanhangig gemaakt: «l'effet dévolutif (produisant) un effet de *purification procédurale*» (formule ontleend aan De Leval, die evenwel dit effect beschouwt als «difficilement admissible», *op. cit.*, *Ann. Droit Liège*, 402).

Deze oplossing ligt nochtans in de lijn van het arrest van 5 mei 1988, en van de eensluidende conclusie van het openbaar ministerie.

Zij sluit ook goed aan bij de niet te veronachtzamen *ratio legis* van het door het Gerechtelijk Wetboek ingevoerde stelsel, alsook – en dit is niet zonder belang – bij de recente aanpassingen van dit stelsel, die wijzen op een voortgezette bedoeling de procedures te versnellen, te concentreren en te behoeden tegen vertragsmanoeuvres.

Een andere theorie heeft m.i. het nadeel te leiden tot ge-diversifieerde, ja zelfs wisselvallige oplossingen, voor problemen die de gerechtelijke hervorming op eenvormige, pragmatische en *proceseconomische* wijze beoogde te regelen.

Het Hof zal oordelen of, ondanks de letter van de wet, en m.i. ook ondanks haar geest, aan het systeem van de devolutive kracht een nieuwe uitzondering mag worden toegevoegd, die de wetgever niet had voorzien en waarschijnlijk zou hebben uitgesloten, indien hij in *illo tempore* daarvan inzicht had gehad.

Besluit: verwerping van de voorziening. Verweerder werpt terecht op dat het middel niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang: het hoger beroep heeft namelijk het geschil zelf bij de rechter in hoger beroep aanhangig gemaakt.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 16 december 1991 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van artikel 700 van het Gerechtelijk Wetboek, en voor zover nodig van de artikelen 860 en 861 van het Gerechtelijk Wetboek en van artikel 16 van de wet betreffende de rechtspleging bij dringende omstandigheden inzake onteigeningen ten algemenen nutte, vervat in artikel 5 van de wet van 26 juli 1962 betreffende de onteigeningen ten algemene nutte en de concessies voor de bouw van autosnelwegen,

doordat het arrest, met bevestiging van het vonnis van de eerste rechter, vaststelt: «dat het inleidend verzoekschrift duidelijk stelt, zowel in de aanhef, als op iedere bladzijde en in de slotherneming dat het een eis in herziening inzake onteigening betreft, en de tussen haakjes geschreven vermelding: (beroep) die duidelijkheid niet aantast», en op grond daarvan beslist: «dat de ingestelde vordering een hoofdvordering is die volgens art. 700 Ger. W. bij dagvaarding voor de rechter gebracht wordt, onverminderd de bijzondere regels inzake vrijwillige verschijning en rechtspleging op verzoekschrift; dat de gevallen, waarin de vordering bij vrijwillige verschijning en bij verzoekschrift kan worden ingeleid, bepaald worden door de wetgever in het Gerechtelijk Wetboek en in bijzondere wetten; dat hierin de vragen tot herziening van onteigeningsvergoedingen niet behoren; dat (eiser) aan (verweerder) niet verwijt dat diens verzoekschrift onregelmatig is naar vorm of termijn, of enig verzuim inhoudt, maar dat (eiser) wel beweert dat het verzoekschrift te dezen geen ingang tot de gekozen rechtsmacht kan verschaffen; dat art. 700 Ger. W. niet preciseert dat het voorgeschreven is op straffe van nietigheid; dat het een regel van gerechtelijk recht is,

waarvan de miskenning een fundamentele nietigheid van openbare orde oplevert, waarop de regels van de artikelen 860 e.v. Ger. W. toepasselijk zijn; dat algemeen aangenomen wordt dat dagvaarding vervangen kan worden door vrijwillige verschijning van de partijen, tenzij in de gevallen waar de wet anders beschikt; dat, wat ook de vorm (dagvaarding of verzoekschrift) zij, het eerste vereiste om bij een rechtsinstantie een veroordeling te verkrijgen een uitnodiging hier toe is, zodat de mogelijkheid tot verdediging bestaat vanaf het begin van de handeling, tenzij in de uitdrukkelijk door de wet bepaalde gevallen; dat te dezen (eiser) onmiddellijk na de indiening van het verzoekschrift bij gerechtsbrief verwittigd werd, en vanaf de aanvang van het geding zijn middelen kon laten gelden, zodat het recht van verdediging geëerbiedigd werd; dat hij trouwens vanaf de aanvang aanwezig was en zijn verweer heeft doen gelden; dat de belangen van (eiser) te dezen niet geschonden werden door de inleiding van de zaak op een andere wijze dan bepaald door art. 700 Ger. W.», en aldus beslist dat de hoofdvordering tot herziening ook ingeleid kan worden in de vorm van een verzoekschrift gericht aan de rechtbank van eerste aanleg,

terwijl, volgens het voorschrift van artikel 700 van het Gerechtelijk Wetboek, hoofdvorderingen bij dagvaarding voor de rechter worden gebracht, onverminderd de bijzondere regels inzake vrijwillige verschijning en rechtspleging op verzoekschrift; dat, aangezien te dezen geen bijzondere regels toepassing kunnen vinden of aangevoerd worden, de inleiding bij dagvaarding diende te gebeuren; deze regel een regel van gerechtelijke organisatie is, die bijgevolg gebiedend karakter draagt, en geen mogelijkheid opent om, buiten de gevallen waarin zulks uitdrukkelijk wordt geregeld, een hoofdvordering bij verzoekschrift voor de rechter in te leiden; het bestreden arrest bijgevolg ten onrechte deze regel aanmerkt als een gewone procesrechtsregel waarop de artikelen 860 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek toepasselijk zouden zijn; het arrest derhalve slechts met schending van artikel 700 van het Gerechtelijk Wetboek het inleiden bij verzoekschrift van een hoofdvordering tot herziening toelaatbaar heeft kunnen verklaren, aldus tevens artikel 16 van de wet van 26 juli 1962 betreffende de procedure inzake onteigeningen ten algemenen nutte heeft geschonden en ten onrechte toepassing heeft gemaakt van de artikelen 860 en 861 van het Gerechtelijk Wetboek (schending van alle in het middel vermelde bepalingen):

Overwegende dat de appelrechter vaststelt dat verweerder voor de eerste rechter de vordering tot herziening van onteigeningsvergoedingen bij verzoekschrift heeft ingesteld en dat eiser voor de eerste rechter had opgeworpen dat de aldus ingeleide vordering niet ontvankelijk was; dat hij oordeelt dat de schending van de regel dat de vordering bij dagvaarding moest worden ingeleid, te dezen eisers belangen niet geschonden heeft en dat de eerste rechter terecht de vordering heeft ontvangen; dat hij vervolgens verklaart dat «hij de zaak aan zich trekt» omdat ingevolge het regelmatig hoger beroep van eiser en het incidenteel beroep van verweerder de zaak in haar geheel voor het hof van beroep is gebracht;

Over de door verweerder opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid van het middel: het middel vertoont geen belang nu, ingevolge het regelmatig hoger beroep, de beslissing van de appelrechter de zaak aan zich te trekken, de heropening

van het debat te bevelen en de uitspraak over de kosten aan te houden, naar recht is verantwoord door de toepassing van de devolutieve kracht van het hoger beroep:

Overwegende dat, krachtens artikel 1068, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, hoger beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen het geschil zelf aanhangig maakt bij de rechter in hoger beroep;

Dat door het hoger beroep het geschil voor de appelrechter wordt gebracht met alle feitelijke en juridische vragen die daarmee samenhangen, met inbegrip van de excepties betreffende de geldigheid van de dagvaarding die voor de eerste rechter zijn opgeworpen;

Dat een regelmatig ingesteld hoger beroep op zichzelf niet tot gevolg heeft dat de nietigheden waardoor de inleidende akte is aangetast, gedekt worden;

Overwegende dat het middel dat de appelrechter verwijt te hebben beslist dat de zaak regelmatig aanhangig was gemaakt, niet zonder belang is, nu de rechter op verwijzing de zaak als onregelmatig aanhangig gemaakt zou kunnen beschouwen;

Dat de grond van niet ontvankelijkheid moet worden verworpen;

Over het middel zelf:

Overwegende dat, krachtens artikel 700 van het Gerechtelijk Wetboek, de hoofdvordering bij dagvaarding voor de rechter wordt gebracht, onverminderd de bijzondere regels inzake vrijwillige verschijning en rechtspleging op verzoekschrift;

Dat de artikelen 860 en 861 van hetzelfde wetboek niet kunnen worden toegepast op de schending van deze regel die onder de rechterlijke organisatie ressorteert;

Overwegende dat de appelrechter die oordeelt dat te dezen de belangen van eiser niet geschonden werden door de inleiding van de zaak op een andere wijze dan bepaald bij artikel 700 van het Gerechtelijk Wetboek en op die grond beslist dat de eerste rechter terecht de vordering in herziening ontvangen heeft, artikel 700 van het Gerechtelijk Wetboek schendt;

Dat het middel gegrond is;

...

NOOT – *Nieuwe procesrechtelijke geluiden*

1. In procesrechtelijk perspectief is het cassatiearrest van 27 mei 1994 zeer belangwekkend. In afwijking van zijn vaststaande en algemeen aanvaarde rechtspraak besliste het Hof van Cassatie dat de regel van art. 700 Ger.W. – dat hoofdvorderingen bij dagvaarding voor de rechter worden gebracht, onverminderd de bijzondere regels inzake vrijwillige verschijning en rechtspleging op verzoekschrift – geen rechtsplegingsregel is, die onder het toepassingsgebied valt van de nietigheidsregeling van de artt. 860 e.v. Ger.W., maar een regel van rechterlijke organisatie, waarop de artt. 860 en 861 Ger.W. niet kunnen worden toegepast.

Het is duidelijk dat de procesrechtelijke implicaties van deze uitspraak niet kunnen worden onderschat. In de eerste plaats heeft het arrest rechtstreeks betrekking op de verhouding tussen de regels van rechterlijke organisatie en de nietigheidsregeling van de artt. 860 tot 867 Ger.W. Vervolgens raakt het arrest onrechtstreeks ook de vraag of het hoger beroep devolutieve werking kan hebben, indien de procedure voor de eerste rechter onregelmatig is ingeleid.

2. Aanleiding tot het arrest was de omstandigheid dat een onteigende in het kader van een onteigeningsprocedure in strijd met art. 700 Ger.W. een vordering tot herziening van de onteigeningsprocedure bij verzoekschrift had ingeleid in plaats van bij gerechtsdeurwaardersexploot, terwijl de wetgeving inzake onteigening geen bijzondere regel bevat, die de rechtsingang bij verzoekschrift toelaat. De Belgische Staat betwistte tevergeefs de toelaatbaarheid van de vordering op grond van art. 700 Ger.W. De rechter in eerste aanleg oordeelde dat de vordering rechtsgeldig werd ingeleid en sprak zich uit over de grond van de zaak. Ingevolge het hoger beroep van de onteigende, besliste ook de appelrechter dat hij rechtsgeldig geadieerd was. De Belgische Staat voerde voor het Hof van Cassatie met succes de schending aan van art. 700 Ger.W.

3. In deze noot zullen achtereenvolgens drie vragen worden onderzocht: a) hoe verhouden de regels van rechterlijke organisatie zich ten aanzien van de nietigheidsregeling van de artt. 860 tot 867 Ger.W.; b) is artikel 700 Ger.W. een regel van rechterlijke organisatie?; c) kan het hoger beroep devolutieve werking hebben als het geding voor de eerste rechter onregelmatig is ingeleid?

4.a) *Vallen regels van rechterlijke organisatie onder het toepassingsgebied van de nietigheidsregeling?* – Het Hof van Cassatie besliste in het geannoteerde arrest dat de regels van rechterlijke organisatie niet vallen onder het toepassingsgebied van de nietigheidsbepalingen van de artt. 860 en 861 Ger.W.

De Corte en Seyen zijn het met deze zienswijze niet eens. Zij stellen dat het Hof van Cassatie het belangrijke onderscheid ignoreert tussen enerzijds een regel van rechterlijke organisatie die van openbare orde is en anderzijds de beoordeling van de proceshandeling die tot stand is gekomen na de overtreding van de regel van rechterlijke organisatie. De proceshandeling zelf is geen «akte van rechterlijke organisatie», maar heeft slechts een processuele functie en het is niet vanzelfsprekend dat de sanctie van de overtreding van een regel van rechterlijke organisatie overgaat op een proceshandeling na een dergelijke overtreding (De Corte, R., en Seyen, K., «Terug naar af. Substantiële nietigheden in het gerechtelijk privaatrecht», *Rec.Cass.*, 1994, 313, nr. 4).

5. Met die kritiek op het cassatiearrest kan niet worden ingestemd. Hoe kan op een overtreding van een regel van rechterlijke organisatie een andere sanctie toegepast worden dan de nietigverklaring van de proceshandeling die eruit voortvloeit? De schending van de regels van rechterlijke organisatie zou anders onbestraft blijven. Bovendien hebben de artt. 860 e.v. Ger.W. alleen betrekking op sancties voor verzuimen of onregelmatigheden betreffende de vorm van proceshandelingen. De bewoordingen van art. 860 Ger.W. laten hieromtrent niet de minste twijfel bestaan: «Wat de verzuimde of onregelmatig verrichte vorm ook zij, geen proceshandeling kan nietig worden verklaard, indien de wet de nietigheid ervan niet uitdrukkelijk heeft bevolen.»

Het Hof van Cassatie heeft in verschillende arresten beslist dat de artt. 860 e.v. Ger.W. slechts toepasselijk zijn op proceshandelingen en niet op vonnissen en arresten, met uitzondering van de gevallen die vóór de inwerkingtreding van de wet 3 augustus 1992 nog vermeld waren in de artt. 860 e.v. Ger.W. (Cass., 6 februari 1984, *Arr.Cass.*, 1983-84, 684; Cass., 17 mei 1984, *Arr.Cass.*, 1983-84, 1202, nr. 528, *Pas.*, 1984, I, 1126, *R.W.*, 1985-86, 525; Cass., 6 oktober 1989, *Arr.Cass.*,

1989-90, 172, nr. 78, *Pas.*, 1989, I, 151). In zijn arrest van 28 april 1988 (*Arr. Cass.*, 1987-88, 1088, nr. 527, *Pas.*, 1988, I, nr. 527) omschreef het Hof van Cassatie de proceshandeling als een handeling die in het kader van een proces of onder toezicht van het gerecht door de partijen, hun gevolmachtigden of het hulppersoneel van de rechter is verricht.

6. Het gesloten nietigheidssysteem is niet toepasselijk op vonnissen, en evenmin op de schending van regels van rechterlijke organisatie. Het toepassingsgebied van de nietigheidsregeling kan zich niet uitstrekken tot de beoordeling van inbreuken op voorschriften betreffende de rechterlijke organisatie. De wettelijke nietigheidsregeling slurpt de overige sanctieregelingen voor de schending van regels van rechterlijke organisatie of van bevoegdheidsregels niet op. Het bestaan van een afzonderlijk systeem van nietigheden met betrekking tot de rechterlijke organisatie kan niet ontkend worden. Welke voorschriften tot de rechterlijke organisatie behoren is evenwel *de lege lata* niet duidelijk afgebakend. Meestal worden onder deze noemer geplaatst: onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter, openbaarheid van de uitspraak, de benoemingsvoorwaarden, de samenstelling van de rechtbank, het voorgeschreven aantal rechters. Deconinck pleit *de lege ferenda* terecht voor het afbakenen van een volledig en duidelijk nietigheidsstelsel inzake rechterlijke organisatie, met duidelijke criteria om wildgroei, verwarring en rechtsonzekerheid te vermijden (Deconinck, B., «Naar een afbakening in de sanctieregeling», in *De Sanctieregeling in het gerechtelijk recht*, Laenens, J. en Storme, M. (red.), I.C.G.R., Brussel, Kluwer, 1994, nr. 4; 80, nr. 7; 81, nr. 9; 86, nrs. 16-17). Dat een gevaar voor wildgroei niet denkbeeldig is, toont het geannoteerde arrest. De stelling dat art. 700 Ger.W. een regel is van rechterlijke organisatie, is verrassend en doet vraagtekens rijzen.

7.b) *Is artikel 700 Ger.W. een regel van rechterlijke organisatie?* Algemeen wordt aangenomen dat artikel 700 Ger.W. de bevestiging inhoudt van de regel dat vorderingen door middel van een gerechtsdeurwaardersexploot worden ingeleid, en dat het verzoekschrift slechts wordt gebruikt wanneer de wet het toelaat of voorschrijft. Niet alle auteurs zijn het ermee eens dat de inleiding van het geding bij exploit van de gerechtsdeurwaarder de algemene regel moet zijn (Laenens, J., «Inleiding van het geding: exploit of verzoekschrift?», in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, Geinger, H. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1984, 51).

8. Ingevolge de wet 3 augustus 1992 bevat het Gerechtelijk Wetboek thans in de artt. 1034bis tot 1034sexies Ger.W. een uitdrukkelijke regeling van het verzoekschrift op tegenspraak, maar deze bepalingen gelden slechts indien de wet afwijkt van de algemene regel die voorziet in een inleiding van de hoofdvordering bij dagvaarding. Deze nieuwe wetsbepalingen bevestigen de regel dat een vordering die een rechtspleging op tegenspraak inleidt, wordt ingesteld door middel van een dagvaarding bij gerechtsdeurwaardersexploot (memorie van toelichting, *Gedr.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1198/1, 23-24; de Leval, G., «La loi du 3 août 1992 modifiant le Code Judiciaire. Commentaire à l'aide des travaux préparatoires», *J.T.*, 1992, (841), 853-854, nr. 13; Laenens, J. en Broeckx, K., «Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling», *R.W.*, 1992-93, (897), 913, nr. 101; Raes, S., *Comm. Ger.Recht*, art. 1034bis, Antwerpen, Kluwer, 1993, nr. 1; Scheers, D., *Het vernieuwde Gerechtelijk Wetboek. Een praktische commentaar bij de Wet van 3 augustus 1992*, Antwer-

pen, Kluwer, 1993, 269). Anderen zien in de nieuwe wetsbepalingen een evolutie om aan het exploit van de gerechtsdeurwaarder zijn primauteit als inleidingsvorm te ontnemen (De Corte, R., *I.c.*, (313), 315, nr. 15). Het is duidelijk dat de wet 3 augustus 1992 tegenstrijdige signalen uitzendt door enerzijds uitdrukkelijk aan het verzoekschrift op tegenspraak een eigen statuut te verlenen en anderzijds de voorrang van het exploit van dagvaarding te bevestigen (Raes, S., *Comm. Ger.Recht*, art. 1034bis, Antwerpen, Kluwer, 1993, nr. 4).

9. Het Gerechtelijk Wetboek bepaalt niet of een sanctie moet worden toegepast en, zo ja, welke sanctie, wanneer een vordering wordt ingeleid bij verzoekschrift, hoewel dit niet wettelijk toegelaten of voorgeschreven is. De wet stelt geen sanctie op een vergissing bij de keuze van de inleidingsvorm. Toch wordt vrij algemeen aanvaard dat de algemene regel van art. 700 Ger.W. een voorschrift betreft, dat dient te worden nageleefd en op de schending waarvan een sanctie zou moeten staan. De vraag is alleen welke sanctie (Deconinck, B., «Naar een afbakening in de sanctieregeling», in *De sanctieregeling in het gerechtelijk recht*, Laenens, J. en Storme, M. (red.), Brussel, Kluwer, 1994, 94, nr. 27).

10. De dagvaarding bij gerechtsdeurwaardersexploot is niet op straffe van nietigheid van de inleidende akte voorgeschreven, zodat de exceptie van nietigheid van het verzoekschrift niet kan slagen (Raes, S., *I.c.*, nr. 5). Verschillende auteurs stellen dat een exceptie van ontoelaatbaarheid kan worden opgeworpen tegen de vordering die bij verzoekschrift is ingeleid, terwijl de wet dit niet toeliet of voorschreef (de Leval, G., «Excepties van nietigheid en middelen van niet ontvankelijkheid», *De gerechtsd.*, 1992, (94), 97; «L'introduction de la demande par requête contradictoire», in *Le nouveau droit judiciaire privé*, Dossier Journal des Tribunaux, Brussel, Larcier, 1994, 41; Raes, S., «Het verzoekschrift op tegenspraak», in *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, Eerste commentaar bij de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, Antwerpen, Kluwer, 1992, 84, nr. 5). Deze exceptie raakt echter niet de toelaatbaarheid van de rechtvordering, zoals bedoeld in de artt. 17 en 18 Ger.W., maar is eerder een sanctie sui generis die de concrete eis raakt (Lemmens, P., m.m.v. Raes, S., Wortelaers, V. en Verlinden, J., *Gerechtelijk Privaatrecht*, Leuven, Acco, 1991, IV-2). De exceptie van ontoelaatbaarheid moet worden opgeworpen door de verweerder, hetzij – bij verstek van de verweerder – ambtshalve door de rechter. Raes meent deze exceptie van ontoelaatbaarheid te kunnen baseren op de arresten van het Hof van Cassatie van 30 mei 1988 (*Arr. Cass.*, 1987-88, 1262, *Pas.*, 1988, I, 1172, *R.W.*, 1988-89, 646) en 22 december 1986 (*Arr. Cass.*, 1986-87, 542; *Soc. Kron.*, 1990, 288, noot Petit, J.). In het arrest van 30 mei 1988 oordeelde het Hof van Cassatie dat het arbeidshof ten onrechte beslist had dat de vordering een geschil opleverde als bedoeld in de artt. 580, 2° en 3°, en 581, 2°, Ger.W. en bijgevolg ten onrechte art. 704 Ger.W. toepasselijk had geacht, dat voor die geschillen voorziet in de inleiding van de vordering bij verzoekschrift. Het Hof van Cassatie vernietigde de ontvankelijkverklaring van de bij verzoekschrift ingestelde vordering. Het arbeidshof had de exceptie van niet-ontvankelijkheid van eiser tot cassatie gegrond moeten verklaren (Raes, S., *Comm. Ger.Recht*, art. 1034bis, nr. 6). Het cassatie-arrest van 22 december 1986 wijst een voorziening af tegen een arrest waarbij het arbeidshof de niet-toelaatbaarheid

had uitgesproken. De Corte en Seyen daarentegen betwisten dat voornoemde cassatiearresten het bestaan van een exceptie van ontoelaatbaarheid kunnen staven (De Corte, R. en Seyen, K., *l.c.*, nr. 18, voetnoot 2).

11. Als men het bestaan van een exceptie van ontoelaatbaarheid aanneemt, zou daaruit logischerwijze moeten volgen dat ook tegen een eis die bij dagvaarding wordt ingeleid, waar de wet het verzoekschrift *voorschrijft*, deze exceptie van ontoelaatbaarheid tegen de vordering bij dagvaarding kan worden aangevoerd. Deze redenering is echter door het Hof van Cassatie verworpen. In het arrest van 1 oktober 1990 (*Arr. Cass.*, 1990-91, 111, *J.T.*, 1992, 475, noot Romain, J.) besliste het Hof dat een rechtsplegingsbepaling die de inleiding van een bepaald geding bij verzoekschrift voorschrijft, in de regel de inleiding van zulk een geding bij dagvaarding niet ongeldig maakt. Dit arrest doet de vraag rijzen of ook niet naar analogie moet worden aangenomen dat de bepaling van art. 700 Ger.W. die de inleiding bij dagvaarding voorschrijft, de inleiding bij verzoekschrift niet ongeldig maakt (Laenens, J. en Broeckx, K., *Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling*, Antwerpen, Maklu, 1993, 45, nr. 106; Raes, S., *l.c.*, *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, (81), 85, nr. 6).

12. In het arrest van 27 mei 1994 beslist het Hof van Cassatie dat de miskennis van de regel van art. 700 Ger.W. een overtreding inhoudt van een regel van rechterlijke organisatie. Deze kwalificatie van art. 700 Ger.W. als een regel van rechterlijke organisatie is een radicale ommekeer in de vaststaande cassatierechtspraak, die in de rechtsleer algemeen aanvaard werd. Het Hof van Cassatie besliste meermaals dat niet voor het eerst in cassatie kan worden aangevoerd dat de vordering niet bij verzoekschrift, maar bij dagvaarding had moeten worden ingeleid (*Cass.*, 13 december 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 376; *Cass.*, 26 november 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 375; *Cass.*, 25 februari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 759; Deconinck, B., *l.c.*, 94, nr. 27; Laenens, J. en Broeckx, K., *o.c.*, 44, nr. 105; Raes, S., *l.c.*, 83, nr. 5; Maes, B., *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 194, nr. 228). Tot voor het arrest van 27 mei 1994 werd algemeen aangenomen dat art. 700 Ger.W. niet de openbare orde raakt en geen regel is van rechterlijke organisatie. Het is moeilijk te begrijpen waarom het Hof van Cassatie nu plots de regel van art. 700 Ger.W. wel beschouwt als een regel van rechterlijke organisatie. De regel betreft immers alleen de wijze waarop een geding wordt ingeleid. Het Hof van Cassatie geeft niet aan hoe deze regel de rechterlijke organisatie raakt. Volgens De Corte is dit raakpunt vermoedelijk het feit dat een beroep gedaan moest worden op een ministeriële ambtenaar voor de inleiding van de zaak. Het niet beroep doen op een ministeriële ambtenaar, waar dit door de wet voorgeschreven is, zou verband houden met een regel van rechterlijke organisatie, wat echter een extensieve en vergezochte interpretatie is en van de rechterlijke organisatie een gevaarlijk open begrip maakt (De Corte, R. en Seyen, K., *l.c.*, (313), 315, nr. 17). De wijze van rechtsingang heeft niets gemeen met de rechterlijke organisatie. Het gaat niet om de vorm van de proceshandeling, d.i. de voorschriften die de proceshandeling dient te omvatten, noch om de organisatorische achtergrond van het proces, maar alleen om de keuze van de aan te wenden proceshandeling zelf (Deconinck, B., *l.c.*, 94 en 97).

13. Het is duidelijk dat een gebiedend wettelijk voorschrift zoals art. 700 Ger.W. om de dagvaarding te gebruiken voor de inleiding van het geding niet veel zin heeft als het

zonder sanctie blijft. Het gevaar dat door het achterpoortje van de ontstentenis van een sanctie het toepassingsgebied van het verzoekschrift contra legem zou worden verruimd is m.i. theoretisch. Zelfs indien aangenomen wordt dat de inleiding van een vordering bij verzoekschrift buiten een geval waarin de wet deze rechtsingang uitdrukkelijk toestaat of voorschrijft, niet tot de ontoelaatbaarheid van het verzoek kan leiden, zal het verzoekschrift in een dergelijk geval moeilijk door de griffier aangenomen kunnen worden. Daar de griffier slechts de opdrachten vervult die de wetgever hem met zoveel woorden toevertrouwt, kan deze vorm van rechtsingang slechts worden aangewend in de gevallen die de wet bepaalt. Dit volgt uit art. 46, § 6, eerste lid, Ger.W., dat voorschrijft dat de griffier ervoor zorgt dat de kennisgeving bij gerechtsbrief geschiedt, in de gevallen die de wet bepaalt. De griffier kan dus enkel een oproeping bij gerechtsbrief verrichten overeenkomstig art. 1034 *sexies* Ger.W. indien de wet voorziet in de kennisgeving in het raam van een verzoekschriftprocedure (Laenens, J., *l.c.*, (53), 58, nt. 10; Laenens, J. en Broeckx, K., *o.c.*, 45, nr. 107).

14.c) *Kan het hoger beroep devolutieve werking hebben als het geding voor de eerste rechter onregelmatig was ingeleid?* Overeenkomstig art. 1068, eerste lid, Ger.W. maakt het hoger beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen het geschil zelf aanhangig bij de rechter in hoger beroep. Het geschil wordt onttrokken aan de rechter in eerste aanleg en overgeheveld naar de appelrechter. Dit gevolg wordt aangeduid als de devolutieve werking van het hoger beroep (Kohl, A., *R.P.D.B.*, Compl. VI, v° Appel, nrs. 891-968). Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de appellat met het hoger beroep de wijziging beoogt van het aangevochten vonnis wegens inhoudelijke onjuistheden, dan wel de nietigverklaring wegens formele onregelmatigheden. Het Hof van Cassatie heeft steeds aangenomen dat de appelrechter die een vonnis om welke reden ook nietig verklaart, overeenkomstig art. 1068, eerste lid, Ger.W. uitspraak moet doen over het geschil zelf (*Cass.*, 18 juni 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1164, *Pas.*, 1976, I, 1126 (onregelmatige samenstelling van de rechtbank); *Cass.*, 21 januari 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 675, *R.W.*, 1982-83, 2546 (schending van het recht van verdediging); *Cass.*, 2 juni 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 1217, *R.W.*, 1983-84, 2047 (vormgebrek); *Cass.*, 29 maart 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 1008 (vormgebrek)).

15. In het arrest van 5 mei 1988 besliste het Hof van Cassatie dat het hoger beroep devolutieve werking heeft, zélf indien de appelrechter oordeelt dat het vonnis van de eerste rechter nietig is omdat de inleidende akte de oorspronkelijke verweerder niet heeft bereikt (*Cass.*, 5 mei 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, conclusie proc.-gen. Krings). Het betrof een geval waarin de gerechtsdeurwaarder in de inleidende akte een onjuist huisnummer had vermeld, zodat het exploit de gedaagde pas bereikte toen hij reeds bij verstek veroordeeld was. Hoewel de appelrechter vaststelde dat het geding voor de eerste rechter niet rechtsgeldig was ingeleid, oordeelde hij toch over het geschil zelf krachtens de devolutieve werking van het hoger beroep. In zijn cassatievoorziening werpt de gedaagde op dat de nietigheid van de dagvaarding krachtens de artt. 43, 3°, 860 en 860 Ger.W. aan deze dagvaarding ieder rechtsgevolg ontnemt en geenszins kan worden gedeckt door het instellen van hoger beroep, doch alleen door de toepassing van de nietigheidsregeling, die niet geldt in geval van verstek. Het Hof van Cassatie verwierp deze voorzie-

ning en aanvaardde in navolging van Krings de toepassing van de devolutieve werking van het hoger beroep.

16. Deze rechtspraak roept ernstige bedenkingen op. Er zijn redenen om aan het hoger beroep dat de vernietiging beoogt van het aangevochten vonnis, niet steeds devolutieve werking te verlenen, vooral niet indien de vernietiging het gevolg is van een gebrek in de gedinginleidende akte of van een schending van een regel van rechterlijke organisatie, die het recht van verdediging van de verweerder heeft geschonden.

Het gaat niet op dat de appelrechter ten gronde uitspraak moet doen, wanneer hij het vonnis nietig verklaart omdat de inleidende akte nietig is en deze nietigheid niet is gedekt overeenkomstig de artt. 864 en 867 Ger.W. Dit is het geval als het normdoel van de inleidende akte, met name een regelmatige oproeping voor de rechter die de gedaagde in de gelegenheid stelt zich tegen de vordering te verweren, niet is bereikt. Het voornoemde cassatiearrest van 5 mei 1988 lokte dan ook terecht kritiek uit bij vele auteurs. Indien de appelrechter vaststelt dat de inleidende akte nietig is en de gedaagde zich door deze onregelmatigheid niet kon verweren voor de eerste rechter, zodat hij bij verstek werd veroordeeld en de nietigheid niet werd gedekt, belet deze nietigheid dat het hoger beroep devolutieve werking heeft. De appelrechter kan in dit geval alleen maar vaststellen dat het aangevochten vonnis nietig is, zonder uitspraak te doen over het geschil zelf. De devolutieve werking van het hoger beroep vooronderstelt dat de eerste rechter regelmatig geadieerd werd (de Leval, G. en De Pover, M.F., «Les effets de l'appel de droit judiciaire privé», *Act.Dr.*, 1991, (631), nr. 31; de Leval, G., «L'effet dévolutif de l'appel peut-il couvrir la nullité d'un acte introductif d'instance?», noot onder Brussel, 1 december 1988, *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1989, 400; Linsmeau, J., «Développements récents en matière de droit judiciaire», *Cah.Dr.Jud.*, 1991, 35, nr. 2; Van Compernelle, J., «Considérations sur l'effet dévolutif de l'appel dans le Code judiciaire», noot onder Cass., 24 december 1987 (twee arresten) en 5 mei 1988, *R.C.J.B.*, 1989, 523, nrs. 6-7). Het zonder meer aanvaarden van de devolutieve werking zou ertoe leiden dat elke sanctie tegen het niet naleven van vormvoorschriften opgeheven wordt, zelfs indien daardoor het recht van verdediging van de gedaagde voor de eerste rechter werd geschonden. De Leval stelt dat de nietigverklaring van de inleidende akte deze akte doet verdwijnen en dat het hoger beroep «ne peut être un voie d'achèvement de ce qui n'existe pas» (de Leval, G., *l.c.*, 400). Volgens Van Compernelle lijkt het cassatiearrest van 5 mei 1988 betwistbaar voor zover de draagwijdte die daarin wordt verleend aan de devolutieve werking moeilijk verzoenbaar is met de nietigheidsleer. Hij vindt het moeilijk te verdedigen dat het vormgebrek van de inleidende akte gedekt is door de regelmatigheid van de beroepsakte. Indien de appelrechter vaststelt dat de inleidende akte nietig is en deze nietigheid niet gedekt is door het vonnis in eerste aanleg, dan belet deze nietigheid de devolutieve kracht van het hoger beroep. Hoe kan het hoger beroep devolutieve kracht hebben als het bestaan van de eerste aanleg in zijn principe zelfs is aangetast (Van Compernelle, J., *l.c.*, (523), nr. 6)?

17. In het geannoteerde arrest van 27 mei 1994 heeft het Hof van Cassatie afstand genomen van het standpunt dat in het arrest van 5 mei 1988 verdedigd werd. Door de rechter in eerste aanleg, en later ook in hoger beroep, werd geoordeeld

dat wat ook de vorm van de inleiding is – dagvaarding of verzoekschrift – het eerste vereiste om bij een rechtsinstantie een veroordeling te verkrijgen een uitnodiging hiertoe is, zodat de mogelijkheid tot verdediging bestaat vanaf het begin van de behandeling. Aan deze voorwaarde was voldaan. De gedaagde werd onmiddellijk na de indiening van het verzoekschrift bij gerechtsbrief verwittigd en kon vanaf de aanvang van het geding zijn middelen laten gelden, zodat het recht van verdediging geëerbiedigd werd. Bovendien was hij vanaf de aanvang aanwezig en kon hij zijn verweer doen gelden. De belangen van de gedaagde werden derhalve niet geschaad doordat de inleiding gebeurde op een andere wijze dan bepaald in art. 700 Ger.W. De appelrechter besliste dat de vordering door de eerste rechter terecht ontvankelijk werd verklaard en paste vervolgens de devolutieve werking toe. De oorspronkelijke verweerder stelde vervolgens cassatieberoep in wegens schending van de artt. 700, 860 en 861 Ger.W.

18. Het is van belang op te merken dat de verweerder in cassatie een grond van niet-ontvankelijkheid tegen de cassatievoorziening had opgeworpen. Volgens hem had de eiser tot cassatie geen belang bij de voorziening, omdat ingevolge het regelmatig hoger beroep de beslissing van de appelrechter om de zaak aan zich te trekken naar recht verantwoord was door de toepassing van de devolutieve werking van het hoger beroep. Deze grond van niet-ontvankelijkheid raakt de vraag of de appelrechter overeenkomstig de devolutieve werking van het hoger beroep over het geschil zelf moet oordelen, ook als zou de rechtsingang voor de eerste rechter niet rechtsgeldig zijn. In zijn conclusie voor het arrest merkt du Jardin op dat, indien het antwoord op deze vraag bevestigend is, de opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid gegrond verklaard moet worden: het middel vertoont dan geen belang omdat het regelmatig beroep het geschil zelf bij de appelrechter aanhangig heeft gemaakt. Het Hof van Cassatie heeft echter de exceptie van niet-ontvankelijkheid verworpen. Volgens het Hof wordt door het hoger beroep het geschil voor de appelrechter gebracht met alle feitelijke en juridische vragen die daarmee samenhangen, met inbegrip van de excepties betreffende de geldigheid van de dagvaarding die voor het eerst door de eerste rechter zijn opgeworpen. Een regelmatig hoger beroep heeft op zichzelf niet tot gevolg dat de nietigheden waardoor de inleidende akte is aangetast, gedekt worden. Het middel dat de appelrechter verwijt te hebben beslist dat de zaak regelmatig aanhangig was gemaakt, is niet zonder belang, nu de rechter op verwijzing de zaak als onregelmatig aanhangig gemaakt zou kunnen beschouwen. In afwijking van het arrest van 5 mei 1988 en de conclusie van adv.-gen. du Jardin besliste het Hof van Cassatie dat de nietigheid van de inleidende akte niet automatisch wordt gedekt door een regelmatig hoger beroep.

De motivering van de verwerping van het middel van niet-ontvankelijkheid – dat precies steunde op de devolutieve werking – wijst erop dat de appelrechter zich ertoe kan beperken de onregelmatigheid van de inleidende akte vast te stellen, zonder over het geschil zelf te oordelen.

Karen Broeckx
Assistente Universiteit Antwerpen

HOF VAN CASSATIE*3e KAMER – 26 SEPTEMBER 1994*

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: mevr. Bourgeois

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Bützler en Delahaye

Arbeidsovereenkomst – Einde – Opzegging – Werkgever – Hogere bediende – Opzeggingstermijn – Duur – Berekeningswijze – Overeenkomst – Tijdstip – Rechter – Bevoegdheid – Beperking

Bij ontstentenis van een overeenkomst, op zijn vroegst gesloten op het tijdstip waarop de opzegging wordt gedaan, is alleen de rechter bevoegd om de opzeggingstermijn vast te stellen die de werkgever t.a.v. een hogere bediende in acht moet nemen. 's Rechters bevoegdheid in dezen kan niet worden uitgesloten of beperkt door een eerdere overeenkomst betreffende de duur van de opzeggingstermijn en de berekeningswijze ervan.

N.V. Y. t/ S.

Gelet op het bestreden arrest, op 18 mei 1993 gewezen door het Arbeidshof te Brussel;

...
Overwegende dat de vergoeding, bedoeld in artikel 39, § 1, van de Arbeidsovereenkomstenwet, blijkens die bepaling vastgesteld wordt op grond van de opzeggingstermijn;

Overwegende dat, krachtens artikel 82, § 3, eerste lid, van dezelfde wet, de opzeggingstermijn die de werkgever in acht moet nemen wanneer het jaarlijkse loon van de bediende het bij die bepaling gestelde bedrag overschrijdt, wordt vastgesteld hetzij bij overeenkomst gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, hetzij door de rechter;

Overwegende dat, bij ontstentenis van een overeenkomst als bedoeld in de evengenoemde wetsbepaling, het alleen aan de rechter staat de opzeggingstermijn vast te stellen;

Dat de bevoegdheid van de rechter alsdan niet kan worden uitgesloten of beperkt door een overeenkomst die de opzeggingstermijn of de berekeningswijze daarvan heeft vastgesteld;

Overwegende dat het arrest de opzeggingsvergoeding van verweerster berekent op grond van een opzeggingstermijn waarvan de berekeningswijze werd bepaald door een overeenkomst die aan het ontslag voorafging;

Dat het arrest aldus artikel 82, § 3, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet schendt;

...

HOF VAN CASSATIE*2e KAMER – 5 OKTOBER 1994*

Voorzitter: de h. Stranard

Rapporteur: de h. Ghislain

Openbaar ministerie: de h. Piret

Jeugdbescherming – Maatregel van bewaring – Aard

De maatregel die de jeugdrechter neemt ter bescherming van de minderjarige, is geen vrijheidsbeneming of aanhouding in de zin van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis.

X

Gelet op het bestreden arrest, op 21 september 1994 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbesluidigingstelling;

...

Over het eerste middel:

Overwegende dat het middel geen verband houdt met de bestreden beslissing en dus niet ontvankelijk is;

Over het tweede middel:

Overwegende dat de beschikking, waarin de jeugdrechter overeenkomstig de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming maatregelen neemt ter bescherming van de minderjarigen, geen vrijheidsbeneming of aanhouding is in de zin van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis;

Dat, in zoverre, het middel faalt naar recht;

Overwegende voor het overige dat het middel kritiek oefent op de rechtspleging voor de jeugdrechtbank;

Dat het dienaangaande niet ontvankelijk is;

...

HOF VAN CASSATIE*3e KAMER – 10 OKTOBER 1994*

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Houtekier en De Bruyn

Arbeidsreglement – Straffen – Mededeling aan werknemer – Termijn – Vorm – Mondelinge mededeling

Hoewel de door de werknemer opgelopen straf hem in de in art. 17 Arbeidsreglementenwet bepaalde korte termijn ter kennis moet worden gebracht, schrijft geen wetsbepaling voor dat die kennisgeving schriftelijk moet gebeuren.

V. t/ O.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 oktober 1993 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen;

...

Overwegende dat, luidens artikel 17 van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen, de straffen, op straffe van nietigheid, uiterlijk de eerste werkdag na die waarop een tekortkoming is vastgesteld, door de werkgever of door zijn aangestelde ter kennis moeten worden gebracht van degenen die ze hebben opgelopen;

Dat het de bedoeling van de wetgever is dat de werknemer snel wordt ingelicht maar niet dat de wijze waarop hij wordt ingelicht van de straf, op straffe van nietigheid aan bepaalde vormvereisten wordt onderworpen;

Dat die wetsbepaling noch enige andere wetsbepaling de werkgever verplichten op straffe van nietigheid de straf schriftelijk ter kennis te brengen van de werknemer;

Overwegende dat de appelrechters vaststellen, zonder deswege te worden bekritiseerd, dat eiser binnen de wettelijke termijn mondeling werd ingelicht betreffende de genomen straf; dat zij oordelen dat die wijze van kennisgeving niet in strijd is met het voorschrift van de wet;

Dat zij aldus de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schenden;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

9e KAMER – 21 OKTOBER 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. Guffens

Raadsheren: de hh. Van Craen en Mennes

Openbaar ministerie: de h. Schram

Advocaten: mrs. Pauwels en De Ruyck

Opzettelijk toebrengen van verwondingen – Sport – Voetbal

Het deelnemen aan de sport verleent geen strafrechtelijke immuniteit. Zo de spelers de risico's van het voetbalspel dragen, dan aanvaarden ze deze slechts binnen de perken van regels van de sport zelf.

De spelfout waarbij willens en wetens, lichamelijk letsel wordt veroorzaakt aan een tegenspeler, valt buiten de normale spelregels, ongeacht of de feiten onderworpen zijn aan de inwendige tucht van de voetbalbond.

G. t/ V.

Overwegende dat uit de dossiergegevens en de verhoren ter terechtzitting van de eerste rechter is komen vast te staan dat tijdens de voetbalwedstrijd, gespeeld op 4 maart 1990 te H. tussen de lokale ploeg K.S.V. H. en F.C.V. A., de burgerlijke partij Mark G., speler van H., even vóór het affluiten van de wedstrijd alleen naar het doel van A. stevende en de uitkomende doelwachter wist te ontwijken; dat de doelwachter, beklaagde Geert V., hem toen onderuit haalde buiten het strafschopgebied, waardoor de burgerlijke partij een beenbreuk opliep;

Overwegende dat beklaagde beweert dat hij wel een zware spelfout beging maar hierbij niet opzettelijk heeft gehandeld; dat zijn optreden, ofschoon foutief, geen misdrijf oplevert in de zin van artikel 392 van het Strafwetboek, omdat het moreel bestanddeel, namelijk het oogmerk om de burgerlijke partij te raken en te verwonden, niet is aangetoond en hoogstens een onopzettelijke fout kan uitmaken, inherent aan het voetbalspel zelf, waarvoor de spelers de nodige risico's aanvaarden;

Overwegende dat alle dossiergegevens er nochtans op wijzen dat beklaagde de burgerlijke partij opzettelijk heeft aangerand, zoals overigens blijkt uit zijn eigen verklaring aan de rijkswacht: «Ik stond op de 89e minuut aan de grote backlijn en toen Mark G. alleen door (sic). Ik deed een zware fout op Mark G. Ik trapte G. onderuit en raakte hem op het scheenbeen. Hierdoor liep hij een beenbreuk op...»;

dat deze verklaring, afgelegd op 19 maart 1990, twee weken na de feiten, dus met volledig besef van de draagwijdte ervan, niet anders uitgelegd kan worden dan dat beklaagde de speler zelf heeft willen treffen en niet de bal heeft willen spelen;

dat uit de lezing van de verklaringen van R.H., scheidsrechter van de wedstrijd afgelegd aan de rijkswacht op 4 maart 1990 en onder eed ter terechtzitting van de eerste rechter, en de grensrechters E.C. en R.S., eveneens door de eerste rechter onder eed gehoord, vaststaat dat beklaagde op de naderende aanvaller, G., afging, dat G. hem van op 2 à 3 meter met een schijnbeweging ontweek, zodat beklaagde als doelwachter gevloerd was en, aangezien de bal reeds buiten zijn bereik was, nog alleen de speler kon raken; dat volgens getuige S. de bal toen reeds 6 à 7 meter van beklaagde verwijderd was, hetgeen overeenstemt met de versie van de burgerlijke partij, die gewaagt van een vijftal meters;

dat voornoemde getuigen uit dit alles met de grootste stelligheid afleiden dat beklaagde de naderende aanvaller opzettelijk onderuit heeft getrapt met de kennelijke bedoeling hem te raken en hem dus te verwonden en zeker niet de bal heeft willen spelen;

Overwegende dat deelnemen aan de sport geen strafrechtelijke immuniteit verleent;

Overwegende dat, zo de spelers inderdaad de risico's van het voetbalspel dragen, zij dit uiteraard slechts aanvaarden binnen de perken van de regels van deze sport zelf;

dat voor het voetbalreglement elke opzettelijke aanranding van de fysieke integriteit van de medespelers onaanvaardbaar is; dat de spelfout, waarbij de aanrander wetens en willens, zoals te dezen, lichamelijk letsel veroorzaakt aan een tegenspeler uiteraard buiten de normale spelregels valt, ongeacht of deze feiten niettemin onderworpen worden aan de inwendige tucht van de Voetbalbond;

Overwegende dat aldus buiten het materieel element van de toegebrachte slagen ook het moreel bestanddeel, namelijk het oogmerk om de persoon van de burgerlijke partij aan te randen en te verwonden, ten laste van beklaagde bewezen is;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

11e KAMER – 31 OKTOBER 1994

Voorzitter: mevr. Van Isterdael

Raadsheren: mevr. Van Eygen en de h. De Meue

Advocaten: mrs. Coucke loco Schepens en Demaeght loco Van Elslander

Burgerlijke rechtspleging – Wet – Overgangsrecht – Echtscheiding

Wanneer het hoger beroep tegen een vóór 1 oktober 1994 gewezen vonnis dat de echtscheiding «toestaat», ongegrond wordt verklaard wat de echtscheidingsgrond zelf betreft, wordt de echtscheiding door het hof van beroep «uitgesproken».

D. t/ B.

De appellante heeft tijdig en regelmatig hoger beroep ingesteld tegen het vonnis verleend op 13 februari 1993 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge.

In het aangevochten vonnis heeft de eerste rechter de vordering tot echtscheiding op grond van artikel 232, § 1, van het Burgerlijk Wetboek van de geïntimeerde ingewilligd en heeft hij de vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap bevolen.

...
De geïntimeerde vraagt de bevestiging van het eerste vonnis. Bij tussenvordering vordert hij een schadevergoeding van 25.000 frank wegens tergend en roekeloos hoger beroep en de veroordeling van de appellante tot het terugbetalen van een bedrag van 72.000 frank onderhoudsgelden die hij aan haar heeft betaald van 13 september 1993 tot 23 maart 1994.

Omtrent het bewijs van de duurzame ontwijking van het huwelijk

Uit de overgelegde stukken, meer bepaald uit de attesten van woonplaats blijkt ten genoegen van recht dat de partijen minstens sedert 4 september 1987 niet meer samenwonen. De appellante heeft dit trouwens nooit betwist.

Derhalve staat vast dat de partijen feitelijk gescheiden zijn sinds 4 september 1987, dus meer dan vijf jaar op het ogenblik van het indienen van de vordering tot echtscheiding.

De eerste rechter heeft uit die toestand, mede uit het feit dat er geen ernstige pogingen tot toenadering tussen de partijen werden bewezen, terecht de duurzame ontwijking van het huwelijk kunnen vaststellen.

Noch voor de eerste rechter noch voor het Hof kan de appellante aantonen dat zij steeds naar een verzoening zou hebben gestreefd. Het beroep van de appellante is dan ook op dit punt ongegrond.

...
Gelet echter op de artikelen 12 en 45, § 2, van de wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding, die in werking trad op 1 oktober 1994 dient thans de echtscheiding niet meer te worden toegestaan maar door het Hof te worden uitgesproken. Het eerste vonnis moet dan ook op dit punt worden gewijzigd.

...
Het Hof,

Ontvangt het hoger beroep en de tussenvordering van de geïntimeerde en erover beslissend;

Doet het bestreden vonnis teniet waar de echtscheiding werd «toegestaan» tussen de partijen en de beoordeling over de schuldvraag en de uitkering na echtscheiding werd verwezen naar de bijzondere rol, evenals omtrent de kosten en opnieuw wijzende:

Spreekt de echtscheiding uit tussen B., gehuwd op (...) met D., geboren te (...)

NOOT – «Voor wie haar soms geweld aandoet»

«Voor wie haar soms geweld aandoet» was jaren geleden op radio of T.V., dat wil ik kwijt zijn, een programma tot stichting van de taalverkrachters die we allen in mindere of meerdere mate zijn.

Hoewel het procesrecht onzijdig is als woordgeslacht, zie ik het toch als een bevallige én eerbiedwaardige dame, wie ook vaak geweld wordt aangedaan.

Bovenstaand arrest is mijns inziens een technische verkrachting van de eerbiedwaardige dame, maar de vrijspraak moet volgen op grond van onweerstaanbare drang.

De toepassing in de tijd van de wet van 30 juni 1994 die de echtscheidingsprocedure wijzigt, levert in het licht van de regels van het procesrecht namelijk een dilemma op met betrekking tot de vraag of, wanneer het hoger beroep tegen het vonnis dat de echtscheiding toelaat, ongegrond wordt verklaard, de oude of de nieuwe regeling betreffende de overschrijving van de echtscheiding toegepast dient te worden.

De oplossing van het Hof te Gent in het bovenstaande arrest, uitgesproken na het in werking treden van de wet, om de nieuwe regels met betrekking tot het «uitspreken» van de echtscheiding (in plaats van «toelaten» ervan) en dus de nieuwe regels met betrekking tot de overschrijving van het echtscheidingsvonnis, uitdrukkelijk toepasbaar te verklaren, onderschrijf ik volledig.

Maar alleen omdat die oplossing zich om praktische redenen opdringt en niet omdat ze voortvloeit uit de nieuwe wet.

Men stelle zich immers het dispositief van een arrest dat een hoger beroep tegen een echtscheidingsvonnis afwijst voor in zijn meest eenvoudige (en mijns inziens best mogelijke) vorm, ontdaan van alle nodeloze franje:

«Om die reden,

«Het hof, rechtsprekend op tegenspraak,

«verklaart het hoger beroep ontvankelijk maar ongegrond,

«wijst appellant(e) af en veroordeelt hem (haar) de kosten...»

Kan men gedurende de komende jaren, telkens wanneer het vonnis a quo dateert van vóór de wet van 30 juni 1994 en dus de echtscheiding «toelaat» en niet «uitsprekt», van de partijen, van hun advocaten, van de griffiers en het griffiepersoneel de tegenwoordigheid van geest eisen om een «hoger-beroep-ongegrond-dispositief» zoals hierboven weergegeven, te herkennen in die zin dat de echtscheiding niet uitgesproken is, maar, zoals in oude tijden, «toegelaten».

Indien u, zoals ik, denkt van niet, dan pleit u, samen met mij, de onweerstaanbare drang.

Toch is dit mijns inziens precies wat de (waarschijnlijk on-aandachtzame) wetgever van de hierboven vermelde betrokkenen lijkt te verwachten, indien men de overgangsbepalingen van de nieuwe wet op dit stuk toetst aan de grondprincipes van het gerechtelijk recht.

Immers, luidens de overgangsbepalingen van de wet van 30 juni 1994 (artikel 45), zijn de wijzigingsbepalingen van artikel 1275, §§ 1 en 2, van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing «op de hangende gedingen, rekening houdend met de wet die in werking is op de dag van de uitspraak van de beslissing».

Met andere woorden, het nieuw artikel 1275, §§ 1 en 2, Ger.W., waardoor de rechter de echtscheiding *uitsprekt* in plaats van *toelaat* en waardoor de verplichting van diegene die de echtscheiding krijgt om het vonnis binnen een bepaalde termijn te doen overschrijven op straffe van verval, vervangen wordt door de ambtshalve overschrijving waarvoor de griffier zorgt, is van toepassing «op de hangende gedingen, rekening houdend met de wet die in werking is op de dag van de uitspraak van de beslissing».

Om te weten welke de toepasselijke wet is, de oude of de nieuwe, moet men zich dus stellen «op de dag van de uitspraak van de beslissing».

Welke dag is dat?

De tekst van de wet, noch de voorbereidende teksten geven daarover nader uitsluitsel. M.i. moet dan ook teruggegrepen worden naar de algemene beginselen en meer bepaald naar de basisprincipes van het gerechtelijk recht.

Mij komt het dan ook voor dat de dag waarop de beslissing ten gronde over de echtscheidingsvordering uitgesproken wordt ingeval het hoger beroep tegen het vonnis dat de vordering toewijst, ongegrond wordt verklaard, die is van het vonnis a quo, gewezen door de rechtbank.

De beslissing van de eerste rechter heeft immers in toepassing van artikel 24 van het Gerechtelijk Wetboek gezag van gewijsde vanaf de uitspraak en dat gezag van gewijsde blijft luidens artikel 26 van hetzelfde wetboek bestaan zolang de beslissing niet ongedaan gemaakt is.

Een beslissing in hoger beroep die de bestreden beslissing niet wijzigt en dus niet ongedaan maakt, laat het gezag van gewijsde van die beslissing onaangeroerd, waardoor de beslissing van de eerste rechter, behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt en onverminderd de gevolgen van de buitengewone rechtsmiddelen, in kracht van gewijsde gaat, zoals bepaald in artikel 28 van het Gerechtelijk Wetboek, junc-to, specifiek voor de echtscheidingsprocedure, artikel 1274, tweede lid, nieuw, van hetzelfde wetboek.

Wanneer het bestreden vonnis niet gewijzigd wordt en bijgevolg zijn gezag van gewijsde onaangeroerd blijft, dan is «de dag van de uitspraak van de beslissing» zoals bepaald in artikel 45, § 2, van de wet van 30 juni 1994, logischerwijze die van de beslissing van de eerste rechter waarbij «de echtscheiding werd toegelaten», rekening houdend met de wet die in werking was op die dag.

Strikt geredeneerd vanuit de principes van het gerechtelijk recht blijft het echtscheidingsvonnis dus wat de overschrijving in de registers van de burgerlijke stand betreft, onderworpen aan de regels zoals die van toepassing waren op de datum van het bestreden vonnis.

Met alle desastreuze gevolgen van dien indien de griffier het dispositief van het arrest waarbij het hoger beroep tegen een echtscheidingsvonnis ongegrond wordt verklaard als zodanig herkent en dus niet tot overschrijving overgaat, terwijl de partij of haar advocaat dat over het hoofd ziet en de uitspraak niet binnen de termijn van art. 1275 oud van het Gerechtelijk wetboek doet overschrijven.

Mijn verstand en mijn respect voor de basisprincipes van het gerechtelijk recht zetten me ertoe aan te zeggen «dura lex sed lex», zelfs als daarmee de onaandachtzame want de basisbeginselen uit het oog verliezende wetgever een neus wordt gezet.

Maar gevoelsmatig ben ik de oplossing genegen die voor de betrokkenen (partijen, advocaten, griffiers...) geen procedurele valstrikken spant en die, zoals in bovenstaand arrest, de nieuwe regeling van het uitspreken in plaats van het toelaten van de echtscheiding en dus van het ambtshalve overschrijven van het echtscheidingsvonnis door bemiddeling van de griffier toepast, ongeacht of in werkelijkheid het hof de echtscheidingsvordering toewijst (bij wege van wijziging van het vonnis a quo dat de vordering afwees) of dat het daarentegen de rechtbank is die, het hoger beroep ertegen ongegrond zijnde, de vordering toewijst.

De proceseconomie is daar duidelijk mee gediend.

Vandaar de onweerstaanbare drang om de basisbeginselen van het gerechtelijk recht geweld aan te doen.

Vandaar mijn onweerstaanbare drang om de eerbiedwaardige dame in bescherming te nemen, al is het enige dat we kunnen doen, op de anomalie wijzen.

Het is bon-ton om de procedure de dienstmaagd van het recht te noemen. Maar dat is nog geen reden om er een sloor van te maken.

Guy Delvoie
Docent VLEKHO

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

5e KAMER – 4 MAART 1994

Voorzitter: de h. Loos

Raadsheer: de h. Heylen

Raadsheer in sociale zaken: de h. De Bruyn

Openbaar ministerie: de h. Van den Bon

Advocaten: mr. Luyten loco Van Huffelen en Lambrechts

Sociaal statuut zelfstandigen – Mandaat in vennootschap – Kosteloosheid – Bedrijfsinkomsten – Ontbreken – Korte periode

Het mandaat in een vennootschap is niet kosteloos over de korte periode waarover geen inkomsten werden toegekend, wanneer dat mandaat reeds gedurende jaren bezoldigd werd uitgeoefend en in die korte periode naar inhoud noch naar voorwaarden is gewijzigd.

G. t/ V.Z.W. Algemene Sociale Kas voor Zelfstandigen

Appellant sloot zich bij geïntimeerde aan met ingang van 1 januari 1979 als «bestuurder van vennootschappen», meer bepaald van de N.V. S. De naam van deze N.V. werd op 31 december 1981 vervangen door «G.».

Op de uitzonderlijke vergadering van de raad van bestuur van 21 januari 1984 van de N.V. G. werden aan appellant alle machten in de N.V. onttrokken, zodat zijn mandaat verviel.

Op 1 maart 1984 trad appellant als bediende in dienst van de N.V. F.

De vordering van geïntimeerde, ingesteld bij dagvaarding van 15 februari 1989 strekt ertoe appellant te horen veroordelen tot betaling van (...) bijdragen en aankleven verschuldigd in het kader van het sociaal statuut der zelfstandigen voor het eerste kwartaal van 1984.

...

Overwegende dat, krachtens het toepasselijke artikel 2 van het koninklijk besluit van 19 december 1967, houdende algemeen reglement ter uitvoering van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, de uitoefening van een mandaat in een vereniging of vennootschap naar rechte of in feite die zich met een exploitatie of met verrichtingen van winstgevende aard bezighoudt, vermoed wordt de uitoefening te zijn van een bedrijvigheid die verzekeringsplicht aan het sociaal statuut der zelfstandigen met zich brengt;

Overwegende dat dit vermoeden kon worden weerlegd op voorwaarde dat de kosteloosheid van het mandaat bewezen werd; dat dit bewijs geleverd mocht worden door elk bewijsmiddel, uitgezonderd door getuigen, behalve wanneer de Administratie der Directe Belastingen bedrijfsinkomsten in aanmerking heeft genomen uit hoofde van de uitoefening van het mandaat;

Overwegende dat appellant in dat verband verwijst naar de «berekeningsnota» van de Administratie der Directe Belastingen waaruit blijkt dat hij voor het jaar 1984 enkel belast werd op inkomsten uit «wedden en lonen», wat uiteraard betrekking heeft op de periode van 1 maart 1984 toen hij als bediende was tewerkgesteld; dat geen inkomsten als zelfstandige voor de periode van 1 tot 21 januari 1984 in aanmerking werden genomen;

Overwegende evenwel dat de vaststelling dat de uitoefening van het bestuursmandaat van 1 tot 21 januari 1984 in feite niet werd bezoldigd, op zichzelf niet bewijst dat het mandaat in wezen kosteloos was;

Overwegende dat in dat verband moet worden vastgesteld:

- dat niet wordt betwist dat het mandaat vóór 1 januari 1984 bezoldigd was;
- dat niet wordt aangevoerd dat dit mandaat na 1 januari 1984 naar inhoud of naar voorwaarden enige verandering zou hebben ondergaan;
- dat meer bepaald uit niets blijkt dat het de bedoeling was van de N.V. het voorheen bezoldigde mandaat na 1 januari 1984 en voor de verdere toekomst kosteloos te maken;

Overwegende dat derhalve moet worden aangenomen dat appellant ook na 1 januari 1984 een bezoldigd mandaat is blijven uitoefenen; dat de vaststelling dat appellant voor de periode van 1 tot 21 januari 1984 terecht of ten onrechte in feite geen bezoldiging zou hebben ontvangen, het mandaat als zodanig niet kosteloos maakt en derhalve te dezen niet dienend is;

...

CORRECTIONELE RECHTBANK TE KORTRIJK

12e KAMER – 8 NOVEMBER 1993

Voorzitter: de h. van Hille

Openbaar ministerie: de h. Deltour

Advocaten: mrs. Van den Berghe, Van Tyghem en Michiels

Verjaring – In strafzaken – Stuiting – Apostille

Een niet ondertekende vermelding op een kaft kan niet doorgaan voor een geldige stuitingsdaad. Een geldige daad van onderzoek vereist de handtekening van het openbaar ministerie of van de onderzoeksrechter.

L. t/ V. e.a.

Nopens de aansprakelijkheidsverzekering:

...

II. Wat het ongeval van 17 februari 1992 betreft

De strafvordering wat de verkeersovertredingen A, B en C betreft vermeld in de rechtstreekse dagvaarding, is vervallen

door verjaring op 17 februari 1993. De R.D. dateert van 10 september 1993.

Er werden geen daden verricht van onderzoek door het openbaar ministerie tussen 17 februari 1992 en 17 februari 1993.

Wat op de kaft vermeld staat «vertalen Fr.-NL, 29.9.1992» is geen daad van onderzoek.

Opdat een daad van onderzoek gesteld wordt, dient hiervoor een door het openbaar ministerie (of onderzoeksrechter) getekende apostille te bestaan.

Wat op een kaft geschreven staat, dient in geen geval als een daad van onderzoek of een vordering tot aanstelling van een tolk te worden beschouwd.

Op die gronden, de Rechtbank,

...

Verklaart de strafvordering, wat de telastleggingen A, B en C betreft, voorzien in de rechtstreekse dagvaarding, Not. 86.99.27889/93 vervallen door verjaring.

NOOT – Over rechtsgeldige stuitingsdaden

1. Even de feiten op een rijtje. Een bediende was rauwelings voor de Correctionele Rechtbank te Kortrijk gedaagd wegens diverse verkeersovertredingen. De strafbare feiten waren verjaard, tenzij rekening werd gehouden met een vermelding op het parketkaft.

Op de omslag van het dossier stond namelijk geschreven: «Vertalen Fr.-NL», gevolgd door een datum binnen de oorspronkelijke verjaringstermijn van één jaar. Deze vermelding was niet ondertekend noch geparafeerde. Zelfs geen naamstempel, die vermoeden liet wie deze tekst kon hebben aangebracht.

Ging het om een opdracht voor een parketbediende of om een ontwerp van vordering gericht tot een beëdigd vertaler, wie zal het ons zeggen.

2. De correctionele rechter te Kortrijk was van oordeel dat dergelijke vermeldingen waardeloos zijn als ze niet ondertekend zijn door een daartoe bevoegde persoon.

Vooraleer de zaak in hoger beroep werd behandeld, had de procureur-generaal te Gent echter een aanvullend onderzoek bevolen ten einde de auteur van het handschrift te identificeren. Hieruit was gebleken dat deze tekst wel degelijk van de hand van een Kortrijkse parketmagistraat was.

Het Hof van Beroep te Gent heeft in zijn arrest van 29 september 1994 beslist dat die niet-ondertekende vermelding een rechtsgeldige stuitingsdaad uitmaakte, zodat de verjaring van de strafvordering alsnog niet was bereikt.

3. Een geldige stuitingsdaad kan slechts blijken uit een regelmatig opgesteld geschrift uit het strafdossier. Meestal gaat het om een proces-verbaal, maar het kan ook een vordering tot onderzoek, een apostille, een bevel tot huiszoeking, een vonnis of een arrest, een brief of enig ander bescheid zijn dat ondertekend is door een daartoe bevoegd persoon (cf. Hof Antwerpen, 21 maart 1977, *R.W.*, 1977-78, 1505).

4. Een niet-ondertekend geschrift heeft in beginsel geen enkele bewijswaarde (Cass., 13 november 1930, *Pas.*, 1930, I, en de conclusie van procureur-generaal P. Leclercq; Cass., 6 april 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 708; *R.P.D.B.*, v° «Preuve», nr. 195).

In een vergelijkbare casuspositie had advocaat-generaal G. Holvoet het over «Cet axiome de droit que tout acte doit

porter la signature autographe de celui qui le dresse» (conclusie bij Cass., 23 oktober 1922, *Pas.*, 1923, I, 20).

5. We hebben veel waardering voor de inzet en de doorzetendheid van het openbaar ministerie dat de strafverordening alsnog poogde te redden, maar we kunnen ons toch niet verenigen met de beslissing van het Gentse hof van beroep. Het zijn niet de bedoelingen, het voornemen, het oogmerk, de intentie van de vervolgende partij die in aanmerking komen bij de beoordeling van een stuitingsdaad, maar het bewijs ervan door een regelmatig opgesteld geschrift.

De identificatie van een vermelding zonder enige bewijswaarde kan de bewijskracht ervan niet verhogen...

Ook hier geldt de gouden raad: «Wenn ein Mann sagt, sein Wort sei so gut wie seine Unterschrift – nimm die Unterschrift»...

A. Vandeplas

ARBEIDSRECHTBANK TE HASSELT

1e KAMER – 19 JANUARI 1994

Voorzitter: de h. L'Homme

Rechters in sociale zaken: de hh. Boons en Vlassak

Openbaar ministerie: mevr. Wouters

Advocaat: mr. Van der Velpen

Werkloosheid – Recht op uitkeringen – Langdurige werkloosheid – Netto belastbaar gezinsinkomen – Begrip – Fiscale wetgeving – Toepasselijkheid

De fiscale bepaling volgens welke een gehandicapt kind wordt gelijkgesteld met twee personen ten laste, is als zodanig niet van toepassing op de vaststelling van het jaarlijks netto belastbaar gezinsinkomen van de langdurig werkloze.

S. t/ R.V.A.

Eiseres stelt dat het gezin drie minderjarige kinderen telt waarvan één kind gehandicapt is. Aangezien de belastingdiensten het gehandicapte kind gelijkstellen met twee personen ten laste, is eiseres van oordeel dat, wat de werkloosheidsreglementering betreft, het gezin eveneens beschouwd moet worden als een gezin met vier kinderen ten laste. Dit impliceert dat de maximumgrens voor de nettobelastbare inkomsten op 696.000 frank moet worden bepaald, zodat voor het aanslagjaar 1992, het gezin van aanlegster beneden de gestelde maximumgrens van inkomen blijft.

De rechtbank is van oordeel dat de criteria uit de fiscale wetgeving niet automatisch en volledig toepasbaar zijn op de werkloosheidsreglementering. Het fiscale voordeel dat verleend wordt aan gezinnen met een gehandicapt kind, mag niet geëxtrapoleerd worden naar andere domeinen. Dit voordeel blijft beperkt tot het fiscale domein, en indien de werkloosheidsreglementering een zelfde voordeel had willen verlenen aan gezinnen met gehandicapte personen ten laste, dan had dit in de werkloosheidsreglementering moeten zijn opgenomen.

De artikelen 80 tot 88 van het K.B. van 25 november 1991 bevatten geen enkele bepaling waarbij voor gehandicapte

personen ten laste, meer dan 24.000 frank toegevoegd mag worden bij de maximumgrens aan nettobelastbare inkomen.

De rechtbank oordeelt derhalve dat eiseres niet voldoet aan de uitzonderingsbepaling van artikel 82, § 1, 3°, van het K.B. van 25 november 1991, zodat haar recht op werkloosheidsuitkeringen rechtsgeldig werd geschorst.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE KORTRIJK

10 OKTOBER 1994

Voorzitter (als in kort geding): de h. Gyselinck

Advocaten: mrs. Coppens en Sustronck

Koopman en daden van koophandel – Handelsnaam – Bescherming – Verwarringsrisico – Criteria

Om verwarringsgevaar te doen ophouden dat dreigt te ontstaan door het naast elkaar bestaan van op elkaar gelijkende handelsnamen, komen vooral de artt. 23, 8°, en 93 WHPC in aanmerking.

De beoordeling van het verwarringsrisico geschiedt volgens de volgende criteria: de gekozen benaming, de aard van de uitgeoefende activiteit en de relevante markt.

De afstand tussen beide handelszaken is op zich niet dienend als criterium, wel de potentiële «ruimtelijke invloedssfeer», kortom de «relevante» markt.

B. t/ B.

Met dagvaarding van 7 juli 1994 vordert de eiser dat wij jegens de verweerder een overtreding vaststellen van artikel 93 van de wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument en dat wij hem bevelen daarmee op te houden onder verbeurte van een dwangsom van 150.000 fr. per dag vanaf 24 uur volgend op de betekening van onze beschikking, bepaaldelijk: elk gebruik van de woorden «Old and New» of «Old & New» op zich of als deel van een handelsbenaming m.b.t. zijn handelsreclame of als uithangbord. Hij vordert tevens de publikatie van onze beschikking in een lokaal Roeselaars weekblad en in een over Vlaanderen verspreid weekblad op kosten van de verweerder en ten slotte de verwijzing van laatstgenoemde in de kosten van het geding.

Op de pleitzitting van 3 oktober 1994 verklaarde de eiser bij monde van zijn raadsman afstand te doen van zijn vordering tot publikatie, waarvan akte.

Artikel 8 van het Unieverdrag van Parijs verplicht de aangesloten staten tot het beschermen van de handelsnaam van een onderneming zonder verplichting van depot of inschrijving en dit ongeacht of hij al dan niet deel uitmaakt van een fabrieks- of handelsmerk. België heeft dit verdrag geratificeerd door de wet van 26 september 1974 (*B.S.*, 29 januari 1975) en in ons recht komt vooral het huidige artikel 23, 8°, en 93 WHPC in aanmerking om verwarringsgevaar te doen ophouden dat dreigt te ontstaan door het naast elkaar bestaan van op elkaar gelijkende handelsnamen (cf. noot Balloon, *R.W.*, 1984-85, 1937).

De eiser toont aan dat hij ingeschreven is in het handelsregister van Oostende als onderneming voor binnenhuisinrichtingen en kleinhandel in: meubileringsartikelen,

behangselpapier, meubelen, kantoormeubelen, verlichtingsartikelen, sanitaire artikelen, radio-elektrisch materieel, schilderijen en gravuren, antiquiteiten, bloemen en sierplanten, sierglaswerk, sierkeramiek, dinanderie, sierijzerwerk en elektrische toestellen onder de handelsbenaming «Old and New» aan de (...) te Oostende. De verweerder nam op 20 januari 1994 een inschrijving in het handelsregister van Kortrijk met als voorwerp: kleinhandel in sierglaswerk, keramiek, dinanderie, sierijzerwerk, verlichtingsartikelen, huishoud- en tafellinnen, kleinmeubelen, fantasiejuwelen, antiquiteiten en meubileringsartikelen met als handelsbenaming «Old & New» aan de (...) te Roeselare. De anterioriteit van het gebruik door de eiser evenals het later gebruik van de gewraakte benaming door de verweerder staat derhalve vast en wordt overigens door laatstgenoemde niet betwist.

De beoordeling van het verwarringsrisico gebeurt volgens de volgende criteria (cf. Ballon, «Verwarringsstichtende handelsnamen», *R.W.*, 1984-85, 1937, nr. 2, b):

- de gekozen benaming;
- de aard van de uitgeoefende activiteit;
- de relevante markt.

Het verwarringsgevaar tussen de handelsnaam «Old and New» en «Old & New» kan niet ernstig worden betwist. Het sterke determinerende gedeelte van deze handelsnamen is volkomen gelijk en de mogelijkheid tot verwarring wordt helemaal niet uitgesloten door het enkele feit dat het voegwoord «and» door de verweerder grafisch als koppelteken wordt weergegeven. Fonetisch blijft dit hetzelfde terwijl het «onderscheidende» visuele deel van beide namen identiek is.

De mogelijkheid tot verwarring is niet afhankelijk van een al dan niet «origineel», zoniet banaal karakter van de handelsnaam. Het gaat hier immers niet over een scheppingsrecht doch over een recht van inbezitneming (cf. P. De Vroede, *T.P.R.*, 1976, 665, nr. 70; Hof Antwerpen, 3 juni 1975, *B.R.H.*, 1975, 371 + instemmende noot Decaluwé, blz. 376; Hof Antwerpen, 22 januari 1980, *B.H.R.*, 1991, 321). De naam «Old and New» is te dezen voldoende onderscheidend opdat het publiek deze benaming als sterk deel gaat associëren met de handelszaak van de eiser, wat volstaat.

Dat derden eventueel soortgelijke benamingen gebruiken verandert niets aan de eventuele overtreding van de verweerder en kan in geen geval gelden als bevrijdingsgrond (cf. *R.C.J.B.*, 1982, 70, nr. 9, eerste lid).

M.b.t. de aard van de uitgeoefende activiteit staat vast dat beide handelszaken behoren tot de decoratiesector, d.i. het opsmukken van het interieur van woningen. Dat de eiser daarnaast actief is als binnenhuisarchitect verandert niets aan het verwarringsrisico m.b.t. zijn winkel, waarin hij soortgelijke opsmukvoorwerpen verkoopt als de verweerder, zowel oud (antiek) als nieuw zoals overigens gesuggereerd wordt door beide handelsnamen (Old - New).

De bedrijvigheid van beide ondernemingen hoeft trouwens niet volkomen identiek te zijn (cf. Voor herberg en drogisterij: «La boule rouge», Vz. Kh. Verviers, 15 maart 1974, *Jur.Falc.*, 1976-77, 567). Voldoende is hoe dan ook dat eventueel slechts gedeeltelijk potentieel dezelfde cliënteel kan worden aangesproken (cf. noot Stuyck, *R.W.*, 1981-82, 2614, in 't bijz. 2615, tweede lid). Dit is te dezen zeker het geval m.b.t. decoratievoorwerpen. Het publiek kan trouwens een bepaalde band vermoeden tussen beide ondernemingen met het gevaar dat de manier van handeldrijven van de ene de

faam van de andere in het gedrang kan brengen (cf. Hof Gent, 6 sept. 1993, AR nr. 42.147/90, voorlaatste lid). Het gebruik door de verweerder van hetzelfde sterke onderscheidende deel van de handelsnaam van de eiser kan bovendien de verwatering tot gevolg hebben door een ruimere verspreiding ervan waardoor de associatie van de handelsnaam met het bedrijf van de eiser kan teloorgaan (cf. Hof Brussel, 30 november 1955, *Rev.Dr.Intell.*, 1956, 167).

Ook de bewering van de verweerder dat er te dezen geen verwarringsrisico bestaat ingevolge de afstand tussen beide handelszaken kan niet worden gevolgd. De afstand is immers op zich niet dienend als criterium, wel de potentiële «ruimtelijke invloedssfeer», kortom de «relevante» markt. Het gaat hier niet over de verkoop van fruit of groenten doch onder meer over die van antieke meubelen en geprijsde niet vergankelijke decoratieartikelen welke een ruimer marktgebied bestrijkt. Dat dit in werkelijkheid ook zo is ten aanzien van de verweerder blijkt uit zijn eigen handelsreclame in het «nationaal» verspreid weekblad «Knack» waardoor hij uiteraard de invloedssfeer van de eiser bewerkt aangezien dit weekblad ook verspreid wordt te Oostende, het marktgebied van de eiser. Dit klempt te dezen des te meer nu laatstgenoemde gevestigd is aan de kust alwaar een potentieel koperspubliek uit Roeselare tijdens de weekends en de vakantieperiodes kan gaan verblijven en in de mening verkeren dat het hier gaat over een filiaal van de verweerder uit Roeselare.

De verweerder gebruikt de handelsnaam in kwestie in zijn handelsreclame zodat de overtreding van art. 23, 8°, WHPC vaststaat. Daar de beroepsbelangen van de eiser bovendien kunnen worden geschaad is er tevens een overtreding van art. 93 van voornoemde wet.

Anders dan voor de vordering die voor de gemene rechter wordt gestoeld op grond van art. 1382 B.W. is het bestaan van schade niet vereist voor de vordering tot staken. Art. 23 WHPC is immers een «perse-norm» (Van den Bergh, *R.W.*, 1978-79, 1760, nr. 13). De loutere «mogelijkheid» tot het ontstaan van verwarring anderzijds volstaat voor de toepassing van art. 93 WHPC (cf. Decaluwé, Delcorde en Leurquin, *Les pratiques du commerce*, 700, nr. 623).

Het oogmerk te schaden hoeft niet te worden bewezen (cf. Hof Antwerpen, 3 juni 1975, *B.R.H.*, 1977, 119; Hof Bergen, 12 november 1979, *Rev.Dr.Intell.*, 1980, 38). Algemeen wordt aangenomen dat de overtreding van de bepalingen van de handelspraktijkenwet ook te goeder trouw kunnen worden begaan (cf. De Vroede en Ballon, *Handb. Handelspr.*, 531, laatste lid voor nr. 1104 met verwijzing naar menigvuldige rechtspraak in voetnoot 25).

Om te voorkomen dat ons bevel tot staken dode letter blijft begroten wij te dezen tot afschrikking een dwangsom ad 10.000 fr. per dag vertraging in de nakoming van ons bevel tot staken vanaf de 31e dag volgend op de betekening van onze beschikking (art. 85bis-ter Ger. W.).

NOOT – Bovenstaande beschikking is definitief.

VREDEGERECHT TE SINT-NIKLAAS

1e KANTON – 10 OKTOBER 1994

Rechter: de h. Van Gysel

Advocaten: mrs. Van der Steichel en Van Den Berghe

Huur – Woninghuur – 1. Vervreemding van het verhuurde goed – Huur zonder vaste dagtekening – Opzegging door verkrijger – Tijdstip – 2. Verlenging wegens buitengewone omstandigheden – Ongeveer gelijke belangen – Voorkeur voor de verkrijger die opzegt

1. Bij de vervreemding van een woning die verhuurd wordt met een huurovereenkomst zonder vaste dagtekening, kan de verkrijger op grond van art. 9, tweede lid, Woninghuurwet de huurder reeds vervroegd opzeggen vanaf het verlijden van de authentieke verkoopakte, nog vóór deze is overgeschreven op het kantoor van de hypotheekbewaarder.

2. Als de verkrijger van een verhuurde woning, die de huurder vervroegd heeft opgezegd, en de huurder die een verlenging wegens buitengewone omstandigheden vraagt, ongeveer gelijke belangen hebben, dient de rechter in zijn belangenafweging de voorkeur te geven aan de verkrijger, omdat de wetgever in art. 11, tweede lid, Woninghuurwet gewild heeft dat de verkrijger het verhuurde goed zelf kan betrekken met inachtneming van een opzeggingstermijn van drie maanden, en dit voorkeursregime moet doorgetrokken worden bij de beoordeling van een verlengingsaanvraag wegens buitengewone omstandigheden.

C. en De B. t/ J. en De C.

Ingevolge schriftelijke, doch niet geregistreerde overeenkomst huren de verweerders een pand (...)

Er was bepaald dat de huurovereenkomst contractueel zou eindigen per 31 mei 1991, doch de verweerders zijn dan ongestoord in het pand kunnen blijven, zodat er een huurovereenkomst van onbepaalde tijd is ontstaan; aldus valt de huurovereenkomst onder de toepassing van de wet van 20 februari 1991, de Woninghuurwet; hierover bestaat tussen de partijen geen betwisting.

De eisers kopen het pand en op 30 mei 1994 wordt de notariële akte verleden, die op 20 juni 1994 wordt overgeschreven in Dendermonde, 2e Hypotheekbewaring.

Reeds op de dag zelf van het verlijden van de akte, zegge dus 30 mei 1994, schrijven de eisers aan de verweerders in afzonderlijk aangetekende brieven, dat zij het pand zelf willen betrekken en dit gedurende minstens twee jaar: overeenkomstig art. 9, tweede lid, van de Woninghuurwet vragen zij aan de verweerders het pand te ontruimen tegen 31 augustus 1994.

Met een aangetekende brief van 13 juli 1994 hebben de verweerders geantwoord: «Wij ontvingen wel uw schrijven van 30 mei jl. waarvan de inhoud ons ten zeerste verwondert. Tevens gelet op het feit dat de akte van aankoop per 30 mei 1994 nog niet was overgeschreven en de aankoop nog niet kon worden tegengeworpen.»

Verder schrijven de verweerders in dezelfde brief dat zij, verwijzend naar art. 11 van de Woninghuurwet, verlenging van de huur wensen te krijgen tot 1 februari 1995. Partijen hebben dan nog verder onderhandeld en er is ook opgeroepen geweest in verzoening, doch tot een vergelijk is het niet gekomen.

Daarop hebben de eisers op 6 september 1994 de verweerders laten dagvaarden voor de zitting van 19 september 1994, teneinde: «De huurovereenkomst ontbonden te horen verklaren vanaf 31 augustus 1994 gedaagden het bevel te horen opleggen de door hen gehuurde ruimtes te verlaten en ter vrije beschikking te stellen van verzoekers acht dagen na be-

tekening van het tussen te komen vonnis op straffe van uitzijding van de daarvoor aangezochte gerechtsdeurwaarder; (...)

...

De opzegging op grond van art. 9, tweede lid, Woninghuurwet

a) Voor de goede orde zij herhaald dat de verweerders het pand al langer dan zes maanden bewonen; dat de huurovereenkomst geen vaste datum heeft en dat de eisers in behoorlijke vorm hebben opgezegd, de dag van het verlijden van de authentieke akte, ter kennis brengende dat zij het pand minstens twee jaar zullen bewonen.

b) De verweerders vinden de gedane opzegging nietig; zij zeggen dat slechts opgezegd kon worden vanaf de overschrijving van de akte, dit is vanaf 20 juni en dan diende wel opgezegd te worden binnen de drie maanden. In de periode tussen het verlijden van de akte en de overschrijving zou dus geen opzegging kunnen gebeuren. De verweerders verwijzen naar rechtspraak en rechtsleer, die hun standpunt deelt.

c) De eisers vinden dat zij vanaf de datum van het verlijden van de akte konden opzeggen; toen waren zij immers verkrijgers. Als de opzegging reeds op datum van het verlijden van de akte kon worden gedaan, hebben de eisers uiteraard voldaan aan de andere voorwaarde, nl. dat gehandeld diende te worden binnen drie maanden vanaf de overschrijving van de akte. Ook dit standpunt van de eisers vindt steun in rechtspraak en rechtsleer.

d) Omtrent de datum van opzegging door de verkrijger is er dus een controverse ontstaan in rechtsleer en rechtspraak en voor een goede stand van zaken kan best verwezen worden naar de noot van M. Dambre onder een vonnis van de vrederechter van Eeklo, 17 september 1992, *T.G.R.*, 1993, 55-58, met talrijke verwijzingen.

M. Dambre besluit: «Het geannoteerde vonnis zal de praktijkjurist tot voorzichtigheid aanzetten. Ontstaat er betwisting in verband met de geldigheid van de opzegging, dan doet men er goed aan, om, desnoods, tijdens de procedure, een nieuwe opzegging te betekenen na de overschrijving van de eigendomsoverdragende akte en dit onder voorbehoud van de geldigverklaring van de eerste opzegging gegeven voor de overschrijving.»

De eisers hebben die aanbeveling van M. Dambre niet in acht genomen; door het antwoord van de verweerder van 13 juli 1994 waren zij nochtans afdoende gewaarschuwd en op dat ogenblik bleef er nog voldoende tijd om een tweede opzegging te doen. Zie ook Michèle Vanwijck-Alexandre en Luc Herve, «La Vente Du Bien Loué – Questions Spéciales», *Chronique De Droit A L'Usage Des Juges De Paix et de Police*, Cahier nr. 7, 16 oktober 1993, blz. 39.

f) De tekst van art. 9, tweede lid, kan tot geen controverse leiden, indien tenminste een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de duurtijd van de opzegging en de termijn binnen welke die opzegging dient te worden begrepen.

Slechts toevallig gaat het in beide gevallen om termijnen van drie maanden en de verwarring was er waarschijnlijk niet gekomen zonder het amendement Meyeur.

Aan de duurtijd van de opzegging van drie maanden is nooit iets veranderd, wel aan de aanvang van de termijn van drie maanden binnen welke de opzegging diende te geschieden.

De wetgever die gewild heeft dat een verkrijger na zekere tijd niet meer als verkrijger beschouwd kan worden, stelde aanvankelijk voor dat die verkrijger diende op te zeggen bin-

nen drie maanden te rekenen vanaf het verlijden van de akte (*Gedr.St.*, 1357-10, 90/91, blz. 58).

Een verkrijger die de drie maanden zou laten voorbijgaan, kan geen beroep meer doen op het gunstregime van art. 9, tweede lid, Woninghuurwet.

De heer Mayeur heeft dan een wetswijziging ingediend, waardoor die termijn van verval pas begint te lopen vanaf de overschrijving van de akte en die tekst is de tekst van art. 9, tweede lid, geworden (*Gedr.St.*, 1357/10, 90/91, blz. 91).

Sommigen hebben daaruit ten onrechte geconcludeerd dat de verkrijger niet kon handelen tussen het verlijden en het overschrijven van de akte.

De Woninghuurwet heeft de wijze van eigendomsovergang niet geregeld; door overeenstemming over zaak en prijs wordt men eigenaar (= verkrijger), (OBO., BW. artt. 1582/1583, 2 en 3; Vred. Antw., 24 maart 1992, *TNot.*, 1993, 308).

g) In de tekst is steeds blijven staan dat de verkrijger te allen tijde opzegging kan betekenen.

Op 30 mei waren de eisers al verkrijgers, want zij zijn dat minstens vanaf het verlijden van de akte; zij konden dan ook opzegging doen en zij konden nog opzeggen tot drie maanden vanaf 20 juni, datum van overschrijving van de akte en dit steeds met inachtneming van een termijn van drie maanden.

...

Wie de tekst van art. 9, tweede lid, leest alsof de verkrijger pas kan opzeggen vanaf de overschrijving van de akte mist de duidelijke bewoordingen van de tekst zelf, die stelt dat een verkrijger te allen tijde kan opzeggen.

De kwaliteit van verkrijger gaat evenwel verloren, indien men niet heeft opgezegd binnen drie maanden vanaf de overschrijving van de akte.

Dan wordt de verkrijger in feite een gewone verhuurder, die art. 3, § 2, 3 en 4 moet naleven om op te zeggen.

Door nu onmiddellijk bij het verlijden van de akte op te zeggen hebben de eisers de verweerders niet langer dan nodig in het ongewisse gelaten.

De huurovereenkomst eindigt dan ook tegen de datum van de opzegging, zegge 31 augustus 1994.

Verlenging wegens buitengewone omstandigheden, art. 11 Woninghuurwet

De verweerders vragen te mogen blijven wonen tot einde januari 1995 en zij hebben daarvoor terzake de nodige voorwaarden nageleefd. De verweerders vragen die verlenging om twee redenen:

1. Een baby van vijf maanden zou nu een verhuis beletten; verhuizen met een baby van vijf maanden of van acht maanden maakt geen enkel verschil.

2. De verweerders kunnen in de loop van januari 1995 hun intrek nemen in een huis van de werkgever van de eerste verweerder. Nu nog gaan verhuizen voor een drietal maanden is niet alleen vervelend en vermoeiend maar kost ook geld. Verhuurders zullen daarbij niet zitten wachten op huurders die slechts voor drie maanden willen huren. Het moeten verhuizen voor slechts drie maanden kan beschouwd worden als een buitengewone omstandigheid (voorbeelden zie OBO art. 11-14-15).

De eisers hebben begin mei hun huis verkocht en hebben ontruimd ten voordele van de nieuwe eigenaars, zonder enig probleem. Zij hadden verwacht op dezelfde soepele houding van de verweerders te kunnen rekenen, maar zij hebben zich dus misrekend; gevolg is geweest dat de eisers naar Schilde zijn moeten gaan verhuizen, om daar in een weekendhuis te

verblijven, met onderbrenging van meubelen op nog andere plaatsen, plus een reeks andere moeilijkheden, waaronder voornamelijk, de langere en dus duurdere verplaatsingen voor het werk.

Op basis van deze feitelijke gegevens, moeten wij dus een belangenafweging doen en wij kunnen de tegenstrijdige belangen niet op een apothekerweegschaal leggen, om te zien naar welke kant de weegschaal zal overhellen.

De te maken keuze is dus zeker niet evident en, alles wel overwogen, zijn er geen duidelijke aanwijzingen om de keuze te maken in het voordeel van deze of gene partij.

De wetgever heeft gewild dat een verkrijger het pand op korte tijd kan opzeggen, nl. drie maanden om zelf te gebruiken; cf. supra. Daarom zijn wij van oordeel, dat het voorkeursregime dat de wetgever voorbehouden heeft voor de verkrijger, ook moet worden doorgetrokken naar art. 11 Woninghuurwet, m.a.w. de huurder, die met een opzegging door een verkrijger wordt geconfronteerd, moet over een karakteristieke buitengewone omstandigheid kunnen beschikken, om afdoende weerwerk te kunnen bieden.

De eisers zijn immers geen echte eisers-verhuurders, maar eisers-verkrijgers, zodat bij die belangenafweging met dus ongeveer gelijke belangen, toch de voorkeur aan de eisers-verkrijgers dient te worden gegeven.

De verweerders dienen dan ook te ontruimen tegen 31 oktober 1994.

NOOT – Zie betreffende punt 1, in dezelfde zin, Meulemans, D., «De overdracht van het verhuurde goed. Tegenwerpelijke aan derden», in *Woninghuur en nieuw algemeen huurrecht*, Herbots, J. en Merchiers, Y. (red.), Brugge, Die Keure, 1991, (167), 177, nrs. 281-283; Van Oevelen, A., *Het nieuwe huurrecht anno 1991*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1991, 78-79, nr. 70; *contra*: Vankerckhove, J. en Rommel, G., «Lois des 20 février et 1er mars 1991 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer», *J.T.*, 1991, (321), 336, nr. 53; Vred. Eeklo, 17 september 1992, *Tijdschrift voor Gentse Rechtspraak*, 1993, 55, met noot Dambre.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Arbitragehof, 22 september 1994

Arbitragehof – Bevoegdheid – Grondwetsbepaling

De verzoeker vordert de vernietiging van artikel 23, 3°, van de op 17 februari 1994 gecoördineerde Grondwet (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 17 februari 1994), in zoverre in de Franse tekst sprake is van een «logement décent», wat een minder gunstige betekenis zou hebben dan de Nederlandse uitdrukking «behoorlijke huisvesting» en de Duitse uitdrukking «angemessene Wohnung». Het beroep beoogt de vernietiging van het bijvoeglijk naamwoord «décent» in de Franse authentieke bepaling.

Het beroep wordt verworpen:

«Noch artikel 1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, noch enige andere wetsbepaling ver-

leent aan het Hof de bevoegdheid om uitspraak te doen over een beroep tot gedeeltelijke vernietiging van een grondwetsbepaling. Het Hof is derhalve niet bevoegd om kennis te nemen van het door verzoekster ingestelde beroep.»

(Voorzitter: de h. De Grève – Rapporteurs: de hh. De Baets en Martens – Arrest nr. 68/94).

Hof van Cassatie (1e Kamer), 17 juni 1994

Dwangsom – Boedelbeschrijving – 1. Hoofdveroordeling – Begrip – Rechterlijk bevel – Eed – 2. Partij – Begrip – Notaris

Gelet op het arrest van 27 maart 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 705, waarin een prejudiciële vraag wordt gesteld, en op het arrest van 29 november 1993 van het Benelux-Gerechtshof, *R.W.*, 1993-94, 705, verwerpt het Hof het cassatieberoep tegen Rb. Gent, 29 september 1989, op de volgende gronden:

«Overwegende dat het Benelux-Gerechtshof, in antwoord op de bij het arrest van het Hof van 27 maart 1992 gestelde vraag, in zijn arrest van 29 november 1993 voor recht verklaart dat: 1. een rechterlijk bevel om de bij artikel 1183, 11°, van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek bedoelde eed af te leggen, een hoofdveroordeling uitmaakt als bedoeld in artikel 1, lid 1, van de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom, waarvoor, voor het geval dat eraan niet wordt voldaan, een veroordeling tot betaling van een dwangsom kan worden uitgesproken; 2. de notaris die de in de artikelen 1175 tot 1184 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek bedoelde akte van boedelbeschrijving verlijdt, en die zich, met toepassing van artikel 1184 van hetzelfde wetboek, tot de vrederechter heeft gewend omdat een bij artikel 1183, 11°, van hetzelfde wetboek bedoelde persoon heeft geweigerd de aldaar vermelde eed af te leggen, moet worden beschouwd als één der partijen bedoeld in artikel 1, lid 1, van de Eenvormige Wet, op wier vordering de «wederpartij» tot betaling van een dwangsom kan worden veroordeeld;

«Overwegende dat uit het eerste antwoord blijkt dat de appelrechters die beslissen dat het bevel tot eedaflegging een hoofdveroordeling uitmaakt, de in het tweede onderdeel aangewezen wets- en verdragsbepalingen niet schenden;

«Dat uit het tweede antwoord volgt dat de notaris, partij zijnde, de vereiste hoedanigheid en het vereiste belang heeft om de dwangsom te vorderen; dat de appelrechters die zulks beslissen, de in het eerste onderdeel aangewezen wets- en verdragsbepalingen niet schenden;

«Overwegende dat het middel faalt naar recht.»

(Voorzitter-rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen – Openbaar ministerie: de h. Bresseleers – Advocaat: mr. Verbist – In de zaak: T. t/ Van H. e.a.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 24 juni 1994

Bewijs – Burgerlijke zaken – Artt. 1341, 1347 en 1353 B.W. – Niet van openbare orde of van dwingend recht

Het middel van de eisers tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 29 april 1992) wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat het middel aanvoert dat de appelrechters niet vermochten het bewijs met feitelijke vermoedens toe te laten van de overeenkomst tussen de partijen met betrekking tot de inning van de honoraria van de eisers, de afhouding van kosten en de uitkering van het saldo ervan, zonder vast te stellen dat er een begin van bewijs met geschrift was;

«Overwegende dat de eisers voor de appelrechters niet hebben aangevoerd dat verweerster het bestaan en de inhoud van de bedoelde overeenkomst niet met feitelijke vermoedens mocht bewijzen; dat zij voor de appelrechters enkel hebben aangevoerd dat verweerster dit bestaan en die inhoud niet bewees zoals vereist door de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek;

«Dat de artikelen 1341, 1347 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek niet van openbare orde of van dwingend recht zijn;

«Dat het middel nieuw, mitsdien niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: de h. Verougstraete – Rapporteur: de h. Waûters – Openbaar ministerie: de h. D'Hoore – Advocaten: mrs. Verbist en Geinger – In de zaak: M. e.a. t/ V.Z.W. K.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 29 juni 1994

Wegverkeer – Verplichting verkeersborden in acht te nemen – Niet afhankelijk van de vraag of ze door de bevoegde overheid geplaatst zijn

Eisers cassatieberoep tegen het bestreden vonnis (Corr. Luik, 31 januari 1994) wordt om de volgende redenen verworpen.

«Overwegende dat het bestreden vonnis, na te hebben vastgesteld dat de bekritiseerde verkeersborden regelmatig waren naar de vorm, voldoende zichtbaar waren en overeenkomstig de voorschriften van het Wegverkeersreglement waren aangebracht, op de in de middelen aangevoerde conclusie antwoordt dat de verplichting van de weggebruikers om die verkeersborden in acht te nemen niet afhankelijk is van de vraag of die borden door de bevoegde overheid geplaatst zijn;

«Dat de appelrechters aldus hun beslissing regelmatig hebben gemotiveerd en naar recht verantwoord, zodat ze niet verder hoefden te antwoorden op eisers conclusie die niet langer relevant was;

«Dat voor het overige de kritiek van eiser op de logische of grammaticale bouw van het bestreden vonnis niet als een cassatiemiddel kan worden aangemerkt.»

(Voorzitter: de h. Stranard, eerste voorzitter – Rapporteur: de h. Willems – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael – Advocaat: mr. Evrard – In de zaak: A.)

NOOT – Zie Cass., 18 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 2228; 20 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 562. De verkeersborden moeten overeenkomstig de voorschriften van het Wegverkeersreglement, d.w.z. inzonderheid rechts, geplaatst zijn: Cass., 21 oktober 1987, *R.W.*, 1987-88, 1346.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 30 juni 1994

Inkomstenbelastingen – Niet-verblijfhouder – In Frankrijk ontvangen inkomsten van Belgische oorsprong die in België vrijgesteld zijn van belasting – In rekening te brengen voor het bepalen van het aanslagpercentage

Het tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, 23 maart 1993) aangevoerde middel wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat het arrest, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, vaststelt dat eiseres, die in Frankrijk woont, onderworpen is aan de belasting der niet-verblijfhouders en dat zij drie Belgische pensioenen ontvangt, waarvan twee, namelijk die van de Nationale Kas voor Rust- en Overlevingspensioenen (N.K.R.O.P.) en die van de Rijksdienst voor Overzeese Sociale Zekerheid (R.O.S.Z.), krachtens de Overeenkomst die op 10 maart 1964 tussen België en Frankrijk gesloten is ter voorkoming van dubbele belasting, in België vrijgesteld zijn van belasting, terwijl het derde pensioen, dat door de Centrale Dienst der Vaste Uitgaven van het Ministerie van Financiën wordt betaald, belastbaar is in België;

«Overwegende dat luidens artikel 87^{quater} van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) de inkomsten die zijn vrijgesteld krachtens internationale overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting, in rekening worden gebracht voor het bepalen van de belasting, maar deze wordt verminderd in evenredigheid met het gedeelte van de inkomsten die zijn vrijgesteld in het geheel van de inkomsten;

«Dat artikel 152, 1°, van genoemd wetboek artikel 87^{quater}, dat geen onderscheid maakt tussen inkomsten van buitenlandse en inkomsten van Belgische oorsprong, uitdrukkelijk toepasselijk verklaart op de niet-rijksinwoners; dat bijgevolg de regel 'voorbehoud van progressiviteit' slaat op alle inkomsten die krachtens internationale verdragen zijn vrijgesteld;

«Dat derhalve, het middel dat aanvoert dat die regel niet kon worden toegepast op inkomsten van Belgische oorsprong, zoals de pensioenen die eiseres ontving van de N.K.R.O.P. en van de R.O.S.Z., en dat die pensioenen niet in rekening konden worden gebracht voor het bepalen van het aanslagpercentage van de belasting op het derde pensioen, faalt naar recht.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Verheyden – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaten: mrs. Baltus, Deklerck en De Bruyn – In de zaak: L. t/ Belgische Staat)

BOEKEN

J. DEFOORT, **Wet en geweld. Over recht en gerechtigheid**, Kapellen, Pelckmans, 1994, 182 pp.

Van sommige boeken heeft men spijt. Spijt omdat ze zo kort zijn, spijt misschien ook een beetje omdat men ze zelf niet geschreven heeft. Niet dat het voorliggende boek van Jos Defoort mijn volledige instemming wegdraagt, maar het is onmiskenbaar een meesterstuk van inzicht en argumentatie. Het boek is een lang uitgesponnen inspanning om de lezer van iets te overtuigen. Dat op zich is zijn grootste verdienste. De auteur bewandelt geen zippaden, en duwt de lezer

ook niet vooruit. Het meesterschap van Defoort ligt in het leiden van de lezer door de overtuigingskracht van zijn woorden.

Nogmaals, dat betekent niet dat ik het helemaal met het boek eens ben. Dat zou de auteur ook niet appreciëren, want, zo schrijft hij op p. 167, als iedereen instemt, scheelt er iets. Montaigne citerend schrijft hij: «Spreek in godsnaam toch eens tegen, ik wil gaarne met zijn tweeën zijn.»

Anderzijds voel ik mij als recensent een beetje verleid om het hele boek te citeren, om de genuanceerdheid van het betoog geen geweld aan te doen. Maar dat zouden de uitgevers van het boek en van dit tijdschrift dan weer niet appreciëren.

Defoort schrijft over geweld en wet. Dat is de titel, en tegelijk, zoals het een titel betaamt, de samenvatting van het betoog. De ondertitel is minder veelzeggend maar informatief: over recht en gerechtigheid.

Het voegwoord in de titel kan op verschillende wijzen geduid worden: wet als geweld, wet door geweld, wet met geweld, enz. Die duiding is de opdracht die de auteur zich stelt, en de rijkdom van het betoog bestaat erin dat de relatie tussen wet en geweld op een originele, inzichtrijke en misschien daarom vaak provocerende wijze wordt geanalyseerd.

Van één trivialiteit zijn we van meet af aan overtuigd. Recht heeft met geweld te maken in een dagelijks waarneembare zin. Wie bepaalde regels niet volgt, zal daar met geweld toe gebracht worden. Verkeersregels overtreden, belastingen, huurgelden of andere schulden niet betalen, dit alles brengt onvermijdelijk specifieke, gewelddadige gevolgen tot stand, die op een fysieke of psychische wijze pijn doen.

Maar er is uiteraard meer, want anders was het boek geen boek. Een klassiek filosofisch probleem vormt het uitgangspunt voor het verdere betoog van Defoort: hoe kan georganiseerde misdaad van de Staat worden onderscheiden? Dat probleem werd reeds door Plato besproken, en loopt als een rode draad door de geschiedenis van de filosofie. Waarom verfoeien we de misdaad en niet de Staat (tenzij misschien op het moment dat wij onze belastingen moeten betalen)?

Objectief gesproken kan men zeggen dat de Staat een organisatie is die, door middel van afdwingbare regels bepaalde keuzes maakt, en daardoor alternatieve handelwijzen elimineert. Dat is uiteraard geweld, in het afdwingen van regelconform gedrag, maar ook in het beperken (via dat afdwingen) van de mogelijkheid van individuele keuzes. De grondslag voor de Staat is de grens van mijn vrijheid. En zonder een «natuurlijke neiging» tot het leven in gemeenschap wordt zoiets als een daad van geweld ervaren, tenzij er voor de Staat een verantwoording kan worden gegeven. Als de Staat gebaseerd is op geweld, dan moet dat op de een of andere wijze aan de man gebracht worden. Defoorts antwoord is dat zulks gebeurt door het geweld respectabel te maken.

Hiermee is de toon van het verdere betoog gezet. Juridische instellingen, aldus de auteur, komen door geweld tot stand, en blijven slechts duren door gaandeweg onder een dikker wordende sluier van gerechtigheid verborgen te gaan (10). Dat is de wijze waarop het geweld respectabel wordt gemaakt. Het legitimeren van het recht of het als gerechtvaardigd doen overkomen gebeurt via het doen vergeten van zijn oorsprong.

Ook dat is een klassieker in de rechtstheorie. De dogmatiek, zeg maar de juridische begrippenleer, wordt door het recht zelf bepaald. Recht is wat het recht zelf (bijvoorbeeld bij monde van het Hof van Cassatie) zegt wat het is. Vandaar de in de hedendaagse rechtsfilosofie meer en meer verdedigde stelling dat recht een van moraal (en ook andere disciplines) gescheiden bestaan leidt. Ik vermoed dat praktijkjuristen het met deze stellingen niet echt moeilijk zullen hebben, aangezien ze, vanuit hun perspectief, beantwoorden aan wat zich dagelijks op hun werktafels, en later, in de rechtbanken afspeelt.

Defoorts betoog is echter niet bedoeld als een beschrijving van wat zich in de feiten afspeelt. Hij wil peilen naar een mogelijke verantwoording van het recht zoals het bestaat. En daarom moet hij natuurlijk eerst uitleggen hoe het volgens hem bestaat.

Het recht bestaat volgens Defoort als een concretisering van de gerechtigheid die op zich, in abstracto, niet bestaat. Gerechtigheid heeft de wet nodig om zich te kunnen realiseren, want zonder de wet is ze machteloos. Maar de gerechtigheid dicteert ook niet de inhoud van het recht, integendeel: de wet is eigenlijk leeg. Ze wordt opgevuld door het recht, dat zegt wat eigendom is, wanneer we huurder

zijn of ouder. Het recht is een definiërende activiteit, die ons onophoudelijk omschrijft, ook als we er niet bij aanwezig zijn (zoals bv. in de rechtbank, wanneer een uitspraak wordt geveld over anderenmans subjectieve rechten; dergelijke uitspraken kunnen ook op een mooie dag, zij het nog niet nu, op anderen van toepassing worden).

Zelfs de vrijheid die de wet ons laat om verbintenissen aan te gaan wordt niet enkel ingevuld door contracterende partijen. Ook de wet werkt mee aan het nakomen van de aangegane beloften. Het recht definieert dus blijkbaar niet enkel zichzelf, niet enkel onszelf en de begrippen waarmee het wordt bedreven, het ontpopt zich als een heus netwerk dat zich om ons heen spant. En dat netwerk functioneert als een geheel van verwijzingen naar wetten en de definities daarin, van wetten naar gerechtigheid, verwijzingen naar wetten in de materiële zin, naar rechterlijke uitspraken en deurwaardersexploten, enz. Dat netwerk van verwijzingen maakt volgens de auteur dat we eigenlijk nooit met echte, uiteindelijke betekenissen worden geconfronteerd.

In de wet is de gerechtigheid op zich afwezig, ze wordt slechts vertegenwoordigd in dat netwerk, zonder dat we haar ooit echt kunnen kennen. Anders gezegd: «De wet en het geweld beroepen zich op de afwezige gerechtigheid om zich te rechtvaardigen en de gerechtigheid heeft de wet en het geweld nodig om zich te verwezenlijken» (57). De wet vertegenwoordigt, aldus Defoort, de gerechtigheid, wat haar niet ten volle aanwezig stelt, maar haar ook niet opheft. Ze doet zich voor als «tekort» (58-59).

Inzake interpretatie trekt de auteur deze lijn door en stelt dat interpretatie steeds van een context afhankelijk is. Alles is steeds in een context gesitueerd, en het is onmogelijk om zich in een context van alle contexten te bevinden (dit is bijvoorbeeld ook de mening van de hedendaagse Amerikaanse rechtsfilosoof Unger). En die context is, hoe eigenaardig het ook moge klinken, op zijn beurt het gevolg van interpretatie (64).

Valt er in dat verband nog te spreken over wat in gangbare jurisprudentia de «duidelijke betekenis» van wetten wordt genoemd, die wegens die duidelijkheid niet meer moeten of mogen worden geïnterpreteerd? De leer van de duidelijke betekenis (of de letterlijke interpretatie) wordt door Defoort bestempeld als het ontlopen van (interpretatie)problemen zonder ze op te lossen.

Indertijd, men verliest uit het oog dat duidelijkheid van een tekst het gevolg is van interpretatie, en niet omgekeerd. Teksten zijn nooit «duidelijk op zich». Of zoals Defoort het schrijft: «Ook de letterlijke betekenis is het resultaat van een interpretatie die zo stevig is dat het voorlopig ondoenbaar is haar betekenis in vraag te stellen» (74).

Met deze opvatting sluit Defoort zich aan bij de vandaag in de Verenigde Staten van Amerika en West-Europa opgeld makende rechtstheorie van Ronald Dworkin, volgens welke teksten niet op zich duidelijk zijn. Om zelfstandige betekenis (dit is *niet* hetzelfde als «duidelijkheid op zich») te verkrijgen dienen teksten zich los te maken van hun oorsprong. Opnieuw is in die opvatting latent de idee aanwezig dat het vergeten een legitimerende werking heeft, ditmaal in verband met de betekenis van teksten. Zou dit echter moeten betekenen dat de rechter niet meer aan de (tekst van de) wet gebonden is, nu hij niet enkel meer op zoek moet gaan naar de bedoeling van de auteur ervan? Het antwoord hierop is negatief. Teksten leven in contexten die in een wisselwerking met elkaar staan. Daardoor kan interpretatie niet in om het even wat resulteren. Met een seizoensgebonden beeldspraak kan het als volgt worden uitgedrukt; «Boswandelaars volgen een pad, waarvan het ontstaan en de handhaving afhankelijk is van de wandelaars die het volgen. Het is de wandelaar niet om het even waar hij gaat en het is aan het pad te merken dat andere wandelaars het gevolgd hebben. (...) Als wij het bospad niet zomaar aangetroffen hebben maar als *wij* het al gaande gemaakt hebben, moeten wij dit pad dan niet aanpassen wanneer bijvoorbeeld een omgevallen boom de weg verspert?» (77).

Ook met deze opvatting sluit de auteur zich aan bij de hedendaagse hermeneutische traditie die inhoud dat interpretaties (ook van oudere teksten zoals bijvoorbeeld de Grondwet uit 1830) moeten resulteren in wat teksten *nu* voor ons betekenen in een actuele context. Dit wordt door de Schotse rechtsfilosoof Neil MacCormick omschreven als «making sense as a whole». Dworkin van zijn kant omschrijft interpretatie als het vertellen van een verhaal «worth telling now». Vandaar Defoorts pleidooi, als ik hem goed begrepen heb, voor een kritische afstand van de rechter (maar waarom ook niet van de rechtsdogmaticus of de rechtstheoreticus?) ten aanzien van de

wet. Rechter zijn niet aan de wet vastgeklonken, en een zekere afstandelijkheid geeft meer zicht op de zaak, zonder evenwel afstand gelijk te stellen met gebrek aan respect.

Paradoxalerwijze blijkt de uitleggingsbehoefte tekst dan eerder van de rechter afhankelijk te zijn in plaats van omgekeerd. In zijn interpretatie kan de rechter bepaalde belangenafwegingen maken, relevante van niet-relevante feiten onderscheiden, waarden articuleren, enz. Men zou dit kunnen omschrijven (wat Defoort niet doet) als de *motieven* van een beslissing. Deze motieven dienen dan te worden omgezet in een *motivering*, waardoor de beslissing wordt gerechtvaardigd door aan te geven welke haar juridische grondslag is. Zodoende wordt een intuïtief gevonden oplossing in een juridisch gerechtvaardigde beslissing omgezet.

Ook in de motivering lijkt het thema van het «legitimeren door vergeten» weer aan de orde te zijn. Ik meen, met Scholten en Van Gerven, dat rechters niet zuiver juridisch denken, en zo komt het ook tot uiting in Defoorts boek. Rechters vormen zich oordelen, alvorens oordelen te vellen. De oordelen die de rechter zich vormt worden nadien gejuridiseerd, dit wil zeggen: omgezet in de taal van het recht. Maar het zou naïef zijn dat eerste te vergeten. Of zou dat misschien toch een doeltreffend middel ter legitimatie zijn om rechterlijke uitspraken als strikt juridisch gevormd (en niet enkel gemootiveerd) te beschouwen? Door de rechter als «la bouche de la loi» voor te stellen zoals Montesquieu reeds suggereerde, ontstaat er stilte en vergeet men dat er heel wat andere factoren en processen de rechterlijke beslissing mee tot stand brengen.

Dat recht wezenlijk berust op geweld dat respectabel dient te worden gemaakt, is volgens de auteur een stelling die aansluiting vindt bij de functie van het natuurrecht, dat een buitenwettelijke legitimatie verschafft. Positief recht wordt dan voorgesteld als «afgeleid» uit het natuurrecht, zonder dat de vraag aan de orde is of een dergelijke afleiding eigenlijk wel mogelijk is. Immers, zo meent Defoort, de Natuur, God of de Rede zijn slechts externe machten, waaraan het recht zijn opties toeschrijft. Uiteindelijk is de gelding van het positieve recht gebaseerd op een beslissing die genomen wordt aan de hand van criteria die binnen het positieve recht zelf gesitueerd zijn.

Ook dat zal geen enkel hedendaags jurist betwisten, naar ik aanneem. Ik zou echter een stap verder durven zetten. Naar mijn mening is de gelding van het positieve recht in een natuurrechtelijk systeem ook een zaak van het positieve recht zelf. Iets anders is het natuurlijk wat er gebeurt wanneer het positieve recht in strijd is met het natuurrecht. Als het positieve recht zijn positiefrechtelijke gelding zelf bepaalt, komt het mij logisch voor dat een conflict tussen positief recht en natuurrecht niet tot gevolg heeft dat het positieve recht daardoor zijn *juridische* gelding zou verliezen. Dat is althans de wijze waarop ik bijvoorbeeld de uitspraak van Augustinus interpreteer: «lex esse non videtur quae iusta non fuerit» (*De libero Arbitrio*, I, v, 11) (een onrechtvaardige wet *lijkt* geen wet te zijn). Hij schrijft niet dat dat geen wet is.

Natuurrecht speelt dan meer de rol van een kritische in plaats van een (inhoudelijk) legitimerende instantie. Zulks lijkt ook de mening van Defoort te zijn, wanneer hij schrijft: «Het ergste wat ons zou kunnen overkomen, is dat het bestaande recht, zoals het natuurrecht vroeger, beschouwd wordt als een onveranderlijk, definitief vanzelfsprekend, als de onwrikbare vorm van gerechtigheid» (96). Met dat «natuurrecht van vroeger» kan echter niets anders bedoeld zijn dan het rationalistische natuurrecht uit de 17e eeuw, en niet het aristotelische natuurrecht dat, naar het mij voorkomt, veel soepeler stond tegenover het positieve recht. Dat vind ik in het boek echter niet duidelijk terug.

Wat er ook van zij, ik volg Defoort wanneer hij schrijft dat de gelding van het recht op beslissingen gebaseerd is, en niet uit iets anders wordt afgeleid. De verantwoording van dergelijke beslissingen verloopt via procedures. Het aanvaarden van procedures om regels te verantwoorden (wetgevende procedure, rechterlijke procedure, enz.) komt eigenlijk neer op het aanvaarden van een beslissing zonder dat men er de inhoud vooraf van kent, zolang ze maar door een aanvaarde procedure tot stand gekomen is. Zulks sluit aan bij de idee dat positief recht niet uit het natuurrecht wordt afgeleid (zonder dat de *functie* van het natuurrecht daarom dient te worden verwaarloosd). Omgaan met recht betekent dan dat men zijn eigen inzichten opzij zet en zich onderwerpt aan een procedureel mechanisme dat beslissingen voortbrengt waarvan de inhoud vooraf niet bekend is.

Recht is daarom steeds minder een afbeelding van een voorafbestaande (bijvoorbeeld natuurrechtelijke) ordening dan wel een geheel van beslissingen. Recht voltrekt geen voorafbestaande ordening maar stuurt, creëert zelf een eigensoortige orde.

In dit perspectief kunnen eigendom en contractuele vrijheid worden bekeken. De auteur drukt het provocerend uit: eigendom berust op dwang en het contract is een illusie.

Als argumenten voor de eerste stelling voert de auteur aan dat eigendom niet op een natuurlijke wijze bij het soevereine individu hoort. Integendeel, het eigendomsrecht ontstaat doordat het afgesplitst wordt van een soort algemene zeggenschap over mensen en zaken, een zeggenschap waartoe ook de staatsdwang behoort (124). Wezenlijk voor het ontstaan van de zuivere eigendomsgedachte is dat de dwang van haar oorsprong verdrongen en vergeten wordt. Dwang, omdat de eigenaar tegenover niet-eigenaars een exclusieve aanspraak doet gelden die hij kan afdwingen. Wie een zogenaamde *res nullius* vindt wordt als bezitnemer eigenaar, en kan die aanspraak afdwingen ten aanzien van derden. Geen eigendom dus zonder die dwang.

De tweede stelling wordt als volgt beargumenteerd. Partijen kunnen uit vrije wil contracteren. Dat zegt de wet. Maar de wet verplicht hen ook die eigen vrije wil ernstig te nemen. Zo zou het ook met de Staat gegaan zijn. In de filosofie van de 17e en 18e eeuw vinden we de idee verdedigd dat onze wettelijke verplichtingen berusten op een contract dat we in mystieke tijden met elkaar zouden hebben aangegaan, en waaruit al onze verplichtingen voortvloeien. Zulks werkt natuurlijk legitimerend, daar waar de Natuur, God of de Rede niet meer in staat geacht worden om het statelijk verband te verantwoorden. De stichting van de Staat wordt dan toegeschreven aan de vrije wil van soevereine individuen, waarbij het individu als het ware een deel van zijn zelfbeschikkingsrecht delegeert aan de Staat.

Zo zou het in principe ook gaan met de vrijheid die we niet hebben gedelegeerd: binnen die vrijheid kunnen we met anderen contracteren, ons vrijelijk verplichten en binden aan anderen. Defoort ziet er een probleem in dat de vele contracten die we dagdagelijks afsluiten eigenlijk *toetredingscontracten* zijn. Wij tekenen contracten die we niet lezen, we stappen eigenlijk gewoon in een «instelling» binnen die dan arbeidsovereenkomst, huwelijk of vennootschap heet. De auteur ziet hierin een afbreuk aan de wilsovereenstemming, die hij nog slechts fictief noemt. Op dit punt ben ik het niet met hem eens, om de eenvoudige reden dat het feit dat vele contracten nu toetredingscontracten geworden zijn geen filosofisch, noch een juridisch maar een feitelijk argument is. Het feit dat de meeste contracten toetredingsovereenkomsten zijn doet geen afbreuk aan het principe van de wilsvrijheid.

Ook de idee dat een gemeentereglement niet wezenlijk verschilt van een contract (131) vind ik niet overtuigend. Contracten zijn wetten voor de partijen die zij aangaan op grond van wetten die de overheid hen oplegt willen zij geldig contracteren. De macht die burgers daardoor op elkaar uitoefenen zou daarom niet wezenlijk verschillend zijn van politieke macht. «De machtsuitoefening is niet iets dat het contract van buitenaf als een vreemd element overvalt. Integendeel, als wij het contract tot zijn eenvoudigste vorm herleiden, treffen wij zelfs in zijn kern alleen maar macht en dwang aan» (131).

Dit laatste vind ik wat ver gegrepen, althans zonder bijkomende argumentatie. Het is toch niet omdat de regels van het Burgerlijk Wetboek tot stand gekomen zijn via een procedure die publiekrechtelijk heet te zijn, dat daarom het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht verdwijnt. Overigens komt het mij voor dat de vrijheid die het Burgerlijk Wetboek aan contractspartijen verleent slechts marginaal wordt ingeperkt in termen van openbare orde en goede zeden. Burgers kunnen elkaar op een horizontale wijze dwingen via contractuele verplichtingen. Een gemeentereglement wordt *eenzijdig en van bovenaf opgelegd*, en dat is een heel andere vorm van macht of dwang.

Als de auteur echter bedoelt dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht sterk is vervaagd, zodat het uiteindelijk tot een soort fictie zou verworden, dan kan ik mij daar wel gedeeltelijk mee verzoenen.

Dat strafrecht te maken heeft met geweld hoeft weinig betoog. De uitvoering van een strafrechtelijk vonnis toont dat geweld in al zijn naaktheid: de pijn die wordt toegebracht. Nu, de wet heeft als doel om geweld te kanaliseren en te monopoliseren. Maar daardoor is het niet minder aanwezig. Gevangenisstraffen, gedwongen uitvoering, uitdrijving zijn niet minder pijnlijk omdat ze wettig zijn. Zij zijn, al-

dus Defoort, het feitelijke uitvloeisel van wetsinterpretatie. Maar nogmaals, geweld verdwijnt daardoor niet. «Mensen moeten het geweld voldoende verafschuwen om de wet ter hulp te roepen, maar niet zozeer dat zij niet in staat zouden zijn om, in naam van de wet, geweld te plegen. Het recht heeft het geweld nodig als rechtvaardiging en heeft het geweld opnieuw nodig om het geweld dat het rechtvaardigt, uit te schakelen» (138).

Het geweld dat door het recht op gang wordt gebracht is een geïnstitutionaliseerd geweld, geweld dat door het recht verantwoord wordt. Het is dat geweld dat het gevolg is van interpretatie van de wet, wat de auteur doet besluiten dat de wet tegelijk behoort tot de wereld van de betekenissen en tot die van het geweld (142).

Maar blijkbaar, aldus Defoort, hebben mensen een instinctieve weerzin voor geweld. Het overwinnen van die afkeer zou leiden tot het plegen van misdaden, en om die te bestraffen wordt opnieuw een beroep gedaan op het geweld van de wet. Dat brengt de auteur tot de stelling dat we onze persoonlijke onschuld zouden kunnen bewaren door het voor het algemeen welzijn vereiste geweld door de wet te laten plegen (144). Straffen kan daarom worden beschouwd als een geciviliseerde vorm van lynchen, waar de meesten onder ons toekijken (146). Blijkbaar is dat onschuldig, maar we verbergen dat we dat gegeven eigenlijk steunen. Aan (zien) straffen lijkt een zeker genot verbonden te zijn, aangezien openbare terechtstellingen tot in de 19e eeuw werden beschouwd als een volksfeest. Ook hier komt de provocerende stelling van Defoort weer naar boven. Recht maakt geweld acceptabel, het weerzinwekkende wordt minder weerzinwekkend, zelfs redelijk en bijgevolg aanvaardbaar gemaakt (147).

Misdadigers die gestraft worden wekken geen medelijden op, zij hebben hun straf verdiend, zo denkt men. Maar is men bereid die straf zelf ten uitvoer te brengen? Defoort meent dat het antwoord is: liever niet. Laat het maar over aan de wet, en de machtige arm die daar de verlenging van is. Ik ben geneigd hem daarin te volgen, maar naar ik vermoed om een andere reden.

Defoort beweert namelijk dat mensen een instinctieve afkeer hebben van geweld. Dit beschouw ik als een te bewijzen stelling. De huidige, gangbare mening in de sociobiologie houdt wel staande dat agressie, en dus de neiging tot geweld, niet aangeboren is. Maar daarmee is de bewering dat een instinctieve afkeer voor geweld de mens eigen zou zijn nog niet aangetoond. Wat dit punt betreft ben ik van mening dat het begrip «instinct» eerder een leegte dekt dan dat het een wetenschappelijk verklarende kracht heeft. De zogenaamde «instinctieve afkeer voor geweld» kan beter verklaard worden als een cultuurverschijnsel, *net zoals het recht zelf trouwens*. Maar is het dan omdat er recht is dat we een afkeer hebben van geweld («instinct» als cultuurverschijnsel) of ontstaat het recht omdat we die afkeer hebben (afkeer van geweld als «natuurlijk instinct»)?

De auteur sluit zijn betoog af met enkele indringende beschouwingen over gerechtigheid. Vanuit het bestaan van de wet kan de vraag gesteld worden of de wet is wat zij moet zijn. Die vraag dringt zich trouwens op ten aanzien van alles wat bestaat.

Nu kan dat «moeten zijn» van de wet op twee manieren beoordeeld worden. De eerste manier is dat wetten worden getoetst op hun wettelijkheid, op hun juridische geldigheid. Dat levert een eerste oordeel op omtrent het «moeten zijn» van de wet. Indien wetten geen deel uitmaken van een ruimer geheel van wetten, zijn ze bruut geweld. Of anders gezegd, en verwijzend naar wat eerder reeds werd gesteld: de organisatie van het geweld van de wet in het ruimer geheel van de Staat (wiens typische bestaanswijze precies de wet is) legitimeert de wet (of het geweld).

Een tweede manier om het «moeten zijn» van de wet te beoordelen is haar te toetsen aan iets wat de wettelijkheid overstijgt. Wetten dienen immers in overeenstemming te zijn met de gerechtigheid. Alleen, die gerechtigheid is naamloos, ongrijpbaar: ze is er wel maar we zien ze niet. We kunnen de gerechtigheid niet rechtstreeks kennen, we kunnen er alleen «opinies» over hebben. Hierbij blijft de vraag natuurlijk welke opinie de juiste is. En toch blijft de gerechtigheid, die van de orde van het morele is, het fundament van het recht.

Defoort lost dit probleem op aan de hand van de hedendaagse opvatting dat men omtrent een opinie een consensus tot stand kan brengen. Maar een opinie is natuurlijk geen consensus. Maar als men met een opinie naar consensus kan dingen, houdt die mogelijkheid in dat de mogelijkheid van een consensus tevens de mogelijkheid van verschillende opinies toelaat. En in dat geval, zo zegt Defoort, hebben we geen houvast in de werkelijkheid meer nodig.

Met dit laatste ben ik het helemaal niet eens, zij het om redenen waarvan de uiteenzetting de omvang van deze boekrecensie ver zou overstijgen. Laat ik enkel zeggen dat, filosofisch-technisch gesproken, uitspraken waarover een universele consensus bestaat, waar zijn in een realistisch perspectief, en dus *wél* een houvast hebben in de werkelijkheid.

Het betoog wordt afgesloten met enkele indringende opmerkingen over gerechtigheid. Een ding wisten we al: gerechtigheid bestaat niet op zich. Zij manifesteert zich door de wetten heen die haar vertegenwoordigen. Degenen die de wet zouden willen ontmaskeren als strategie van de macht zouden kunnen denken dat er zich achter de wet een echte gerechtigheid ophoudt. Zelfs als die gedachte zou kunnen opkomen, dan nog kunnen wij die gerechtigheid niet kennen, tenzij dan zoals ze vertegenwoordigd is in en door de wet.

Maar wordt gerechtigheid correct vertegenwoordigd door de wet, of is dat alles slechts schijn, zo vraagt de auteur zich af (173). De gerechtigheid op zich kan zich niet tonen, dus moeten we het wel stellen met haar vertegenwoordiger. Gerechtigheid kan niet met dezelfde zekerheid gekend worden als de wet, maar het is anderszijds voldoende dat de wet de gerechtigheid «boodschapt» (173), zij het dat huicheling best mogelijk is, en dat «nabootsing» van de werkelijkheid volstaat. Schijn lijkt dus te volstaan. En dat houdt dan op zijn beurt weer verband met de verantwoordelijkheid voor onszelf, die we doorheen en door middel van het recht opnemen. «Bovendien mag men niet vergeten», zo schrijft Defoort, «dat de instellingen maar doorheen hun handhavers aanwezig gesteld worden. Om werkzaam te zijn hebben de instellingen handhavers nodig. Omdat wij nooit tot de instellingen zelf herleid kunnen worden, zijn wij verantwoordelijk voor hun constructie, hun handhaving en hun destructie. Die verantwoordelijkheid kunnen wij niet afschuiven op iets dat ons overtreft» (177). Met dit laatste wordt dan de gerechtigheid bedoeld.

Ik ben er niet zeker van of ik de auteur wat dit laatste punt betreft goed begrepen heb. Zijn opvatting maakt mij op een bepaalde manier ongemakkelijk, omdat uit dit deel van zijn betoog eigenlijk niet valt op te maken welk standpunt hij eigenlijk verdedigt. Defoort stelt dat gerechtigheid niet bestaat. Maar toch kan een schijn van gerechtigheid opgehouden worden door de wet. Hoe kan iets de schijn zijn van iets dat niet bestaat? Dat is echter een technische kwestie waarvan de uitwerking hier niet op haar plaats is, maar die wel in verband gebracht kan worden met de waarheid van waardeoordelen. Persoonlijk durf ik stellen dat onder bepaalde voorwaarden waardeoordelen waar kunnen zijn. Dat lijkt echter niet de mening van Defoort te zijn.

Maar waarom moet gerechtigheid aan macht gekoppeld worden, en uiteindelijk aan geweld? Juist daardoor lijkt hij het begrip «gerechtigheid» geweld aan te doen. Die kwestie heeft natuurlijk niets te maken met de wijze waarop de auteur zijn argumenten ontwikkelt. Het gaat eerder om het uitgangspunt, namelijk dat recht op geweld berust.

Is dat de wijze waarop wij met recht omgaan? Is de mogelijkheid van dwang die een contractuele verbintenis in zich houdt wel degelijk zijn *kern*, of is het eerder een vorm van zekerheid, die het contract *omringt*? Heeft de aanvaarding van rechtsnormen met geweld te maken, of kan aanvaarding van normen een structuur in maatschappelijke relaties aanbrengen die natuurlijk anders had kunnen zijn, maar daarom nog niet op geweld berust. Als de wet voorschrijft dat een testament dat de erflater zelf opstelt volledig met de hand geschreven dient te worden, valt daar weinig dwang te bespeuren. Doet een erflater dat niet, dan is er gewoon geen testament. Is dat dwang? Ik ben geneigd te denken van niet. Is de verplichting rechts te rijden in zijn kern op geweld gebaseerd? Ook hier lijkt het antwoord negatief te zijn. Wie niet rechts rijdt, riskeert sancties, maar is dat alles? De regel is willekeurig naar zijn inhoud, en levert op nieuw een vorm van zekerheid op. Als ik het zo doe, en de anderen doen het ook zo, dan verloopt alles op een min of meer georganiseerde wijze (spookrijders buiten beschouwing gelaten).

Met dit alles weet ik niet of de auteur gelijk heeft. Maar de charme van het boek is dat het daar eigenlijk niet om gaat. Defoort behandelt een aantal klassieke problemen uit de rechtsfilosofie, waaromtrent hij een eigen, provocerende stelling ontwikkelt. Alleen al daarom is het een goed boek. «Spreek in godsnaam toch eens tegen», schrijft Montaigne, «ik wil gaarne met zijn tweeën zijn.» De auteur is nu wellicht niet meer alleen.

Luc J. Wintgens

J. SAROT e.a., *Précis de fonction publique*, Bruylant, Brussel, 1994, 720 pp.

Bij het bereiken van zijn emeritaat heeft Jean Sarot, voorzitter van het Arbitragehof, de vrijgekomen tijd besteed aan een project dat hij reeds vele jaren koesterde: een fundamenteel handboek over het ambtenarenrecht. Samen met een schare van deskundige medewerkers beoogde hij niet een exhaustieve uiteenzetting van de veelvuldige statutaire regelingen, maar wel een overzicht van de grondbeginselen en krachtlijnen van het openbaar ambt naar Belgisch positief recht, en ook reeds naar gewestelijk en gemeenschapsrecht.

Door zijn tragisch overlijden heeft Sarot de afwerking van het project niet mogen meemaken, maar zijn medewerkers hebben de taak tot een goed einde gebracht.

Het boek bestaat uit een algemene inleiding en vier delen.

In deel I worden de organisatie der instellingen en de algemene beginselen omschreven. Dit deel omvat drie onderdelen – zg. «titels» –:

a) De juridische aard van de verhouding tussen de overheid en de ambtenaren, door Eric Gillet: statutaire tegenover contractuele rechtspositie; bevoegdheid van de Raad van State en van de arbeidsrechtbanken.

b) De algemene beginselen van het ambtenarenrecht, door Odile Daurmont. In dit onderdeel worden uiteraard ook de algemene beginselen van de koninklijke besluiten van 22 november 1991 uiteengezet. Die besluiten werden evenwel bij arrest van de Raad van State vernietigd en (retroactief) vervangen door de koninklijke besluiten van 26 september 1994 (zie *R.W.*, 1994-95, 614). Om die redenen is een addendum opgesteld, dat door de uitgever ter beschikking van de lezer wordt gesteld, en waarin de materie is geactualiseerd. Het boek blijft aldus «up to date».

c) Het ambtenarenrecht van de gemeenschappen en de gewesten, door Jean Sarot, Jean Bourtembourg en Eric Gillet. Dit onderdeel is in ruime mate een historische schets van de overgang van de nationale administratie naar die van de gewesten en gemeenschappen. De vernieuwende aspecten van het ambtenarenrecht in de Vlaamse Gemeenschap komen, jammer genoeg, niet echt aan bod (zie o.m., Vernailen, Eric, «Bestuurlijke vernieuwing en innovaties inzake human resources in het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap», *T.B.P.*, 1993, 715).

Deel II beschrijft het administratief statuut van de ambtenaren: de indienstneming (door Odile Daurmont); de rechten en plichten (door Eric Gillet); de loopbaan (door Stéphanie Gehlen); de administratieve standen (door Jean Sarot en Didier Batselé); het tuchtstelsel (door Didier Batselé); het beëindigen van de loopbaan (door Stéphanie Gehlen).

In deel III worden het geldelijk statuut en de pensioenregeling uiteengezet, resp. door Jean Bourtembourg en door Perry Baret en Philippe Nys.

Het vierde en laatste deel biedt ten slotte een bijzonder helder overzicht van de sociale betrekkingen, inzonderheid van de wet van 19 december 1974, opgesteld door Etienne Peremans.

Bovenstaand kurkdroog overzicht van de inhoud van *Précis de fonction publique* doet geenszins recht aan de originaliteit van het boek. Al bestonden al wel enkele informatieve publikaties – inzonderheid *Het ambtenarenzakboekje* van P. Berckx en R. Janvier –, toch ontbrak in ons land tot nog toe een algemeen overzicht van de basisregels van het ambtenarenrecht (zie evenwel Molitor, A., *L'administration de la Belgique*, CRISP, 1974).

Het hier besproken boek staat op een kwalitatief zeer hoog niveau en is vergelijkbaar met het prachtige boek van Alain Plantey, *Fonction publique* (Parijs, L.G.D.J., 1971) in Frankrijk.

Door bewust uit te stijgen boven een loutere beschrijving en/of naast elkaar plaatsen van de vele diverse statutaire regelingen in ons land, verkrijgt het boek een aanmerkelijke toegevoegde en blijvende waarde.

Dit boek is dan ook niet meer weg te denken in de bibliotheek van wie belang stelt in het recht van het openbaar ambt; eigenlijk zou elk ambtenaar dit boek moeten bezitten, lezen en herhaaldelijk opnieuw raadplegen.

L.P. Suetens