

VLAAMSE JURISTENVERENIGING

XXXVIIe Wetenschappelijk Congres

DE DOORWERKING VAN HET EUROPEES GEMEENSCHAPSRECHT

27 april 1996

Vrije Universiteit Brussel

Programma

- | | |
|-------|---|
| 9u30 | Ontvangst en verwelcoming door prof. dr. E. Witte, Rector, Vrije Universiteit Brussel |
| 10u10 | Inleidende rede door prof. dr. M. Maresceau, gewoon hoogleraar U.G. |
| 10u40 | Koffiepauze |
| 11u | Sectievergaderingen: |
| 12u30 | Lunch |
| 14u | Sectievergaderingen |
| 15u40 | Koffiepauze |
| 16u | Plenum: afronding van de sectievergaderingen door de congresvoorzitter, prof. dr. K. Leus |
| 16u15 | «De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht»: «Back to the future»? door prof. dr. W. Van Gerven, buitengewoon hoogleraar K.U.Leuven en R.U.Limburg, voormalig advocaat-generaal EG Hof van Justitie |
| 17u | Toespraak door prof. dr. M. Storme, voorzitter Vlaamse Juristenvereniging |
| 17u30 | Receptie |
| 19u30 | Banket in het Hotel Astoria Brussels (19u30) voor deelnemers en hun partner. |

Het Congres mag rekenen op de financiële steun van het Cultureel Steunfonds V.U.B., de A.S.L.K., de Generale Bankmaatschappij.

SECTIEVERGADERINGEN

- Sectie 1:** **De doorwerking van de beschikkingen van de Europese Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie op (de toepassing van) de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging.**
Referent: J. Stuyck, advocaat, buitengewoon hoogleraar K.U.L.
Respondent: R. Van Den Bergh, hoogleraar Universiteiten Hamburg, Utrecht en Antwerpen
Voorzitter: M. Flamee, advocaat, deeltijds hoogleraar V.U.B.
- Sectie 2:** **De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in de sector van de overheidsopdrachten.**
Referent: J. Stevens, auditeur Raad van State
Respondent: D. D'Hooghe, advocaat, deeltijds hoofddocent K.U.L.
Voorzitter: J. Dujardin, stadssecretaris Gent, docent V.U.B.
- Sectie 3:** **De beperkingen voor een federaal en regionaal milieubeleid die voortvloeien uit de interne markt.**
Referent: G. Van Hoorick, wetenschappelijk medewerker U.G., advocaat
Respondent: D. Vandermeersch, advocaat
Voorzitter: W. Lambrechts, gewoon hoogleraar U.I.A.
- Sectie 4:** **De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht op het gebied van de fiscale rechtsbescherming.**
Referent: L. Denys, fiscaal jurist, docent V.U.B.
Respondent: H. Dubois, docent Fiscale Hogeschool, advocaat
Voorzitter: F. Van Istendael, gewoon hoogleraar K.U.L.
- Sectie 5:** **De rechtsverhouding tussen het Europees economisch recht en het nationaal sociaal recht.**
Referent: H. Van Hoogenbemt, advocaat
Respondent: P. Schoukens, wetenschappelijk medewerker K.U.L.
Voorzitter: B. Dubois, hoogleraar U.G.
- Sectie 6:** **De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht met betrekking tot de strafbaarstelling.**
Referent: B. Spriet, advocaat, docent K.U.L. en K.U.B.
Respondent: L. Huybrechts, raadsheer in het Hof van Cassatie
Voorzitter: C. Van Den Wijngaert, hoogleraar U.I.A., ondervoorzitster van de Commissie Strafprocesrecht, visiting fellow aan de Universiteit van Cambridge
- Sectie 7:** **De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in het procesrecht.**
Referent: J. Laenens, advocaat, hoofddocent U.I.A.
Respondent: P. Taelman, advocaat, deeltijds docent U.G.
Voorzitter: P. Lemmens, staatsraad, hoogleraar K.U.L.
- Sectie 8:** **De 'doorwerking' van komende Europese regelgeving in het vennootschapsrecht.**
Referenten: L. Cornelis, advocaat deeltijds hoogleraar V.U.B., en A. François, aspirant N.F.W.O.-V.U.B.
Respondent: K. Van Hulle, afdelingshoofd Europese Commissie, deeltijds hoofddocent K.U.L.
Voorzitter: E. Wymeersch, assessor Raad van State, hoogleraar U.G.

DE DOORWERKING VAN DE BESCHIKKINGEN VAN DE EUROPESE COMMISSIE EN DE JURISPRUDENTIE VAN HET HOF VAN JUSTITIE OP DE TOEPASSING VAN DE WET VAN 5 AUGUSTUS 1991 TOT BESCHERMING VAN DE ECONOMISCHE MEDEDINGING

DOORWERKING VAN HET EUROPEES KARTELRECHT IN HET BELGISCH KARTELRECHT

INLEIDING

1. Dit referaat handelt over de verhouding tussen het EG- en het Belgisch kartelrecht: het geheel van regels dat concurrentiebeperkend gedrag van ondernemingen op de markt beheerst.¹ Daartoe behoren een verbod van mededingingsbeperkende afspraken, een verbod van misbruik van machtspositie en een toezicht op concentraties (fusies).²

In dit referaat wil ik meer bepaald nagaan op welke wijze de verordeningen en beschikkingen van de Europese Commissie en de arresten van het Hof van Justitie en van het Gerecht van Eerste Aanleg van de E.G. ter zake van de toepassing van de artikelen 85 en 86 en van Verordening 4064/89 (concentratiecontrole) doorwerken op de toepassing van de bepalingen van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (hierna: WEM). Zoals bekend stemmen zowel de materieelrechtelijke als de formeelrechtelijke bepalingen van de WEM in hoge mate overeen met de Europese mededingingsregels.

2. Art. 1 van de WEM bevat twee definities die overgenomen zijn uit de jurisprudentie van het Hof en de beschikkingen van de Commissie bij toepassing van de EG-mededingingsregels: de definitie van onderneming en de definitie van machtspositie.

«Ondernemingen» zijn alle natuurlijke en rechtspersonen die op duurzame wijze een economisch doel nastreven (art. 1 onder a).³ De machtspositie is de positie die een onderneming in staat stelt om de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, afnemers en leveranciers onafhankelijk te gedragen (art. 1, onder b).⁴

Art. 2, § 1, van de WEM bevat, zoals art. 85 EG, lid 1, EG-Verdrag een verbod van mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen; art. 2, § 2, verklaart, zoals art. 85, lid 2, EG-Verdrag dergelijke afspraken nietig; art. 2, § 3, bevat, zoals art. 85, lid 3, EG-Verdrag de mogelijkheid om een ontheffing of vrijstelling te krijgen voor afspraken die aan vier (nagenoeg identieke) voorwaarden voldoen.⁵ Op EG-niveau worden individuele ontheffingen en groepsvrijstellingen door de Commissie gegeven (door middel van beschikkingen c.q. verordeningen).

Art. 3 van de WEM verbiedt, net als art. 86 EG, het misbruik van machtspositie. De in de artt. 2 en 3 WEM bedoelde praktijken worden restrictieve mededingingspraktijken genoemd.

De in de artt. 2 en 3 WEM bedoelde praktijken worden restrictieve mededingingspraktijken genoemd.

De in de artt. 2 en 3 WEM bedoelde praktijken worden restrictieve mededingingspraktijken genoemd.

¹ De regels van het EGKS-Verdrag blijven hier buiten beschouwing.

² Voor het EG-kartelrecht zie onder meer de volgende handboeken: RITTER, L., BRAUN, W., DAVID-RAWLINSON, F., *EEC Competition Law. A Practitioner's Guide*, Kluwer, Deventer/Boston, 1991; WHISH, R. en SUFRIN, B., *Competition Law*, third edition, Butterworths, Londen, Edinburgh, 1993; VAN BAELE, I. en BELLIS, J.-F., *Competition Law of the European Community*, CCH, Bicester, Oxfordshire, 1993; KERSE, C.S., *E.C. Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, Londen, 1994.

Voor de WEM, zie de volgende boeken: *Bescherming van de economische mededinging*, DE VROEDE (red.), die Keure, Brugge, 1993; VANDERMEERSCH, D., *De Mededingingswet*, Kluwer, Deurne, 1993; VAN CAYSELE, P., *De Belgische wet op de mededinging*, Maklu, Antwerpen, 1995; en de volgende publicaties: *Eerste Activiteitenverslag 1993-1994 van de Raad voor de Mededinging; De wet tot bescherming van de economische mededinging. Haar werking*, TBH-dossier, n° 1-1994; KEUTGEN, G. en STEENLANT, J., «La nouvelle loi sur la protection de la concurrence économique», in *Tendensen in het Belgisch Bedrijfsrecht*, Bruylant/Kluwer, Brussel/Deurne, 1992; SWENNEN, H., «Een paar opmerkingen i.v.m. de Belgische wet tot bescherming van de economische mededinging», *SEW*, 1993, 323; YSEWYN, J., «Toepassingsgebied van het concentratietoezicht naar Belgisch recht», *T.B.H.*, 1995, 717; WAELEBROECK, M. en BOUCKAERT, J., «La loi sur la protection de la concurrence économique», *J.T.*, 1992, 281.

³ Cf. H.v.J., 23 april 1991, *Höfner en Elser t. Macrotron*, C-41/90, *Jurispr.* 1991, I-1979; H.v.J., 19 januari 1994, *SAT Fluggesellschaft t. Eurocontrol*, C-364/92; *Jurispr.*, 1994, I-43; STUYCK, J. en VOSSESTEIN, A., «Onderneming, Markt en Staat in het EG-Mededingingsrecht», in KORTMANN, S. en DORTMOND, P. (red.), *Financiering en Aansprakelijkheid*, Serie Recht en Onderneming, deel 1, Tjeenk Willink, Zwolle, 1994, 289 e.v.

⁴ Cf. H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands t. Commissie*, 22/76, *Jurispr.*, 1978, 280, r.o. 65, en latere arresten, zie VAN GERVEN, W., MARESCAU, M. en STUYCK, J., *Kartelrecht*, Story, Gent, 1985, nr. 280.

⁵ De voorwaarden zijn (samengevat): 1) de afspraak moet bijdragen tot een verbetering van productie, distributie, economische of technische ontwikkeling (en enkel in de WEM: of de concurrentiepositie van KMO's verstevigen); 2) aan de gebruikers moet een billijk aandeel van dit voordeel toekomen; 3) er mogen geen voor het bereiken van de doelstelling niet-onmisbare beperkingen worden opgelegd; 4) de mededinging mag niet uitgeschakeld worden.

De artikelen 9 e.v. WEM voorzien in een controle op concentraties, ⁶ die op weinig na identiek is aan de concentratiecontrole op grond van Vo. 4064/89. Deze verordening wordt door de Commissie in individuele gevallen toegepast door middel van beschikkingen.

3. De toepassing van de EG-mededingingsregels ligt hoofdzakelijk in de handen van de Europese Commissie (voor de toepassing van art. 85, lid 3, EG en Verordening 4064/89, is zij zelfs exclusief bevoegd, zie *infra*). Zij geeft verbodsbeschikkingen op grond van art. 85, lid 1, of art. 86 en zij verleent negatieve verklaringen (beschikkingen dat er voor haar geen reden is op te treden uit hoofde van art. 85, lid 1, of 86, EG), individuele ontheffingen en groepsvrijstellingen (buitentoepassingsverklaringen uit hoofde van art. 85, lid 3). Tegen commissiebeschikkingen kunnen ondernemingen een annulatieberoep instellen bij het Gerecht van Eerste Aanleg met hogere voorziening bij het Hof van Justitie.

4. Beslissingen op basis van de WEM (zowel ter zake van restrictieve mededingingspraktijken als ter zake van concentraties) worden door de Raad voor de Mededinging genomen. De Dienst voor de Mededinging is belast met het onderzoek. Groepsvrijstellingen worden verleend bij ministerieel besluit (art. 28, § 1, WEM). Tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging is hoger beroep mogelijk bij het Hof van Beroep te Brussel (en tegen arresten van het Hof van Beroep te Brussel is voorziening bij het Hof van Cassatie mogelijk). ⁷

5. Kernachtig kunnen de verschillen tussen de EG-bepalingen en de overeenstemmende bepalingen van de WEM worden samengevat met de woorden «beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten» (voor de artt. 85 en 86) en «communautaire dimensie» (voor de EG-concentratiecontrole, zie art. 1). Voor de toepassing van de overeenstemmende bepalingen uit de WEM is geen beïnvloeding van de interstatenhandel vereist c.q. mag de concentratie geen communautaire dimensie hebben. Voor de WEM is een beperking van de mededinging op de Belgische markt of een wezenlijk deel ervan vereist (zie de artt. 2, § 1, 3 en 10, § 2).

6. Op kartels en gevallen van misbruik van machtspositie die een effect hebben zowel op de Belgische markt als op de handel tussen Lid-Staten van de E.G. zijn de artikelen 2 en 3 WEM en de artt. 85 en 86 E.G. tegelijkertijd van toepassing. Voor concentraties is er daarentegen een «one stop shop»: concentraties waarbij zowel de toepassingsdrempel van de WEM (gezamenlijk marktaandeel van 25% en gezamenlijke omzet van 3 miljoen frank) als die van Vo. 4064/89 (gezamenlijke omzet van 5 miljard ECU, ten minste twee van de betrokken ondernemingen hebben elk een EG-omzet van ten minste 250 miljoen en ze realiseren niet beide meer dan twee derde van hun EG-omzet in dezelfde Lid-Staat) wordt overschreden, moeten enkel bij de Commissie worden aangemeld (art. 21, lid 2, Verordening 4064/89; art. 13 WEM).

7. Ook de bevoegdheden van de Belgische kartelautoriteiten (Raad voor de Mededinging en Dienst voor de Mede-

dinging), de procedure en het sanctiesysteem zijn groten-deels uit het EG-recht overgenomen.

8. Ten slotte hebben de verboden van de artt. 2, § 1, en 3 WEM, net als de artt. 85, lid 1, en 86 E.G., «rechtstreekse werking»: ze kunnen voor de rechtbanken worden ingeroepen. In beide stelsels wordt deze toepassing vergemakkelijkt door een prejudiciële procedure waarbij de rechter de hulp kan invoeren van het Hof van Justitie (art. 177 EG) c.q. van het Hof van Beroep te Brussel (art. 42 WEM).

9. In een eerste afdeling zal de verhouding tussen EG- en nationaal kartelrecht worden onderzocht.

In een tweede afdeling zal worden onderzocht op welke verschillende wijzen de verordeningen en beschikkingen van de Commissie en de arresten van het Hof en het Gerecht de toepassing van de WEM beïnvloeden.

I. DE VERHOUDING TUSSEN HET EUROPESE EN HET NATIONAAL KARTELRECHT

A. De voorrang van het Gemeenschapsrecht

10. Het EG-mededingingsrecht bevat geen specifieke regels over de verhouding tussen die regels en nationale mededingingsregels. Verordening 17/62 bevat enkel regels over de verhouding tussen de Europese Commissie en de nationale kartelautoriteiten bij de toepassing van de EG-mededingingsregels. ⁸

11. De verhouding tussen EG-mededingingsrecht en nationaal mededingingsrecht wordt bepaald door de verhouding tussen EG-recht en nationaal recht in het algemeen.

In *Costa t. Enel* ⁹ heeft het Hof de voorrang of het primaat van het gemeenschapsrecht erkend. ¹⁰

12. Deze voorrang leidt er in de eerste plaats toe dat algemene normatieve handelingen van de communautaire instellingen niet door wettelijke of bestuurlijke maatregelen van de Lid-Staten gefrustreerd mogen worden. Zo moeten Lid-Staten er, bij de toepassing van hun nationaal mededingingsrecht, voor zorgen dat met name commissieverordeningen houdende groepsvrijstellingen niet hun nuttig effect verliezen doordat een afspraak die onder het voordeel van een dergelijke vrijstelling valt alsnog door de toepassing van de nationale regels verboden wordt.

13. De vrijstelling houdt immers het oordeel in dat de afspraken die onder haar toepassingsgebied vallen vanuit mededingingsstandpunt toegelaten moeten worden. De Belgische wetgever heeft hieraan gevolg gegeven door in art. 8 van de WEM te bepalen dat, zolang afspraken een vrijstelling genieten op grond van art. 85, lid 3, EG, zij niet aangemeld dienen te worden, en in art. 32 WEM dat, indien de afspraak waarop het onderzoek betrekking heeft, het voorwerp uitmaakt van een vrijstelling op grond van art. 85, lid 3, de Raad dit vaststelt en het dossier seponereert.

⁸ Zie art. 9 Verordening 17: enkel de Commissie kan art. 85, lid 3, toepassen; de nationale kartelautoriteiten mogen art. 85, lid 1, en art. 86 niet meer toepassen als de Commissie de procedure eenmaal heeft ingeleid.

⁹ H.v.J., 15 juli 1964, *Flaminio Costa t. ENEL*, 6/64, *Jurispr.*, 1964, 585.

¹⁰ Zie hierover en over de latere rechtspraak die dit beginsel heeft bevestigd, LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, Apeldoorn, 1995, 496 e.v.

⁶ Een concentratie komt tot stand bij fusie of bij de verwerving van controle over een onderneming (zie art. 3 Verordening 4064/89 en art. 9 WEM).

⁷ VEROUWSTRAETE, I., «Institutionele aspecten», in *Bescherming van de economische mededinging* (zie voetnoot 2, *supra*).

Men mag aannemen dat deze artikelen zowel naar groeps-vrijstellingen als naar individuele ontheffingen verwijzen.¹¹

14. Hiermee is evenwel nog niet gezegd of de Belgische kartelautoriteiten gebonden zijn door andere commissiebeschikkingen houdende toepassing van de artt. 85 en 86, zoals verbodsbeschikkingen en zgn. «negatieve verklaringen» of verklaringen dat er voor de Commissie geen aanleiding bestaat op te treden krachtens art. 85 of 86.

Tot de Lid-Statens gerichte beschikkingen zijn verbindend voor alle organen van de betrokken staat, de rechterlijke instanties daaronder begrepen. Zodoende zijn deze verplicht ingevolge het primaat van het gemeenschapsrecht alle nationale bepalingen die de uitvoering van een dergelijke beschikking zouden kunnen belemmeren buiten toepassing te laten.¹² Commissiebeschikkingen in kartelzaken zijn evenwel normaal gericht tot ondernemingen.¹³ Hoewel vaststaat dat een beschikking de bevoegdheid van de Lid-Statens kan beperken,¹⁴ is de vraag naar de toepassing van dit beginsel in het mededingingsrecht grotendeels onontgonnen terrein.¹⁵ In de zaak *Banks t. British Coal*,¹⁶ een zaak die geen verband hield met mededingingsrecht, maar met de vraag of een nationale rechter de bevoegdheid en/of de verplichting heeft schadevergoeding toe te kennen bij inbreuken op het EGKS-Verdrag, besliste het Hof dat, gelet op de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om, onder de controle van het Gerecht en het Hof, beschikkingen te geven op grond van de artt. 65 en 66, lid 7, EGKS-Verdrag, zulke beschikkingen, die ingevolge art. 14 van dat verdrag verbindend zijn in al hun onderdelen, bindend zijn voor de nationale rechter, die evenwel het Hof kan verzoeken om een uitspraak over de geldigheid of de uitlegging ervan. Of de principes van *Banks* ook op de beschikkingen uit hoofde van art. 85, lid 3, EG kunnen worden toegepast, is verre van zeker, nu de exclusieve bevoegdheid voor de Commissie dergelijke beschikkingen te geven niet, zoals in de EGKS, voortvloeit uit het verdrag, maar uit het afgeleide gemeenschapsrecht, in casu Verordening 17/62.

15. In mededingingszaken rijst met name de vraag of een nationale autoriteit overeenkomstig nationaal recht iets kan verbieden wat de Commissie onder EG-recht heeft toegelaten of heel waarschijnlijk zal toelaten. En omgekeerd rijst de

vraag of een dergelijke autoriteit een praktijk kan toelaten die de Commissie heeft verboden of zeer waarschijnlijk zal verbieden. Ten slotte rijst ook de vraag of een nationale autoriteit een sanctie kan opleggen voor een praktijk waarvoor aan de ondernemingen reeds door de Commissie een sanctie opgelegd is.¹⁷

16. Voor een beantwoording van die vragen is het nodig in de gaten te houden dat, wegens hun verschillend territoriaal toepassingsgebied, het EG- en het nationaal mededingingsrecht tot een verschillende beoordeling van eenzelfde praktijk kunnen leiden.¹⁸

17. De huidige rechtspraak van het Hof geeft geen eenduidig antwoord op al die vragen. M.i. moet, gelet op de voorrang van het gemeenschapsrecht en ter vermindering van dubbele barrières bij gelijkijdige toepassing van EG- en nationaal mededingingsrecht, steeds die interpretatie worden verkozen die de toepassing van het nationaal mededingingsrecht zoveel mogelijk uitsluit. Dit is niet strijdig met het subsidiariteitsbeginsel (zie hierna) omdat in een dergelijke situatie de Commissie, per hypothese, rekening houdend met dat beginsel, beslist heeft of verwacht kan worden te beslissen de zaak te onderzoeken op grond van het EG-mededingingsrecht.

B. Subsidiariteit

18. Sinds de inwerkingtreding, op 1 november 1993, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (Verdrag van Maastricht), geldt het volgende:

«Op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, treedt de Gemeenschap, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de Lid-Statens kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt» (art. 3 B, tweede alinea, EG-Verdrag).¹⁹

19. Het subsidiariteitsbeginsel is niet van toepassing wanneer er een exclusieve gemeenschapsbevoegdheid bestaat.

¹¹ In dezelfde zin ECKMAN, P., «Kartelpraktijken», in P. DE VROEDE (red.), *De nieuwe wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging*, Brugge, 1993, 54.

¹² Aldus LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., o.c., 567, die verwijzen naar H.v.J., 21 mei 1987, zaak 249/85, *Alkabo/Balm*, *Jurispr.*, 1987, p. 2345.

¹³ Beschikkingen uit hoofde van art. 90, lid 1 (een bepaling die hier buiten beschouwing blijft) zijn gericht tot de Lid-Statens; t.a.v. dergelijke beschikkingen gelden de procedurele bepalingen van Verordening 17/62 evenwel niet.

¹⁴ Zie het eerder geciteerde arrest *Alkabo t. Balm*; zie hierover LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P., «Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3 B du traité CE, 1993», *Cahiers de droit européen*, 1993, 3 e.v. (op p. 4, voetnoot).

¹⁵ Zie de argumenten voor en tegen de verbindende kracht van commissiebeschikkingen in concurrentiezaken voor de nationale rechtbanken: WHISH, R., «The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of Member States», *European Business Law Review*, 1994, 3 e.v., op p. 7-8.

¹⁶ H.v.J., 13 april 1994, *H.J. Banks & Company Ltd. t. British Coal Corporation*, C-128/92, *Jurispr.*, 1994, I-1209.

¹⁷ Het «ne bis in idem»-beginsel; zie hierover (in het kader van het EG-mededingingsrecht), STUYCK, J. en DENYS, C., «Les sanctions communautaires», Rapport pour les quinziesmes journées d'études juridiques Jean Dabin à l'Université Catholique de Louvain, les 27 et 28 avril 1995, sur «La Justice pénale et l'Europe», in druk.

¹⁸ Zo merkt SWENNEN, H., *loc. cit.*, 514, terecht op dat de toepassing van het Europees kartelrecht op verticale overeenkomsten meer een instrument voor de Europese integratie was dan een punt van beleid in een interne markt.

¹⁹ Er is reeds veel geschreven over dit complexe begrip, zie onder meer LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P., *l.c.*, 3 e.v.; LENAERTS, K., «The principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism, to be published in *Recent Economic and Legal developments in Environmental Policy*, European Monographs, ABRAHAM, F., DEKETELAERE, K. en STUYCK, J. (red.), Universitaire Pers Leuven, Leuven, 1995, 11 e.v.; over de toepassing op het gebied van het mededingingsrecht: ALFORD, R.P., «Subsidiarity and Competition: Decentralized Enforcement of EU Competition Law», *Cornell I.L.J.*, 1994, 271-302; editorial «Subsidiarity in EC Competition Law Enforcement», *C.M.L.Rev.*, 1995, 1-5, IDOT, L., «L'application du 'principe de subsidiarité' en droit de la concurrence», *Rec. Dalloz*, 1994, 37-44.

Terwijl de bevoegdheid voor de toepassing van art. 85, lid 1, en art. 86, niet exclusief is, heeft de Europese Commissie wel exclusieve bevoegdheid om art. 85, lid 3, toe te passen en concentraties met communautaire dimensie goed te keuren. Beide bevoegdheden zijn evenwel exclusief door toepassing en niet uit hun aard: ²⁰ de exclusiviteit is niet in het verdrag vastgelegd maar ingevoerd door een communautaire rechtshandeling: art. 21, lid 1, Verordening 40654/89, c.q. art. 9, lid 3, Verordening 17/62. De exclusiviteit zou kunnen worden opgeheven door een raadsverordening. ²¹

20. In *Automec II* ²² heeft het Gerecht van Eerste Aanleg het recht van de Commissie erkend prioriteiten vast te stellen. Dit arrest en het *Delimitis*-arrest van het Hof ²³ (over de taak van de nationale rechter bij de toepassing van de artt. 85 en 86) hebben de door de Commissie gewenste grotere decentralisatie bij de handhaving van de artt. 85 en 86 kracht bijgezet. Decentralisatie is echter geen synoniem van subsidiariteit: het staat aan de Commissie te bepalen of het onderzoek van een bepaalde zaak in het gemeenschapsbelang is en zo niet, de zaak over te laten aan de autoriteiten van de Lid-Staten. Daarom kan ik het ook niet eens zijn met diegenen die beweren dat subsidiariteit sterke wortels heeft in het kartelrecht, ²⁴ tenzij die wortels historisch bedoeld worden. Volgens artikel 88 beslissen, tot op het tijdstip van inwerkingtreding van de voorschriften, op grond van artikel 87 vastgesteld, de autoriteiten van de Lid-Staten over de toelaatbaarheid van mededingingsregelingen en over het misbruik maken van machtspositie op de gemeenschappelijke markt, in overeenstemming met hun nationale rechten de in artikel 95, met name lid 3, en in artikel 86 neergelegde bepalingen. De bevoegdheden van de Commissie tijdens deze overgangsperiode zijn weinig ingrijpend (zie art. 89). ²⁵ Verordening 17/62 heeft de bepaling van art. 88 (althans voor de meeste sectoren) ²⁶ overbodig gemaakt, maar het principe is duidelijk: de Lid-Staten waren vanaf het begin verplicht de artt. 85 en 86 toe te passen, terwijl de Commissie voor de effectieve toepassing van deze artikelen afhankelijk was van een raadsverordening.

21. Naar aanleiding van het *Delimitis*-arrest heeft de Commissie een Bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-

Verdrag gepubliceerd. ²⁷ Hoewel deze bekendmaking betrekking heeft op de nationale toepassing van de artt. 85 en 86, hebben de principes die ze bevat m.i. ook betekenis voor de toepassing door de nationale rechtbanken en autoriteiten van nationaal kartelrecht in situaties waarin zij of de Commissie artt. 85 of 86 zouden kunnen toepassen. Dit geldt vooral voor de waarde die zij aan zgn. troostbrieven van de Commissie kunnen of moeten hechten (zie volgend randnummer *in fine*).

22. In haar Bekendmaking zegt de Commissie het voorstellen te hebben ²⁸ om bij de uitoefening van haar beslissingsbevoegdheden voorrang te geven aan de aanmeldingen, klachten en ambtshalve ingeleide procedures welke voor de Gemeenschap van bijzonder politiek, economisch of juridisch belang zijn. Aanmeldingen die niet die aspecten bezitten, zullen bij administratieve brief worden afgedaan. Klachten die genoemde aspecten niet bezitten, zouden bij de nationale autoriteiten of rechterlijke instanties hun beslag moeten krijgen. ²⁹ De Commissie somt vervolgens de voordelen op van de toepassing van het gemeenschapsrecht door de nationale rechter: mogelijkheid schadevergoeding toe te kennen, het sneller toekennen van voorlopige maatregelen, combinatie van een vordering op grond van het nationale recht en een vordering op grond van het communautaire recht en de mogelijkheid die in sommige Lid-Staten bestaat advocatenhonoraria terug te vorderen van de verliezende partij. ³⁰ Voorts bevat de Mededeling een aantal hypothesen die het Hof in het arrest *Delimitis* niet viseert. Zo is er de situatie waarin de Commissie in een administratieve brief (een zgn. «comfort letter» of troostbrief) heeft laten weten dat zij geen aanleiding ziet om t.a.v. een aangemelde overeenkomst art. 85 toe te passen. Een dergelijke brief vormt, zoals het Hof in het *Lancôme*-arrest ³¹ heeft gesteld, een feitelijk gegeven waarmee de nationale rechter rekening kan houden. Zo is er ook de situatie dat de Commissie een ontheffingsbeschikking heeft gegeven. Een dergelijke beschikking bindt de rechter. ³²

In de bekendmaking pleit de Commissie nogal sterk voor een toepassing van de artt. 85 en 86 door de nationale rechtbanken en ze nodigt hen uit op haar een beroep te doen teneinde niet alleen feitelijke informatie in te winnen (over de stand van een eventuele procedure voor de Commissie) maar ook over rechtsvragen. ³³

²⁰ Voor het verschil tussen «compétences exclusives par nature» (zoals art. 113 EG) en «compétences exclusives par exercice» (zoals bij de uitoefening van impliciete bevoegdheden), zie LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P., *l.c.*, 20 e.v.

²¹ *Ibid.*, 29, voetnoot 64.

²² H.v.J., 18 september 1992, *Automec t. Commissie*, 24/90, *Jurispr.*, 1992, II-...

²³ H.v.J., 28 februari 1991, *Delimitis t. Henninger Bräu*, *Jurispr.*, 1991, I-935.

²⁴ L. BRITTAN, *European Competition Policy. Keeping the Playing Field Level*, CEPS, 1992, 92-99.

²⁵ Zie hierover VAN GERVEN, W., MARESCAU, M. en STUYCK, J., *o.c.*, nr. 80.

²⁶ Voor de transportsector gelden zoals bekend aparte procedurevoorschriften; voor de luchtvaartsector geldt art. 88 trouwens nog steeds gedeeltelijk (met name voor luchttransport tussen een gemeenschapsluchthaven en een luchthaven buiten de Gemeenschap) (zie art. 1, lid 2, Verordening 3975/87).

²⁷ *Pb.*, C 39/6 van 13 februari 1993; zie voor een bespreking van deze Bekendmaking J.H.J. BOURGEOIS, «De nationale rechter en de EG-Mededingingsregelsbekendmaking van de EG-Commissie», *SEW*, 1993, 690 e.v., en L. GYSELEN, «Le juge national face aux règles de concurrence communautaires applicables aux Entreprises», *JTDE*, 1993, 25 e.v.

²⁸ Cf. reeds de *Automec*-zaak, geciteerd in voetn. 22.

²⁹ Punt 14 van de Bekendmaking.

³⁰ Punt 16 van de Bekendmaking.

³¹ H.v.J., zaak 99/79, *Lancôme t. Etos*, *Jur.*, 1980, 2511, r.o. 11.

³² In punt 25 is er sprake van «vrijstellingen», maar uit de context blijkt dat hiermee niet (enkel) groepsvrijstellingen, maar (ook) individuele ontheffingen van het kartelverbod worden bedoeld; anderzijds is de Commissie van mening dat negatieve verklaringen de rechter niet binden.

³³ Voor een (zeldzame) Belgische toepassing, zie Voorz. Kh. Brussel, 1 augustus 1995, *T.B.H.*, 1995, 991, met noot.

C. De gelijktijdige toepassing van het EG- en nationaal kartelrecht ³⁴

23. De voorrang van het gemeenschapsrecht betekent niet exclusieve toepassing. De toepasselijkheid van het EG-kartelrecht sluit niet als zodanig de toepassing van het nationaal kartelrecht op dezelfde afspraak uit. ³⁵ Anders dan voor de concentratiecontrole (met zijn «one stop shopping principle»), geldt ter zake van de toepassing van de kartelbepalingen een «Zweischranken»- of een «double barrier»-beginsel, ³⁶ of beter nog, rekening houdend met de correctie die van de voorrang van het gemeenschapsrecht op dit principe uitgaat, een «double barrière hiérarchisée». ³⁷

24. Inhoudelijk heeft het Hof van Justitie zich tot nu toe nog maar tweemaal over de verhouding tussen nationaal en EG-kartelrecht uitgesproken, ³⁸ namelijk in het *Walt Wilhelm*-arrest ³⁹ en in het arrest *Giry en Guerlain*. ⁴⁰ *Walt Wilhelm*, een prejudiciële zaak verwezen door het Kammergericht te Berlijn, kwam eerst de vraag aan de orde of de toepasselijkheid van art. 85 EG op een bepaalde ondernemersafpraak de toepassing op diezelfde afspraak van het nationale (in casu Duitse) kartelrecht verhinderde en vervolgens, indien die vraag ontkennend diende te worden beantwoord, of het gemeenschapsrecht er zich niet tegen verzet dat op dezelfde feiten twee sancties worden opgelegd, eenmaal op grond van het E.G.-kartelrecht en eenmaal op grond van het nationale kartelrecht. Deze vragen waren gerezen naar aanleiding van een beschikking van het Bundeskartellamt (BKartA) uit 1967 in de bekende kleurstoffenzaak. Enkele maanden nadat de Commissie een formele procedure had geopend tegen de Europese producenten van kleurstoffen, wegens een onderling afgestemde feitelijke gedraging die

leidde tot een gelijktijdige verhoging van hun prijzen, had het BKartA aan de Duitse ondernemingen die tot deze groep producenten behoorden, voor dezelfde gedraging geldboeten opgelegd wegens inbreuk op de Duitse kartelwet (het GWB).

Op de eerste vraag antwoordt het Hof dat art. 9, lid 3, Verordening 17, enkel de gelijktijdige toepassing van de artt. 85 en 86 door de Commissie en de nationale kartelautoriteiten uitsluit (ten voordele van de Commissie). Bijgevolg kan eenzelfde ondernemersafpraak in beginsel aanleiding geven tot twee parallel lopende procedures: een op grond van het communautaire recht en een op grond van het nationaal recht. ⁴¹ Deze stelling vindt ook steun, aldus het Hof, in art. 87, lid 2, sub e, waarin de Raad bevoegd verklaard wordt tot vaststelling van de verhouding tussen de nationale wettelijke bepalingen en de communautaire regelen betreffende de mededinging. ⁴²

Het Hof erkent m.a.w. het «double barrier»-principe. Niettemin zullen de nationale autoriteiten, wanneer in een nationale procedure voor hen blijkt dat de Commissie een voor haar hangende procedure betreffende dezelfde overeenkomst mogelijkerwijze zal afsluiten met een beschikking welke zich met de werking van de beschikking der nationale autoriteiten niet verdraagt, «passende maatregelen» moeten nemen. ⁴³ Kortom, de inleiding van de procedure door de Commissie verhindert de nationale autoriteiten niet hun nationale kartelrecht toe te passen, «met dien verstande dat deze toepassing van het nationale recht aan een volledige en uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht - en aan de werking der uitvoeringsbesluiten geen afbreuk mag doen». ⁴⁴

Op de tweede vraag (over de toepassing van het «non bis in idem»-beginsel) antwoordt het Hof «dat de mogelijkheid van cumulatie van sancties niet uitsluit dat twee parallel lopende, ter verwezenlijking van verschillende doelstellingen ahangig gemaakte procedures mogen worden ingesteld», maar dat, wanneer deze mogelijkheid tot oplegging van tweemaal sanctie zou leiden, algemene billijkheidsgronden meebrengen dat bij de bepaling van de straf met eerdere beslissingen van repressieve aard rekening dient te worden gehouden. ⁴⁵

Al bij al blinkt het arrest niet uit door grote duidelijkheid. ⁴⁶ Het arrest laat heel wat concrete vragen open, inzonderheid met betrekking tot de toepassing van nationaal recht wanneer de Commissie een positief oordeel t.a.v. een bepaalde afspraak heeft uitgesproken.

25. Met betrekking tot de meer algemene vraag welke houding de nationale kartelautoriteiten moeten/mogen aannemen om conflicten met een eerdere of latere toepassing van art. 85 door de Commissie ⁴⁷ te vermijden, moeten de volgende hypothesen worden onderscheiden:

⁴¹ R.o. 3 van het arrest.

⁴² R.o. 4 van het arrest.

⁴³ R.o. 8 van het arrest.

⁴⁴ R.o. 9 van het arrest.

⁴⁵ R.o. 11 van het arrest.

⁴⁶ Zie ook Mok, M.R., noot bij het arrest in *SEW*, 1970, 167-182.

⁴⁷ Theoretisch is het ook mogelijk dat de nationale kartelautoriteit geconfronteerd wordt met de gelijktijdige toepassing van art. 85 en nationaal kartelrecht. Ook in een dergelijk geval speelt de inhoudelijke voorrang van het Gemeenschapsrecht. Gelet op art. 9 Verordening 17 (zie boven), zal een dergelijke gelijktijdige toepassing be-

³⁴ Deze afdeling is gebaseerd op twee eerdere bijdragen van de auteur, namelijk «Europees en nationaal concurrentierecht» in LEVIE, G. COUSY, H. (red.), *La politique européenne de concurrence en matière d'assurances*, Louvain-la-Neuve/Brussel, Academia/Bruylant, 1994, 89-119, en «Competition Law in the EC and in the Member States» in *Festschrift für Ulrich Everling*, DUE, O., LUTTER, M. en SCHWARZE, J. (red.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, 1511-1528.

³⁵ Zie echter de nieuwe Italiaanse mededingingswet van 27 september 1980, die zelf bepaalt dat haar bepalingen slechts van toepassing zijn op aangelegenheden die niet onder het toepassingsgebied van het EG-mededingingsrecht vallen; zie, over deze «reciprocal exclusivity of jurisdiction», SIRAGUSA, M. en SCASELLATI-SFORZOLINI, G., *Common Market Law Review*, 1992, 93 e.v.

³⁶ Zie MARKERT, K., «Some Legal and Administrative Problems of the Co-existence of Community and National Competition Law in the EEC», *Common Market Law Review*, 1974, 11 e.v.

³⁷ R. KOVAR, «Marché intérieur et politique de concurrence», *Droit et Politique du Commerce international*, 1989, 244.

³⁸ Over bepaalde procedurele kwesties heeft het Hof zich ook in ander arresten uitgesproken, bv. over de vraag of nationale kartelautoriteiten informatie die aan de Commissie is meegedeeld maar waarvan zij via de liaison met de Commissie kennis hebben, gebruik mogen maken (H.v.J., 16 juli 1992, *Dirección General de la Defensa de la Competencia t. Asociación Español de Bancas Privadas*, C-67/91, *Jurispr.*, 1992, I-4785); zie ook H.v.J., 10 november 1992, *Otto t. Postbank*, C-60/90? nog niet gepubliceerd, *infra* besproken.

³⁹ H.v.J., 13 februari 1969, *Walt Wilhelm t. Bundeskartellamt*, 14/68, *Jurispr.*, 1969, 1 e.v.

⁴⁰ H.v.J., 10 juli 1980, *Procureur van de Republiek t. B. Giry en Guerlain S.A.*, 253/78 en 1-3/79, *Jurispr.*, 1980, 2327.

1° De afspraak valt onder een groepsvrijstelling

26. Hoewel de rechtspraak van het Hof voor deze situatie geen oplossing biedt, ⁴⁸ lijkt de correcte conclusie die uit de voorrang van het gemeenschapsrecht getrokken moet worden, dat de toepassing van nationaal kartelrecht in dit geval onmogelijk is. De groepsvrijstelling werkt door in het nationale recht. De groepsvrijstelling is immers een algemene normatieve handeling van de Gemeenschap die ingevolge het primaat van het gemeenschapsrecht een daarmee strijdige toepassing van nationaal recht onmogelijk maakt. Aan gezien een groepsvrijstelling een instrument is van communautair mededingingsbeleid valt niet in te zien hoe een Lid-Staat dit beleid zou kunnen respecteren wanneer ze een afspraak die aldus door de Commissie is vrijgesteld, wegens haar positieve bijdrage tot de markt, zou kunnen verbieden omdat de effecten op haar grondgebied toch negatief dienen te worden beoordeeld. Op deze strikte doorwerking van een groepsvrijstelling kan de Commissie zelf uitzonderingen toestaan. ⁴⁹ Zo bevatten bepaalde groepsvrijstellingen de mogelijkheid voor de nationale wetgevers op bepaalde punten striktere voorwaarden op te leggen. ⁵⁰ Deze uitzonderingen bevestigen m.i. de regel dat de groepsvrijstelling in principe de toepassing van nationaal kartelrecht in de weg staat, i.z. de vaststelling van een nationale groepsvrijstelling met striktere of andere voorwaarden. ⁵¹ Ook de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om in individuele gevallen het voordeel van de groepsvrijstelling in te trekken ⁵² leidt er m.i. toe dat, wanneer in een concreet geval de nationale kartelautoriteit tot de constatering komt dat de afspraak waarover zij zich moet uitspreken, door de groepsvrijstelling gedekt is maar er redenen zijn om, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, de betrokken ondernemingen het voordeel van de groepsvrijstelling te onthouden, zij niets anders zal kunnen doen dan vast te stellen dat de afspraak ex art. 85, lid 3, is vrijgesteld en de partij die een verbod van de afspraak wenst te verwijzen naar de Commissie voor een in trekking van het voordeel van de vrijstelling overeenkomstig de groepsvrijstelling.

perkt zijn tot toepassing van art. 85, lid 1, en dan nog maar in die gevallen waarin de Commissie de procedure niet heeft ingeleid.

⁴⁸ Zie ook WHISH, R. en SUFRIN, B., *o.c.*, 41.

⁴⁹ De Commissie treedt bij groepsvrijstellingen op in het kader van een gedelegeerde wetgevende bevoegdheid; ook bij harmonisatierichtlijnen, die in principe de wetgevende bevoegdheid van de Lid-Staten op het geharmoniseerde terrein uitschakelt, kan de Raad niettemin, als communautaire wetgever, de Lid-Staten uitdrukkelijk toestaan bepaalde (bv. verdergaande) maatregelen te treffen.

⁵⁰ Zie overweging 19 van Verordening 1984/83 (exclusieve voorradings) en overweging 19 van Verordening 123/85 (auto's), geciteerd door GOYDER, G.D., *EC Competition Law*, tweede ed., Oxford, 1993, 433-434.

⁵¹ In die zin ook R. WHISH en B. SUFRIN, *Competition Law*, 3e ed., Londen, 1993, 41; kennelijk anders GOYDER, zie vorige voetnoot; WHISH, R. en SUFRIN, B., *o.c.*, 41, wijzen er evenwel op dat de Commissie zelf wel eens, buiten de gevallen waarin ze deze bevoegdheid in de relevante groepsvrijstelling uitdrukkelijk aan de nationale autoriteiten heeft overgelaten, het opleggen van striktere voorwaarden door deze autoriteiten tolereert (Commissie persmededeling Cm 651(1989) i.v.m. bierleveringen).

⁵² In die zin het arrest Automec, geciteerd, r.o. 75.

2° De afspraak valt niet onder een groepsvrijstelling

27. Hier moeten vier hypothesen worden onderscheiden:

a) Er is geen commissiebeschikking

28. In dit geval kan de nationale kartelautoriteit het nationaal kartelrecht toepassen, maar zij zal rekening dienen te houden met de te verwachten uitkomst van een procedure voor de Commissie. Bij twijfel over de uitkomst van een zaak die ook bij de Commissie is aangemeld maar waarover deze laatste nog geen uitspraak heeft gedaan, zal zij haar uitspraak het best opschorten tot de Commissie uitspraak heeft gedaan of, alvorens uitspraak te doen, laatstgenoemde om advies vragen. Is de nationale kartelautoriteit er op basis van de bestaande beschikkingspraktijk van de Commissie van overtuigd dat deze laatste voor de aangemelde overeenkomst een negatieve verklaring zal afgeven dan wel een ontheffing verlenen, dan kan zij, zonder deze beslissing van de Commissie af te wachten, op basis van het nationaal kartelrecht een beslissing nemen die daarmee verzoenbaar is (bv. het afwijzen van de klacht of het geven van een negatieve verklaring of een ontheffing naar nationaal recht). ⁵³

b) De Commissie heeft een negatieve verklaring afgeleverd ⁵⁴

29. In dit geval verzet niets zich tegen de volle toepassing van het nationale kartelrecht. ⁵⁵ Enerzijds kan de nationale autoriteit vanzelfsprekend naar nationaal recht tot de slotsom komen dat er geen afspraak is die de mededinging op de nationale markt beperkt. Anderzijds kan zij van oordeel zijn dat een afspraak die naar EG-recht niet onder het kartelverbod valt, wel onder het nationale kartelverbod valt. De Commissie zal immers tot een negatieve verklaring gekomen zijn, hetzij omdat zij van oordeel is dat de interstatenhandel niet (op merkbare wijze) ongunstig is of kan worden beïnvloed, hetzij omdat er geen sprake is van een merkbare mededingingsbeperking op de gemeenschappelijke markt. In beide gevallen kan de nationale autoriteit de afspraak verbieden wegens de invloed op de nationale of op de lokale markt. ⁵⁶

⁵³ Voor een voorbeeld zie Beslissing Raad voor de Mededinging, 26 juni 1995, nr. 95 - PRA - 1, *Parfumerie BOt. Parfums Christian Dior, B.S.*, 26 juli 1995, 20259, *infra* besproken; deze beslissing verwijst overigens uitdrukkelijk naar het *Walt Wilhelm*-arrest.

⁵⁴ Hierna zal enkel sprake zijn van formele commissiebeschikkingen. Er is m.i. echter geen reden om tot andere conclusies te komen wanneer de Commissie zich in een administratieve brief (met de werking van een negatieve verklaring of een ontheffing) heeft uitgesproken.

⁵⁵ Over de problemen waartoe dit in de verhouding EG/Duits recht aanleiding geeft, zie BECHTOLD, R., «Antitrust Law in the European Community and Germany - An uncoordinated Co-Existence?» in HAWK, B. (red.), *Fordham Corporate Law Institute*, 1992, 343 e.v.

⁵⁶ Zie H.v.J., 10 juli 1980, *Giry en Guerlain*, gecit., r.o.18.

c) De Commissie heeft een individuele ontheffing verleend

30. Omtrent deze hypothese is in de literatuur heel wat te doen geweest.⁵⁷ Het is immers denkbaar dat een afspraak die door de Commissie is vrijgesteld, ingevolge een strengere nationale bepaling verboden zou moeten worden. Maar zelfs indien de toepassing van het nationale recht eveneens tot een ontheffing leidt, rijst de vraag of de nationale kartelautoriteit geen bijkomende voorwaarden aan de ontheffing kan verbinden. De situatie is in wezen niet verschillend van die waarin een groepsvrijstelling van toepassing is. Art. 8 van de Belgische WEM, naar luid waarvan een afspraak die een «vrijstelling» geniet niet behoeft te worden aangemeld lijkt trouwens op beide hypothesen van toepassing te zijn (zie boven). Aangezien bij een individuele ontheffing de Commissie zich uitsprekt rekening houdend met de specifieke omstandigheden van de zaak, lijkt er mogelijk nog minder ruimte voor een afwijkende nationale uitspraak dan in de hypothese waarin de afspraak een groepsvrijstelling geniet. Nu m.i. een EG-groepsvrijstelling de toepassing van nationaal kartelrecht uitsluit, geldt dit *a fortiori* voor een individuele ontheffing van de Commissie.

d) De Commissie heeft de afspraak verboden

31. Heeft de Commissie een afspraak verboden, dan verzet niets er zich tegen dat een nationale kartelautoriteit ze op haar beurt verbiedt. Ook het feit dat de Commissie een boete heeft opgelegd verhindert de nationale autoriteit niet een tweede boete op te leggen. In dit geval gebiedt de billijkheid evenwel dat de nationale autoriteit bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening houdt met de boete die de Commissie reeds zou hebben opgelegd.⁵⁸

De nationale kartelautoriteit zou in een dergelijk geval eveneens een negatieve verklaring op grond van het nationale kartelrecht kunnen afleveren of een andere rechtshandeling kunnen verrichten die ertoe leidt dat geen inbreuk op het nationale kartelrecht wordt vastgesteld (sepot e.d.m.), zonder nochtans de vaststelling dat er een inbreuk op het EG-kartelrecht is te ontcrachten.⁵⁹

32. Daarentegen zal de nationale autoriteit m.i. geen ontheffing meer kunnen verlenen wanneer de Commissie een afspraak verboden heeft. De verbodsbeschikking houdt immers een negatief waardeoordeel over de afspraak in; een ontheffing naar nationaal recht zou hiermee inhoudelijk in strijd zijn. Met betrekking tot de Belgische situatie is dit van belang m.b.t. een eventuele ontheffing op grond van art. 2, § 3, WEM, op grond van de mogelijkheid die de afspraak kleine en middelgrote ondernemingen biedt hun concurrentiepositie op de betrokken markt of op de internationale markt te verstevigen (een ontheffingsgrond die niet in art. 85, lid 3, vermeld is).

⁵⁷ Zie GOYDER en WHISH en SUFRIN, eerder geciteerd en de daar aangehaalde literatuur.

⁵⁸ Zie WALT WILHELM, voetnoot 66.

⁵⁹ Cf. VANDERSANDEN, G., «Procédures d'attestation négative et notification», in *De nieuwe wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging*, Brugge, 1993, nr. 31 op p. 117-118, volgens wie in deze hypothese de Raad voor de mededinging de praktijk niet zal mogen «valideren».

33. *Schematisch* kan de bevoegdheid van de nationale autoriteiten, bij (mogelijke) gelijktijdige toepassing van het EG-kartelrecht door de Europese Commissie, hun nationaal kartelrecht toe te passen, worden weergegeven in tabel 1.

34. Bij dit alles heb ik in het midden gelaten wat er moet gebeuren wanneer de Commissie i.p.v. een formele beschikking een troostbrief heeft afgeleverd. Een troostbrief kan zowel een negatieve verklaring als een ontheffing vervangen. Volgens het Hof moet de nationale rechter bij toepassing van art. 85 met een troostbrief rekening houden zonder er evenwel formeel aan geboden te zijn. Eenzelfde gedragslijn dringt zich m.i. op wanneer de nationale kartelautoriteit voor de toepassing van nationaal kartelrecht staat. De troostbrief van de Commissie is voor hem een feitelijk gegeven waarmee hij rekening moet houden. Houdt de troostbrief m.a.w. een negatieve verklaring in, dan zal dit de nationale autoriteit in principe niet moeten hinderen naar nationaal kartelrecht een veroordeling uit te spreken. Houdt de troostbrief daarentegen een ontheffing in, dan zal de nationale rechter m.i. zijn verplichting met de troostbrief als feitelijk gegeven rekening te houden doorgaans niet nakomen indien hij de afspraak alsnog op grond van nationaal kartelrecht verbiedt.

II. MANIEREN WAAROP VERORDENINGEN EN BESCHIKKINGEN VAN DE COMMISSIE EN ARRESTEN VAN HET HOF EN HET GERECHT INVLOED UITOEFENEN OP DE TOEPASSING VAN DE WEM

35. Uit afdeling I is reeds gebleken dat commissieverordeningen houdende groepsvrijstellingen doorwerken in het nationale kartelrecht.

Bij de toepassing van de Europese concurrentieregels moeten de nationale autoriteiten (voor zover ze bevoegd zijn) en de nationale rechtbanken (voor zover de betrokken bepaling rechtstreekse werking heeft en zij deze bijgevolg kunnen toepassen) rekening houden met de beschikkingen van de Commissie en de arresten van het Hof en van het Gerecht.

Thans wil ik op meer systematische wijze de vraag behandelen op welke wijze commissiebeschikkingen en arresten van het Hof en het Gerecht inzake toepassing van de EG-mededingingsregels invloed kunnen uitoefenen op de toepassing door de Raad voor de Mededinging en de Belgische rechtbanken van de bepalingen van de WEM.

Ik behandel eerst de doorwerking van de materieelrechtelijke bepalingen en beslissingen en vervolgens die van de formeelrechtelijke regels.

A. Materieelrechtelijke doorwerking

36. Aangezien de bepalingen van de WEM inhoudelijk grotendeels overeenstemmen met de bepalingen van de artt. 85 en 86 en van Verordening 4064/89, kon worden verwacht dat de Belgische rechtsprekende organen op natuurlijke wijze, zonder hiertoe overigens verplicht te worden, bij de toepassing van de bepalingen van de WEM te rade zouden gaan bij de Europese beschikkingen en arresten.

In de voorbereidende teksten werd evenwel uitdrukkelijk gesteld dat de ondernemingen, ter wille van de rechtszeker-

heid, de interpretatie die de EG-instellingen aan de begrippen uit het EG-mededingingsrecht hebben gegeven, als referentie kunnen gebruik. ⁶⁰

Van een verplichting met die interpretatie rekening te houden is er evenwel geen sprake.

Wel heeft Swennen gesteld dat, indien een «lagere rechter» tot het oordeel komt dat een bepaling van de Belgische wet moet worden geïnterpreteerd aan de hand van het Europese recht, hij een prejudiciële vraag kan stellen aan het Hof van Justitie. ⁶¹ D. Vandermeersch daarentegen denkt dat dit vermoedelijk niet kan. Krachtens art. 177 doet het Hof immers enkel uitspraak over de interpretatie van het EG-recht. De Belgische wet geeft geen uitvoering noch aan het Verdrag noch aan het secundair gemeenschapsrecht. ⁶² Om de door Vandermeersch aangehaalde redenen meen ik dat ter zake van de toepassing van de WEM de Belgische rechter in geen geval een prejudiciële vraag aan het Europese Hof kan stellen. ⁶³ Iets anders is dat de Belgische rechtbanken (en mededingingsautoriteiten) gelijktijdig de EG-mededingingsregels en de WEM op een bepaalde casus kunnen toepassen en in het kader van een dergelijke procedure een interpretatievraag aan het Hof van Justitie zouden kunnen stellen en op basis van dat antwoord de zaak kunnen oplossen.

37. Ruim twee en een half jaar na de inwerkingtreding van de WEM zijn er toch reeds een aantal uitspraken uit hoofde van de WEM voorhanden die een beeld geven hoe zich deze invloed laat gelden.

1° Concentratiecontrole

38. De WEM vond aanvankelijk vooral toepassing in concentratiezaken. Ook nu betreffen de meeste uitspraken van de Raad voor de Mededinging concentratiezaken. De relatief lage (maar sinds 1 mei 1995 enigszins verhoogde) ⁶⁴ toepassingsdrempel leidt ertoe dat de Dienst en de Raad overbelast zijn met concentratiedossiers. ⁶⁵

39. De in het *Belgische Staatsblad* gepubliceerde uitspraken van de Raad zijn evenwel beknopt gemotiveerd en maken het niet mogelijk na te gaan in hoeverre de Raad zich laat inspireren door de beschikkingen van de Commissie in concentratiezaken. Het staat evenwel vast dat dit in zeer ruime mate gebeurt. De ervaring wijst uit dat, waar de Europese Commissie in een concentratiezaak een bepaalde productmarkt heeft afgebakend, deze afbakening in de praktijk door de Dienst voor de Mededinging in haar verslag in de regel wordt gevolgd en dat dit voor de Raad zelden of nooit aanleiding geeft tot discussie.

40. Het belangrijkste discussiepunt dat in deze beslissingen tot nog toe aandacht heeft gekregen betreft bovendien

een probleem dat zich in het EG-recht niet voordoet: de vraag namelijk wat dient te worden verstaan onder de voorwaarde (voor toepassing van de Belgische concentratiecontrole) dat de betrokken ondernemingen samen meer dan 25% (tot voor kort 20%) van de betrokken markt controleren. ⁶⁶

41. Speciale vermelding verdient de eerste beslissing van de Raad waarin een concentratie werd verboden: *Douglas/Paris XL*. ⁶⁷ Voor de afbakening van de betrokken markt steunden de aanmeldende partijen en de Dienst op de *Yves Saint Laurent*- en *Parfums Givenchy*-beschikkingen van de Commissie, ⁶⁸ die een onderscheid maken tussen massaparfums en -cosmetica enerzijds en luxeparfums en -cosmetica anderzijds. De Raad diende evenwel uit te maken of de overname door het parfumdistributiebedrijf Douglas van haar concurrent Paris XL de effectieve mededinging op de markt van de distributie van de luxecosmetica in gevaar zou brengen. De Raad stelt zich op het standpunt dat voor de bepaling van het marktaandeel van de partijen moet worden uitgegaan van de markt van de selectieve distributie in parfumeriewinkels. Volgens de Raad moet de distributie in apotheken niet in aanmerking worden genomen, aangezien deze immers niet aan dezelfde criteria beantwoordt. Ter ondersteuning van deze stelling verwijst de Raad naar het *Vichy*-arrest van het Gerecht. ⁶⁹ Voorts verwijst de Raad naar de *APB*-beschikking van de Commissie, ⁷⁰ waarin gesteld wordt dat een groot deel van de parafarmaceutische producten in België worden verkocht in grote verkooppunten, drogisterijen, parfumeries en andere gespecialiseerde winkels en dat de verschillende verkoopkanalen niet steeds vergelijkbaar zijn en zich normaal tot een verschillende clientèle richten. Het vervolg van de (verstreckende) analyse (enge marktafbakening en vaststelling van een machtspositie die de effectieve mededinging in gevaar zou brengen) steunt evenwel, voor zover uit de motieven van de beslissing kan worden afgeleid, niet meer op het Europese recht.

2° Restrictieve mededingingspraktijken

42. Tot nu toe zijn de meeste uitspraken inzake restrictieve mededingingspraktijken uitspraken van de gewone rechtbanken: de rechters van de handelspraktijken (de voorzitters van de rechtbanken van koophandel en het Hof van Beroep te Brussel als beroepsinstantie en als rechtscollege dat ingevolge art. 42 WEM geëdieerd kan worden door prejudiciële vragen).

43. Zowel van de uitspraken van de (voorzitter van de) Raad voor de Mededinging als die van het Hof van Beroep te Brussel kan worden gezegd dat zij zeer sterk beïnvloed zijn door de uitspraken van het Hof van Justitie en de Europese

⁶⁰ Memorie van toelichting, *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1289/2, 15.

⁶¹ SWENNEN, H., *I.c.*, 514.

⁶² VANDERMEERSCH, D., *o.c.*, 23, n. 2.

⁶³ In deze zin ook: Brussel, 23 juni 1994, *Handelspraktijken en Mededinging*, 1994, 481.

⁶⁴ Het K.B. 31 maart 1995, *B.S.*, 28 april 1995, in werking getreden op 1 mei 1995, heeft de aanvankelijke drempels van 1 miljard BF omzet en 20% marktaandeel verhoogd tot respectievelijk 3 miljard BF en 25%.

⁶⁵ Zie Raad voor de Mededinging, *Eerste Activiteitenverslag 1993-1994*, 9-10.

⁶⁶ Zie hierover YSEWYN, J., *I.c.*, 720-724.

⁶⁷ Beslissing 94 - C/C - 14 van 18 mei 1994, *Parfumerie Douglas GmbH/Compartilux, Eerste Activiteitenverslag*, 99; tegen deze beslissing werd hoger beroep aangetekend; de uitspraak van het Hof wordt verwacht.

⁶⁸ *Pb.*, L 236/11 van 19 augustus 1992.

⁶⁹ G.E.A., 27 februari 1992, *Vichy t. Commissie*, T-19/91, *Jurispr.*, 1992, II-415.

⁷⁰ Beschikking 14 december 1989, *APB, Pb.*, L 18/35 van 21 januari 1990.

Commissie, wat onder meer blijkt uit het feit dat zij (vaak overvloedig) naar deze uitspraken verwijzen.⁷¹

44. Een eerste beslissing ten gronde van de Raad voor de Mededinging over een restrictieve mededingingspraktijk is een individuele ontheffing voor het reglement van een beurs in de bouw- en wegenbouwsector (MATEXPO).⁷² De Raad stelt vast dat de bepalingen van het aangemelde reglement overeenstemmen met die van het Salon international professionnel de la Papeterie et de la Bureautique (SIPPA) dat het voorwerp heeft uitgemaakt van een ontheffing uit hoofde van art. 85, lid 3.⁷³

45. In zijn tweede beslissing diende de Raad voor de Mededinging zich uit te spreken over een klacht wegens verkoopweigering ingediend door de exploitante van een parfumeriewinkel tegen Parfums Dior. Dior zou een willekeurig systeem gehanteerd hebben voor de selectie van haar distributeurs. Het distributiesysteem was in 1989 aangemeld bij de Europese Commissie, maar deze had nog geen uitspraak gedaan. Hangende de procedure voor de Raad meldde Dior de distributieovereenkomst bij de Dienst voor de Mededinging aan. Na een analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie en de beschikkingspraktijk van de Commissie ten aanzien van selectieve distributie voor parfums komt de Raad tot de conclusie dat de Europese Commissie voor het distributiesysteem van Dior een individuele ontheffing zal verlenen. Onder verwijzing naar *Walt Wilhelm* en na er zich van te hebben vergewist dat de weigering t.a.v. de klager op goede gronden berust, verwerpt de Raad de klacht.

46. De invloed van de arresten van het Hof en van het Gerecht en van de beschikkingen van de Commissie laat zich ook duidelijk voelen in de beslissingen van de voorzitter van de Raad in procedures voor voorlopige maatregelen (art. 35 WEM).⁷⁴

⁷¹ Zie Brussel, 16 november 1994, *Europabank t. Bank Card Company, Handelspraktijken en Mededinging*, 1994, 483; Brussel, 28 juni 1995, *Aral België t. Esso en Esso Benelux*, zaak QR 7/95, niet gepubliceerd; Brussel, 19 oktober 1995, *Belgacom t. ITT Promedia*, AR 3468/94, niet gepubliceerd; zie ook Voorz. Kh. Brussel, 13 april 1994, *Anisenco t. Laroy-Duvo, Handelspraktijken en Mededinging*, 1994, 517, 493; Voorz. Kh. Brussel, 22 juni 1994, *Dry Batterysales t. Duracell Benelux, Handelspraktijken en Mededinging*, 1994, 529; Voorz. Kh. Brussel, 22 juli 1994, *D.C. t. Belgacom, Handelspraktijken en Mededinging*, 1994, 540; voor een zaak waarin de kwestie van de eventuele nietigheid wegens afwezigheid van aanmelding bij de Belgische autoriteiten (terwijl de afspraak gedekt zou zijn door een aanmelding bij de Europese Commissie) voor de beoordeling niet relevant was, zie Voorz. Kh. Brussel 19 december 1994, *Mededinging en Handelspraktijken*, 1994, 560.

⁷² Beslissing Raad voor de Mededinging, 26 oktober 1993, nr. 93-E/A-1, *Eerste Activiteitenverslag van de Raad voor de Mededinging 1993-1994. Bijlagen*, 61.

⁷³ Beschikking van de Commissie, 15 februari 1991, IV/31.559, *Pb.*, L 60/19 van 17 maart 1991.

⁷⁴ Zie i.z. Voorz. Raad voor de Mededinging, 31 oktober 1995, nr. 95 - VMP-3, *Roland Clarysse t. Orde van Architecten*, niet gepubliceerd, waarin de voorzitter zeer uitvoerig verwijst naar de EG-rechtspraak en (m.b.t. de beweerde vaststelling door de Orde van Architecten van minimumschalen) naar de beschikking van de Commissie in de zaak *COAPI, Pb.*, 1995, L 112/47; tegen deze beslissing is hoger beroep aangetekend.

47. Ten slotte kan het reeds geciteerde prejudiciële arrest van het Hof van Beroep te Brussel in de zaak *Aral t. Esso*⁷⁵ worden genoemd. Voor de bepaling van de draagwijdte van de nietigheidssanctie van art. 2, § 2, WEM richtte het Hof zich volledig naar de jurisprudentie van het Hof ter zake van de nietigheidssanctie van art. 85, lid 2, EG-Verdrag.

B. Formeelrechtelijke doorwerking

48. Ook op formeelrechtelijk gebied is de invloed van de Europese regelgeving, rechtspraak en beschikkingspraktijk voelbaar, zowel in de rechtspraak van de Raad en de voorzitter van de Raad als in de rechtspraak van het hof van beroep (in zijn beide hoedanigheden van appelrechter en prejudiciële rechtsinstantie). Ik ga hier niet in op de parallelle in de actie van de Dienst en de Raad voor de Mededinging met de actie van de Europese Commissie in mededingingszaken die het gevolg is van de nagenoeg volledige overeenstemming in bevoegdheden en procedurebepalingen (onderzoeksbevoegdheden, aanmelding van concentraties, enz.). De invloed laat zich evenwel ook gelden op een aantal terreinen waar de Belgische wet geen overeenstemmende bepalingen bevat, met name ter zake van rechtsbescherming en beginnelen van behoorlijk bestuur en behoorlijke (administratieve) rechtspleging.⁷⁶ De twee volgende punten verdienen m.i. bijzondere aandacht.

1. Voorwaarden voor voorlopige maatregelen

49. De voorzitter van de Raad kan voorlopige maatregelen nemen bestemd om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek maken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk zijn voor het algemeen economisch belang (art. 35, § 1, WEM). Laatstgenoemde woorden geven reeds aan dat het verzoek om voorlopige maatregelen uit hoofde van art. 35 WEM verschilt van een verzoek om voorlopige maatregelen in het kader van een kort geding voor een instantie van de rechterlijke orde. Ter zake van het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel moet volgens de Raad niet alleen de toestand van de verzoeker maar ook die van de markt worden onderzocht. De Raad verwijst in dezen uitdrukkelijk naar de rechtspraak van het Hof en van het Gerecht m.b.t. voorlopige maatregelen in het kader van de artt. 85 en 86.⁷⁷

⁷⁵ Zie voetnoot 71.

⁷⁶ Zie evenwel in dit verband: H.v.J., 10 november 1992, *Otto t. Postbank*, C-60/90, nog niet gepubliceerd, waarin het Hof besliste dat het beginsel van bescherming tegen «self incrimination», zoals dat in de rechtspraak van het Hof m.b.t. art. 11 Verordening 17/62 (verzoeken om inlichtingen) werd ontwikkeld (zie hierover STUYCK, J. en DENYS C., l.c.), niet als zodanig van toepassing is op procedures van nationaal kartelrecht.

⁷⁷ Beslissingen Voorzitter Raad voor de Mededinging, 27 maart 1995, 95-VMP-1, *Intermosane t. Société Intercommunale d'Electricité et de gaz des régions de l'Est* (= tussenbeslissing; de eindbeslissing van de voorzitter, 95-VMP-2, is van 4 september 1995) en 31 oktober 1991, *Clarysse t. Orde van Architecten*, zie voetnoot 72.

2^e Het verloop van de prejudiciële procedure voor het hof van beroep

50. Hoewel art. 42 WEM (prejudiciële vragen aan het Hof van Beroep te Brussel), er geen bepaling over bevat, oordeelde het Hof van Beroep te Brussel dat het passend is, wegens het recht van verdediging, de in het bodemgeschil betrokken partijen toe te staan hun beperkte opmerkingen te maken over de elementen die, in feite en in rechte, aan het onderzoek van het Hof zijn onderworpen in het kader van de prejudiciële procedure.⁷⁸ Ongetwijfeld heeft de prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie tot voorbeeld gestrekt.⁷⁹

CONCLUSIE

51. Dit referaat kan gemakkelijk worden samengevat.

In overeenstemming met de wil van de wetgever laten de Raad voor de Mededinging en de overige rechtscollages die in België belast zijn met de toepassing en de interpretatie van de WEM zich waar mogelijk inspireren door de rechtspraak en de beschikkingspraktijk van de Commissie m.b.t. de artikelen 85, 86 en 90 EG en Verordening 4064/89 (concentratiecontrole). Gelet op de hoge mate aan inhoudelijke overeenstemming tussen de EG- en de Belgische kartelregels ligt de precedentwerking van het EG-recht voor de hand. Gelet op de onderscheiden doelstellingen van het EG-Verdrag (marktintegratie en effectieve mededinging) en de WEM (enkel effectieve mededinging) moet evenwel niet worden

⁷⁸ Brussel, 23 juni 1994, *Handelspraktijken en Mededinging*, 1994, 481.

⁷⁹ Zie art. 20 Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie, dat in die mogelijkheid voorziet.

uitgesloten dat met name de toepassing van art. 2, § 1 (verbod van mededingingsrechtelijke afspraken) op verticale overeenkomsten (prijsbinding, absolute gebiedsbescherming in distributieovereenkomsten) anders evolueert dan de toepassing van art. 85, lid 1.

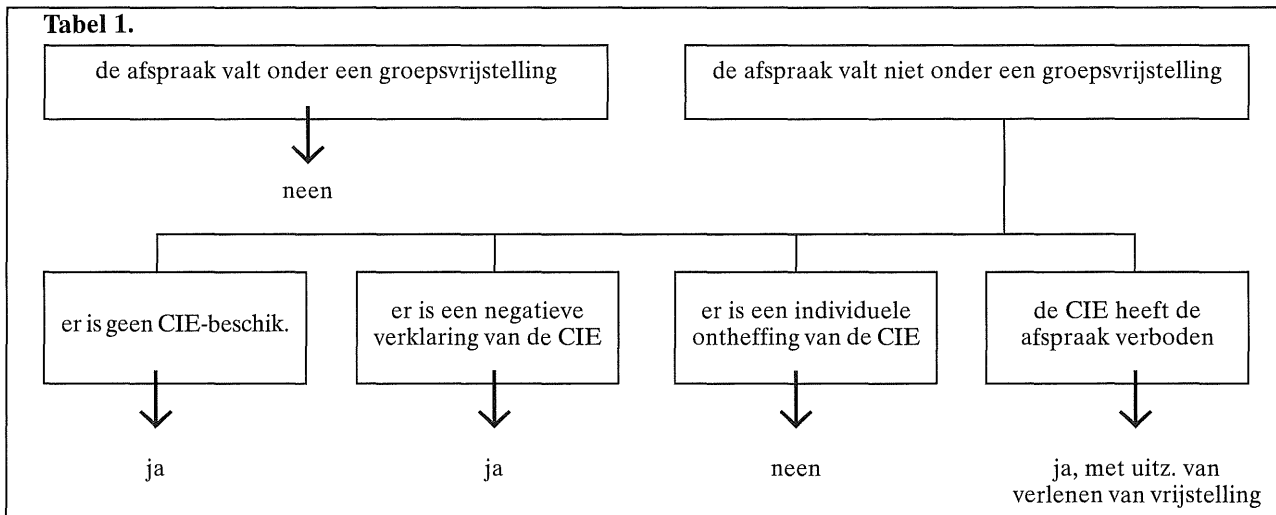
In bepaalde opzichten is de beoordelingsruimte van de Belgische kartelautoriteiten en rechtbanken bij de toepassing van het Belgisch kartelrecht bovendien beperkt tengevolge van de uit de voorrang van het gemeenschapsrecht voortvloeiende doorwerking van beslissingen die de Europese Commissie bij de toepassing van de artt. 85 e.v. in dezelfde zaak genomen heeft c.q. vermoedelijk zal nemen en van verordeningen (groepsvrijstellingen) die de casus beheersen. M.i. bestaat er eigenlijk nauwelijks of geen ruimte voor groepsvrijstellingen op gebieden waar er reeds een EG-groepsvrijstelling bestaat.

Indien die doorwerking voldoende nauwgezet in de gaten wordt gehouden, dan worden conflicten bij de toepassing van de (niet wederzijds exclusieve) EG- en nationale kartelregels tot een minimum teruggebracht. De rechtszekerheid zou stellig verhoogd worden (zonder dat aan de inhoudelijke invloed van het EG-recht op de toepassing van de WEM afbreuk wordt gedaan) indien de WEM zou worden geamendeerd met een bepaling, zoals in de Italiaanse kartelwet, dat zij slechts van toepassing is indien de artt. 85 e.v. niet van toepassing zijn. Of een dergelijke wetswijziging, na het afwegen van alle andere relevante mededingingspolitieke factoren en overwegingen gewenst is, wil ik, in het kader van dit referaat over de invloed van het EG-mededingingsrecht op de toepassing van de WEM buiten beschouwing laten.

Jules STUYCK

Buitengewoon hoogleraar K.U. Leuven en K.U. Nijmegen
Advocaat te Brussel

Tabel 1.



DE DOORWERKING VAN HET EUROPEES GEMEENSCHAPSRECHT IN DE SECTOR VAN DE OVERHEIDSOPDRACHTEN

OVERHEIDSOPDRACHTEN: EUROPESE EN NATIONALE «RECHTSBESCHERMING», WEINIG WOL?¹

1. Regels hebben maar effect als ze nageleefd worden. Er dient dus rechtsbescherming te bestaan om die naleving te waarborgen. Bij rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten wordt in de eerste plaats gedacht aan de ondernemingen die, waar ook in de loop van de procedure, benadeeld worden of benadeeld dreigen te worden.

Overheidsopdrachten hebben een groot economisch belang en vormen een belangrijk deel van het bruto binnenlands product: zij zijn niet alleen van groot belang voor de ondernemingen maar ook voor de overheid. Door de openstelling van de overheidsopdrachten wordt gestreefd, mits met naleving van regels, naar de «beste koop» voor de overheid.² De middelen waarover een overheid beschikt, heeft zij niet van haarzelf maar van de burgers die tot die overheid, klein of groot, behoren. Wanneer een overheid te veel betaalt voor een overheidsopdracht, dient zij dit van de burgers te recupereren, hetzij door de vermindering van haar uitgaven hetzij door de verhoging van haar inkomsten. Rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten dient niet alleen het algemeen (overheids)belang maar ook het individueel belang van elke burger en het collectief belang van een groep van burgers. In dat verband mag niet verheeld worden dat de sector van de overheidsopdrachten een terrein bij uitstek van onfrisse praktijken is geweest. A. Mattera, directeur bij de Europese Commissie, schreef in 1993: «Si l'Auteur de la 'Divine Comédie' pouvait assister aux événements de l'époque contemporaine et fustiger ainsi les mœurs de notre société, il consacrerait sans doute une attention toute particulière au phénomène des 'marchés publics' et réserverait une place privilégiée, dans les bas-fonds de son 'Enfer', aux légions de corrupteurs et de corrompus qui ont transformé les commandes publiques en un instrument de pillage des deniers du contribuable, que ce soit à des fins d'enrichissement personnel ou pour renflouer les caisses des partis auxquels ils appartiennent.»³

Het moet duidelijk zijn dat onfrisse praktijken, in welke vorm ook, bijgerekend worden in de prijs die een overheid finaal betaalt. Bovendien kunnen uitgewonnen ondernemingen in het kader van de «repressieve» rechtsbescherming schadevergoeding krijgen, en geen kleine bedragen. Bij dergelijke praktijken betaalt een overheid – in se de burger – twee keren te veel. Daarbij komt dat, wanneer die praktijken bekend worden, het vertrouwen van de bevolking in de ver-

tegenwoordigers van de overheid een deuk krijgt, wat een risico inhoudt voor onze democratische systemen.

Rechtsbescherming – preventieve – inzake overheidsopdrachten dient ook hogere en andere belangen dan die van uitgewonnen ondernemingen.

2.1. De Raad van de Europese Unie heeft Richtlijn 89/665/EEG van 21 december 1989⁴ houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, uitgevaardigd.⁵

Volgens artikel 2.1.a zorgen de Lid-Staten ervoor dat de maatregelen betreffende het beroep op grond van het feit dat het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn, de nodige bevoegdheden behelzen om zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerdde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van de maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten.

In artikel 2.1.b is sprake van onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure; in artikel 2.1.c van schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd.

2.2. De Raad van de Europese Unie heeft Richtlijn 92/13/EEG van 25 februari 1992⁶ tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, uitgevaardigd.⁷

Volgens artikel 2.1 wordt de keuze gelaten tussen:

– hetzij zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerdde inbreuk ongedaan te maken

¹ Deze tekst is definitief opgesteld op 10 december 1995.

² Volgens het Economisch en Sociaal Comité wordt de besparing door toepassing van het concurrentieprincipe geraamd op 25%, *Pb.* nr. C347/23, 22 december 1987.

³ A. MATTERA, «Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des Etats», *Revue du Marché Unique Européen*, 3/1993, 5.

⁴ *Publicatieblad*, L 395/33, 30 december 1989.

⁵ Ook van toepassing op opdrachten voor dienstverlening gelet op artikel 41 van Richtlijn 92/50.

⁶ *Publicatieblad*, L 76/14, 23 maart 1992.

⁷ Betreft Richtlijn 93/38, dus incl. de opdrachten voor dienstverlening.

of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, incl. maatregelen om de procedure of een besluit op te schorten c.q. te doen opschorten, en onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren;

– hetzij ten spoedigste, zo mogelijk in kort geding en indien noodzakelijk ten gronde, andere maatregelen dan in de bovenstaande mogelijkheid te nemen om de geconstateerde inbreuk ongedaan te maken en te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met name het uitschrijven van een betalingsopdracht wanneer de inbreuk niet ongedaan gemaakt c.q. voorkomen wordt.

Het toekennen van schadevergoeding aan degenen die door een inbreuk gelaedeerd zijn, dient in elk geval voorzien te zijn.

In beide richtlijnen bepaalt artikel 1.3 dat de Lid-Staten er zorg voor dragen dat de beroepsprocedures op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden gelaedeerd.

3.1. Zijn onze nationale beroepsprocedures in overeenstemming met die richtlijnen?

In de memorie van toelichting ⁸ bij de wet van 24 december 1993 wordt gesteld dat de bestaande beroepswegen op nationaal niveau thans aan de eisen van de Richtlijn 89/665 voldoen. Op het eerste gezicht lijkt dat ook zo te zijn: er is een kortgedingprocedure, zowel het administratief als het gerechtelijk kort geding, er is een procedure tot nietigverklaring bij de Raad van State en er is een procedure inzake schadevergoeding bij de burgerlijke rechter. Maar volgens de richtlijn is het gelaedeerd zijn, het benadeeld zijn of het dreigen benadeeld te worden voldoende om toegang te hebben tot de kortgedingrechter: die voorwaarde is minder streng dan de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, die geldt in het administratief kort geding bij de Raad van State. ⁹

De richtlijn is op dat punt niet adequaat omgezet in ons recht en de wetgeving inzake de kortgedingprocedure bij de Raad van State is op dat punt strijdig met de richtlijn. ¹⁰

De nationale rechter, in casu de Raad van State in kort geding, dient de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel dan ook te interpreteren conform de voorwaarde van de richtlijn, nl. benadeeld zijn of benadeeld dreigen te worden, voor zover het opdrachten betreft die gelijk zijn aan de Europese drempelbedragen of ze overschrijden. ¹¹

De bestaande beroepswegen op nationaal niveau voldoen niet aan de eisen van de vermelde richtlijn.

3.2. In dezelfde memorie van toelichting is vermeld dat de Raad van State zich ruimere bevoegdheden toegewezen zag in de rechtspraak in schorsingsgeschillen, wat de eenheid in

de rechtspraak ten goede komt. Feit is dat er tot hiertoe absoluut geen eenheid is in de rechtspraak van de Raad van State in kort geding, meer bepaald op het vlak van de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel. ¹² De Nederlandstalige kamers hebben reeds een aantal schorsingen bevolen, ook in de procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid, hebben voorlopige maatregelen alsook een dwangsom opgelegd. ¹³ De Franstalige kamers daarentegen hebben nog nooit een moeilijk te herstellen ernstig nadeel aanvaard, tenzij een alleensprekende rechter in twee gevallen ¹⁴ in de procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid, welke voorlopige schorsingen evenwel niet zijn bevestigd wegens ontstentenis van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel. ¹⁵ Volgens die rechtspraak is het aangevoerde nadeel nooit moeilijk te herstellen, is het integendeel steeds herstelbaar wanneer later de bestreden beslissing vernietigd wordt. ¹⁶ Uit de lezing van de arresten van de Franstalige kamers kan geconcludeerd worden dat er nooit sprake zal zijn van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, tenzij misschien wanneer een onderneming op sterven na dood is. Het gevolg daarvan is dat door de ondernemingen en hun raadslieden aan «kamershopping» wordt gedaan: indien mogelijk, dienen Franstalige en buitenlandse ondernemingen een vordering tot schorsing in het Nederlands in om de Nederlandstalige kamers te adieren. In een sector waarin een schorsingsprocedure zo op zijn plaats is, elke vordering af-

¹² J. STEVENS, o.c., 309; M. DENYS en P. FLAMEY, o.c., 64-65; P. FLAMEY, o.c., 238; Ph. FLAMME, o.c., 9; D. D'HOOGHE, «De schorsing van gunningsbeslissingen en de vereisten inzake het moeilijk te herstellen ernstig nadeel», *T. Aann.*, 92, 223; D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, 1993, nrs. 1320 en 1321; Ph. en M.-A. FLAMME, «Le droit européen des commandes publiques: le mécanisme des recours se complète», *J.T.*, 1992, 775, nr. 19; *id.*, «La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics: révolution ou européanisation?», *J.T.*, 1994, 401, nr. 73 en voetnoot 277; *id.*, «La réglementation communautaire en matière de marchés publics. Le point sur le contentieux», *Revue du Marché Unique Européen*, 1993, nr. 31; J. STEVENS, «De motiveringsplicht en de overheidsopdrachten», *T. Aann.*, 1995, 124; P. NIHOUL, advies bij arrest R.v.St., nr. 44.936 van 17 november 1993, *T. Aann.*, 1994, 31-33.

¹³ Arresten nrs. 35.637, Van Goethem, 16 oktober 1990; 37.387, Aralco; 28 juni 1991; 37.788, AEG, 1 oktober 1991; 40.733, Reynders-De Coene, 13 oktober 1992; 40.734, EGTA, 13 oktober 1992; 46.858, Motorola, 8 april 1994; 50.675, Van Heurck, 9 december 1994, bevestigd met 51.276, 24 januari 1995; 51.995, De Nul, 7 maart 1995; 52.716, Belgian Shipbuilders Co, 6 april 1995, bevestigd met 53.252, 17 mei 1995; 52.909, De Nul, 14 april 1995, niet bevestigd met 53.401, 23 mei 1995; 53.396, Seco Dg e.a., 19 mei 1995, niet bevestigd met 54.130, 30 juni 1995; 54.919, Belgian Oil Services, 5 september 1995, bevestigd met 55.597, 6 oktober 1995.

¹⁴ Nr. 44.399, Van Hool, 7 oktober 1993; nr. 45.635, Ericsson, 5 januari 1994.

¹⁵ Nrs. 44.936, Van Hool, 17 november 1993 en 45.719, Ericsson, 24 januari 1994.

¹⁶ Cf. o.a. nrs. 35.635, Schreder, 5 oktober 1990; 37.516, Breda C.F., 10 juli 1991; 38.268, Société informatique européenne, 6 december 1991; 38.383, Pagem, 20 december 1991; 40.548, Orbetra, 30 september 1992; 42.458, 2000 Plus, 26 maart 1993; 44.936, Van Hool, 17 november 1993, (auditeur Nihoul was van oordeel dat het aangevoerde nadeel wel moeilijk te herstellen was doch niet ernstig, *T. Aann.* 1994, 33-34); 45.719, Ericsson, 24 januari 1994; 52.562, Sintra, 27 maart 1995.

⁸ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 43.

⁹ Vgl. R. VANDERMEEREN, «Le référé administratif précontractuel», *AJDA*, «Actualité des marchés publics», 1994, 97.

¹⁰ M. DENYS en P. FLAMEY, *Stopzetting van onwettig uitbestede openbare werken*, 1993, 64-65, P. FLAMEY, «Hebben de beroepsprocedures inzake overheidsopdrachten nog zin?», *T.B.P.*, 1995, 238; Ph. FLAMME, «Les directives 'recours' et la récente évolution du contentieux des commandes publiques», *T.Aann.*, 1995, 10, J. STEVENS, «Rechtscontrole van de overheidsopdrachten», *T.B.P.*, 1994, 310.

¹¹ J. STEVENS, o.c., 310; Ph. FLAMME, o.c., 10.

wijzen wegens ontstentenis van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, ontnemt elke zin aan die procedure.

Dergelijke rechtspraak is strijdig met het Europese recht, met de voormelde beroepsrichtlijnen, wanneer het opdrachten betreft die de Europese drempelbedragen bereiken of overschrijden. Dergelijke rechtspraak komt, historisch bekeken, eveneens ietwat bevreemdend over als men weet dat de Raad van State, afdeling wetgeving, in twee adviezen van 17 oktober 1960 en van 19 maart 1962 bij een ontwerp dat de wet van 4 maart 1963 is geworden, op verslag van toenmalige auditeur Rémon, later Franstalige eerste voorzitter, voorgesteld heeft dat de afdeling administratie de bevoegdheid toegekend zou krijgen om de toewijzingsbeslissingen te schorsen,¹⁷ waarop destijds door de wetgever niet is ingegaan.

Er kan betwijfeld worden of dergelijke rechtspraak wel in overeenstemming is met de ratio legis van de wet van 19 juli 1991: immers, in de memorie van toelichting¹⁸ is verwezen naar de schorsingsbevoegdheid inzake overheidsopdrachten en in het advies van 29 november 1990¹⁹ van de Raad van State is gerefereerd aan «de bijzondere aangelegenheid van de overheidsopdrachten...» en de eerdere voorstellen daarover van de afdeling wetgeving.

De wet van 19 juli 1991 maakt gebruik van de bevoegdheid die door artikel 584, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek toegekend wordt aan de wetgever om te stellen dat voor bepaalde zaken een uitzondering gemaakt wordt voor de voorzittersmagistratuur, inzonderheid voor die zaken welke de wet aan de rechterlijke macht onttrekt.²⁰ Zodra bij de Raad van State een objectief beroep aanhangig is gemaakt, d.w.z. een beroep waarbij, door toepassing van het criterium van het echte onderwerp, de Raad van State zich niet verplicht zou voelen om uitspraak te doen over het bestaan van een subjectief recht waarop de eiser zich zou beroepen, zal hij dus bevoegd zijn – met uitsluiting van de rechter in kort geding – om de opschorting te bevelen van de uitvoering die hem gevraagd zou zijn. Men kan dus zeggen dat de voorzittersmagistratuur niet meer over haar volledige bevoegdheid beschikt.²¹ De wet wil een einde maken aan de thans bestaande praktijk waarbij men tezelfder tijd voor de Raad van State de vernietiging van een administratieve rechtshandeling vordert, en voor de gewone rechtbank, in kort geding, de schorsing ervan, zonder dat er eigenlijk een subjectief recht in het geding is.²² De bedoeling is de bevoegdheid van de rechter in kort geding inzake betwistingen over objectieve rechten uitdrukkelijk uit te sluiten; de mogelijkheid van een beroep op de gewone rechtbanken staat nog open, voor zo-

ver men een schending van een subjectief recht kan aanvoeren.²³

Artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek vereist niet het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel doch enkel het spoedeisend karakter van de zaak.

Er is sprake van spoedeisende gevallen wanneer een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang, dan wel ernstige ongemakken te voorkomen, en men kan derhalve zijn toevlucht nemen tot het kort geding wanneer de gewone rechtspleging niet bij machte is het geschil tijdig op te lossen.²⁴

De drempel voor toegang tot de gewone kortgedingrechter, die overeenkomt met de drempel van de Europese beroepsrichtlijnen, is lager dan de drempel van het administratief kort geding bij de Raad van State, en a fortiori dan die zoals toegepast in de vermelde Franstalige rechtspraak. Het gevolg daarvan is dat met de Franstalige rechtspraak een van de doelstellingen van de wet van 1991, nl. een bijkomende stap zetten naar een behoorlijke rechtsbedeling in de publiekrechtelijke sector,²⁵ niet wordt bereikt en dat de rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten kleiner geworden is dan vóór die wet, gelet op het supra vermelde inzake de bevoegdheid van de gewone kortgedingrechter, dit terwijl de wetgever een grotere rechtsbescherming op het oog had.²⁶

4.1. In beide beroepsrichtlijnen is bepaald dat de gevolgen van de uitoefening van de vermelde bevoegdheden voor een overeenkomst die na de gunning van een opdracht is gesloten, door het nationale recht worden bepaald. In ons nationale recht is op dit ogenblik daaromtrent niets bepaald.

In die richtlijnen is verder bepaald dat een Lid-Staat kan bepalen dat na de sluiting van een overeenkomst de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan een ieder die door een inbreuk is gelaedeerd. In ons nationale recht is op dit ogenblik daaromtrent niets bepaald.

Er is evenwel een poging in die zin ondernomen. In het voorontwerp dat het koninklijk besluit van 26 juli 1994 betreffende de mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van sommige opdrachten voor aanneming van werken en leveringen in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie is geworden, waren twee artikelen opgenomen die feitelijke en tijdelijke bevoegdheden toekenden aan de rechtbanken van koophandel en hun voorzitters om geschillen te beslechten die ontstaan tijdens de fase die leidt tot het sluiten van een overeenkomst: er werd voor gekozen aan de bevoegde rechter toe te staan om alle maatregelen te nemen, met inbegrip van de vernietiging van onregelmatige clausules in bestekken en andere stukken en de schorsing van beslissingen, dit tot aan het sluiten van de overeenkomst; na die sluiting of totstandkoming van een overeenkomst zou een derde de schorsing van de uitvoering van de overeenkomst niet kunnen vragen. De afdeling wetgeving

¹⁷ *Gedr. St., Senaat*, 1961-62, nr. 364, 27 en 47; cf. ook RÉMON, «Le Conseil d'Etat et les marchés de l'administration», *Ann. Dr. Liège*, 1960, 472; zie ook het advies van 27 juni 1975 van de Raad van State bij een ontwerp dat de wet van 14 juli 1976 is geworden, waar gerefereerd wordt aan het advies van 19 maart 1962, waarin «... een lans is gebroken om aan de Raad van State de bevoegdheid te verlenen om de opschorting te bevelen...», en waar opnieuw eenzelfde voorstel wordt gedaan, *Gedr. St., Senaat*, 1975-76, nr. 723/1, 59-60.

¹⁸ *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1300/1, 9, voetnoot 2, en 11.

¹⁹ *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1300/1, 34.

²⁰ *Gedr. St., Senaat*, id., 23.

²¹ *Gedr. St., Senaat*, id., 24.

²² *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1330/2, 3.

²³ *Id.*, 5-6.

²⁴ *Cass.*, 21 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, 1287; *Cass.*, 11 mei 1990, *T.B.H.*, 1990, 774; *Cass.*, 13 september 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 42.

²⁵ *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1300/1, 1.

²⁶ M. DENYS, en P. FLAMEY, o.c., 27.

van de Raad van State heeft in haar advies van 19 mei 1994 gesteld dat, mede gelet op het in het interne recht bestaande systeem van rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten, die bepalingen niet nodig zijn voor de omzetting van verplichte bepalingen van het gemeenschapsrecht en dat derhalve de Koning uit artikel 65 van de wet van 24 december 1993 niet de bevoegdheid put om, in afwijking van de in het Ger.W. vervatte regeling, in te grijpen in de bevoegdheidsverdeling tussen de rechtbanken en dat het uitoefenen van een dergelijke bevoegdheid door de Koning trouwens ernstige vragen zou doen rijzen in het licht van artikel 157, tweede lid, van de Grondwet, waarin o.m. wordt bepaald dat de organisatie en de bevoegdheid van de rechtbanken van koop-handel door de wet worden geregeld. De bepalingen werden uit het ontwerp geschrapt.

4.2. In ons nationaal recht ontstaat er bij een overheidsopdracht een overeenkomst door de kennisgeving van de goedkeuring van de offerte door de overheid aan de aannemer.

Kan de Raad van State nog een toewijzingsbeslissing schorsen als de overeenkomst reeds ontstaan is?

De Nederlandstalige IVe kamer heeft daar met het arrest nr. 40.734, EGTA, van 13 oktober 1992 positief op geantwoord met o.m. de volgende argumentatie: «Overwegende dat de vraag of de onbevoegdheid van de Raad van State tot vernietiging en schorsing van de tot stand gekomen overeenkomst een beletsel vormt voor de uitoefening van haar schorsingsbevoegdheid van de toewijzingsbeslissing, negatief moet worden beantwoord; dat immers de Raad de hem toegewezen rol in de diverse gerechtelijke procedures moet spelen, daar zijn niet-optreden die procedures en de rechtsgang zo niet onmogelijk zou maken, dan toch zou belemmeren doordat de kortgedingrechter niet meer bevoegd is inzake schorsing van administratieve rechtshandelingen; dat in acht moet worden genomen dat zoals de vernietigingsarresten, de arresten waarbij de Raad van State de bestreden beslissingen schorst bindend zijn voor hoven en rechtbanken; dat aldus enerzijds de schorsing van de toewijzingsbeslissing, die een schorsing inhoudt van de toestemming van één van de contracterende partijen, zijnde een geldigheidsvereiste van de overeenkomst, het bestuur ertoe kan bewegen – al is het maar om zijn eigen schade te beperken – het contract niet verder uit te voeren en zich ten aanzien van zijn medecontractant voor de burgerlijke rechter op de nietigheid van het contract te beroepen, anderzijds de schorsing de verzoekende partij ertoe kan aanzetten om, zoals wanneer de aangevoerde onwettigheid de openbare orde raakt, bij de burgerlijke rechter de schorsing en/of nietigverklaring van het gesloten contract te vorderen; dat derhalve de mogelijkheid van het rechtstreeks rechtsherstel voor de verzoekende partij niet is uitgesloten».

De Franstalige XIe kamer antwoordt op die vraag negatief en acht de vordering tot schorsing onontvankelijk bij gebrek aan belang met de volgende argumentatie: «De schorsing van de bestreden handeling zou juridisch de uitvoering niet kunnen beletten en, meer bepaald, het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat verzoeker aanvoert, niet kunnen voorkomen. Het ogenblikkelijk karakter van het sluiten van de overeenkomst door de samenloop van de wils-overeenstemmingen ontnemt aan de bewering dat de schorsing 'als effect de schorsing van de toestemming van het bestuur zou hebben' elke pertinentie en het komt de Raad

van State niet toe zich uit te spreken over de geldigheid van de overeenkomst. Ten slotte ziet men bezwaarlijk een partij bij een overeenkomst zich op haar eigen fout beroepen om de nietigheid van haar verbintenissen aan te voeren, zij het onder het voorwendsel 'haar eigen schade te beperken'.»²⁷

5. Wordt in ons nationale recht en in de rechtspraak rechtsbescherming, in de ruime zin zoals supra aangegeven, geboden?

5.1. Wat de Franstalige rechtspraak in kort geding van de Raad van State betreft, kan het antwoord kort zijn: geen enkele.

Wat de Nederlandstalige rechtspraak in kort geding van de Raad van State betreft, is het antwoord op die vraag genuanceerder: gesteld kan worden dat de Raad van State, met de mogelijkheden die door het nationale recht geboden worden, zoveel mogelijk tracht die rechtsbescherming te bieden, en in een aantal gevallen heeft de geboden rechtsbescherming ook resultaat gehad. Die rechtsbescherming is evenwel, qua resultaat, beperkt, meer bepaald tot de voorbeslissingen en de gevallen waarin de overeenkomst nog niet ontstaan is.

Wanneer de overeenkomst ontstaan is, wordt eerst nagegaan of de opdracht reeds volledig of bijna volledig is uitgevoerd: indien dat het geval is, zal de vordering tot schorsing verworpen worden om reden dat het beoogde effect toch niet meer bereikt kan worden.

Dit houdt in dat in een dergelijk geval de meeste leveringen en diensten uitgesloten zijn alsook werken met een relatief korte uitvoeringstermijn. Enkel werken met een lange uitvoeringstermijn, die nog niet aangevat zijn of waarvan de uitvoering nog niet ver gevorderd is, alsook leveringen en diensten, die over een lange termijn lopen, kunnen dan in aanmerking komen.

Het is mogelijk dat op het ogenblik van het indienen van een vordering tot schorsing de overeenkomst nog niet ontstaan is. Bij zijn uitspraak zal de Raad evenwel rekening dienen te houden met wat sinds het indienen van de vordering tot schorsing is gebeurd²⁸ en in ons recht belet het indienen van een vordering tot schorsing niet dat de toewijzingsbeslissing betekend wordt. Indien ervan uitgegaan wordt dat de vordering onontvankelijk is wanneer de overeenkomst ontstaan is, kan dat zeer simpel bereikt worden en kan de Raad van State gemakkelijk buitenspel gezet worden door, ook al is op het ogenblik van het indienen van de vordering de overeenkomst nog niet ontstaan, bijvoorbeeld op de terechtzetting mee te delen en aan te tonen dat die wel ontstaan is, al is het door een betekening van enkele ogenblikken voordien. Het automatisch schorsend karakter van het indienen van een vordering tot schorsing is dan ook meer dan op zijn plaats inzake overheidsopdrachten.

Bij de gewone rechter voorziet artikel 584, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek in de rechtspleging op eenzijdig

²⁷ Arrest nr. 49.641, Priminfo, 12 oktober 1994 (vrije vertaling), *T.B.P.*, 1995, 221; cf. eveneens nr. 50.674, C.D.A., 9 december 1994, *T.B.P.*, 1995, 407: «Het reeds gesloten contract zou niet aangetast zijn door een eventuele schorsing die het bestuur niet zou kunnen leiden tot het op losse schroeven zetten van het contract».

²⁸ Vgl. Cass., 4 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 262.

verzoekschrift in geval van volstreekte noodzakelijkheid. Het beroep op die procedure is te verantwoorden indien de aard van de gevorderde maatregel met zich brengt dat een procedure op tegenspraak de doeltreffendheid ervan in gedrang brengt, indien bijvoorbeeld de verweerder na de dagvaarding en vóór de verschijning voor de rechter maatregelen kan treffen die aan het te geven bevel elke zin zouden ontnemen.²⁹

Artikel 17, §1, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State voorziet in een procedure die daarmee enige gelijkenis vertoont, nl. als de zaak zoveel spoed eist dat de partijen of sommige van hen niet kunnen worden gehoord, kan een schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bevolen worden en dienen de partijen binnen drie dagen opgeroepen te worden voor de bevoegde kamer die uitspraak doet over de vestiging.

Ofschoon hier sprake is van de onmogelijkheid gehoord te worden en niet van volstreekte noodzakelijkheid, wat dus verschillend is, is het toch zo, nu het indienen van een schorsingsvordering geen automatische schorsende werking heeft, dat de verwerende partij bij de kennisneming van een ingediende vordering onmiddellijk de toewijzingsbeslissing kan betekenen, wat, in bepaalde opvattingen dan toch, elke zin ontnemt aan een te wijzen schorsingsarrest. Het toepassen van een dergelijke procedure zou een rechtmatig verrassingseffect kunnen creëren³⁰ doch zou ook nadelen hebben: naast de korte tijd om uitspraak te doen, ook voor de bevestiging, in soms ingewikkelde dossiers, is er een probleem van onwetendheid inzake het bestaan van een genomen beslissing, zoals door een verzoeker aangebracht, en inzake de al dan niet betekening, dit bij gebrek aan een dossier van de overheid.

Bij het indienen van een vordering tot schorsing, ook in de procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid, dient een verzoeker zijn middelen uiteen te zetten. Om zijn middelen op een adequate en afdoende wijze te kunnen formuleren, heeft de verzoeker voldoende tijd nodig én in se ook het dossier. Indien de procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid wordt gekozen, is de tijd die de verzoeker gelaten wordt, zeer kort. Bij een gewone schorsingsprocedure is er wat meer tijd doch de verzoeker zal normaliter geen inzage gekregen hebben van het dossier bij het opstellen van zijn middelen. De rechtspleging in kort geding bij de Raad van State laat, in tegenstelling met die bij de gewone kortgeding-rechter door het neerleggen van conclusies, niet toe dat de verzoeker na inzage van het dossier nieuwe middelen aanvoert.

Enerzijds heeft de verzoeker tijd nodig om aan een minimale informatie te geraken en om zijn middelen op te stellen en anderzijds heeft de verzoeker, opdat zijn vordering effect kan hebben, weinig tijd: hij staat voor een dilemma. Hij moet als het ware blind zijn vordering indienen en achteraf na kennisneming van de gegevens van de zaak kan hij zijn vordering niet meer uitbreiden met nieuwe middelen, zelfs niet met die welke prima facie ernstig zijn. De procedure biedt onvoldoende waarborg voor een degelijke rechtsbescherming: het

toelaten van nieuwe middelen, na kennisneming van het dossier, zou ingevoerd dienen te worden.

5.2.1. Zoals supra vermeld, heeft de Nederlandstalige IVE kamer met het EGTA-arrest een toewijzingsbeslissing geschorst, ook al was de overeenkomst reeds ontstaan en de opdracht in uitvoering. Of een dergelijke schorsing vruchten afwerpt en niet louter platonisch is, hangt af van de geadieerde burgerlijke rechter.

Bij tussenarrest van 25 maart 1993 heeft het Hof van Beroep te Brussel in kort geding in die zaak beslist: «Overwegende dat principieel aanvaarden dat het voor elke belanghebbende uitgesloten is om voor de burgerlijke rechter een overeenkomst aan te vechten die is afgesloten op grond van een geschorste dan wel vernietigde overheids-handeling, elke doeltreffende rechtsbescherming onmogelijk maakt en de deur openzet voor een schaamteloos beroep op het voldongen feit; dat een dergelijke zienswijze evenmin te verzoenen is met de rechtsbescherming die uitdrukkelijk gewild is door de bepalingen van Richtlijn 89/665/EEG van 21 december 1989; dat, wanneer de overheid, na een schorsing of vernietiging van een gunningsbeslissing die terugwerkt, zich verschuilt achter de overeenkomst gesloten met de aannemer om desondanks de werken voort te zetten, deze overeenkomst wordt aangewend om de regels inzake overheidsopdrachten, welke geacht worden van openbare orde te zijn rekening gehouden met hun finaliteit, buitenspel te zetten; dat in die omstandigheden de verbintenissen die voortvloeien uit een dergelijke overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak hebben, zodat deze overeenkomst op grond van de artikelen 1131 en 1133 B.W. door een absolute nietigheid is aangetast; dat in die omstandigheden elke belanghebbende derde de mogelijkheid heeft zich te verzetten tegen de uitvoering van een dergelijke overeenkomst door, zoals in casu, de schorsing ervan te vragen, dan wel door er de nietigheid van te laten vaststellen.» Het moge duidelijk zijn dat ik voorstander³¹ ben van een dergelijke rechtspraak en van een samenwerking inzake rechtsbescherming van de Raad van State en de burgerlijke rechter in verschillende stappen: schorsing door de Raad van State van een administratieve beslissing, zoals de toewijzing, procedure in kort geding bij de burgerlijke rechter tot stillegging van de uitvoering van de opdracht in afwachting van het arrest ten gronde van de Raad van State, vernietiging door de Raad van State, procedure ten gronde, van een derde belanghebbende, tot nietigheid van de overeenkomst met dan de mogelijkheid van een nieuwe beslissing tot herstel van de wettigheid zoals die voortvloeit uit het arrest van de Raad van State.³² Zolang dat, in de huidige stand van onze wetgeving, niet aanvaard en toegepast wordt in de rechtspraak, zal de rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten grosso modo nihil zijn, enkele voorbeslissingen en gevallen waarin de overeenkomst toevallig nog niet ontstaan is uitgezonderd.

²⁹ M. STORME, en P. TAELEMAN, «Kort geding: ontwikkeling en perspectieven», in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, 1991, 25.

³⁰ Vgl. Cass., 13 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1088.

³¹ J. STEVENS, o.c., *T.B.P.*, 1994, 316-317, *T.B.P.*, noot bij het vonnis in eerste aanleg van Rb. Namen, *T.B.P.*, 1994, 839, *T. Ann.*, 1995, 124.

³² D. D'HOOGHE vindt de nietigverklaring van overeenkomsten wel mogelijk doch niet wenselijk, o.c., nr. 1485.

Men dient niet zo bevreesd ³³ te zijn voor een dergelijk juridisch scenario: enerzijds zal het bestaan van de geschetste juridische mogelijkheid en de kennis ervan reeds een preventief nuttig effect hebben en anderzijds zal dat scenario in zijn toepassing noodzakelijkerwijze beperkt blijven tot opdrachten van werken, leveringen of diensten die over een lange periode lopen en tot gevallen waarin er schending is van regels die van openbare orde zijn.

5.2.2. Helaas, na het vernietigingsarrest van 1 juni 1993 van de Raad van State verklaart een andere kamer van het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 31 augustus 1993 de vordering tot stopzetting van de werken onontvankelijk met de overwegingen dat ingevolge de onregelmatige toewijzing de derde recht heeft op een vergoeding, dat hij niet in staat is, bij het aanvoeren van de absolute nietigheid, aan te tonen welk persoonlijk en rechtstreeks belang hij heeft in de zin van artikel 17 Ger.W. en dat een eventueel herstel in natura niets anders inhoudt dan het nastreven van het maatschappelijk doel, wat volkomen bereikt kan worden door de toekenning van een schadevergoeding. In de beroepsrichtlijnen, resp. de artikelen 2.7 en 2.8, is nochtans bepaald dat de Lid-Staten ervoor zorgen dat de besluiten van de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures op doeltreffende wijze ten uitvoer gelegd kunnen worden. De Raad van State is een instantie die verantwoordelijk is voor het nietigverklaren van onwettige toewijzingsbeslissingen. Zijn vernietigingsarrest blijkt geen doeltreffende uitvoering gekregen te hebben. ³⁴ Een aan in voormeld arrest soortgelijke redenering is gebezigd in het vonnis van 24 augustus 1994 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen ³⁵ in de zaak Van Hool tegen S.R.W.T.: overwogen werd dat «de vorderingen strekkende in concreto tot het verkrijgen, nà annulatie of verbreking van het betwiste contract, van een herstel in natura en niet enkel van een equivalent herstel, zich niet kunnen beroepen op een schijn van voldoende recht in de actuele stand van de rechtsleer en van de ruim dominante rechtspraak m.b.t. de gevolgen van de sancties die toepasbaar zijn op de verschillende hypothesen van onwettigheid van de afscheidbare akte en het contract». Het EGTA-arrest van 13 oktober 1992 van de Raad van State wordt aldaar een «très rare application isolée» genoemd.

Het is niet omdat de wet in een forfaitaire schadeloosstelling van 10 % voorzien heeft bij aanbestedingen, dat de wet een herstel in natura uitgesloten heeft; het is niet omdat men bij offerteaanvragen en onderhandse procedures schadevergoeding kan vorderen op basis van 1382 B.W. – op die basis kan men trouwens voor alles schadevergoeding vorderen –, dat een herstel in natura uitgesloten is. Een herstel in natura heeft bovendien voorrang op een equivalent herstel.

Volgens een groot deel van de rechtsleer ³⁶ en rechtspraak kan een derde benadeelde de nietigheid van de overeenkomst, «res inter alios acta», niet doen uitspreken. Het is evenwel zeer de vraag of die zogenoemde «dominante» rechtspraak dominant dient te blijven. Hoe dan ook is het zo dat de rechtsbescherming in gevallen waarin de regels, zelfs op de meest flagrante wijze, overtreden worden, met behoud van die «dominante» rechtspraak grosso modo nihil is: de tactiek van het voldongen feit wordt geen halt toegevoegd, integendeel, wordt erdoor aangemoedigd; gelet op die «dominante» rechtspraak is het immers zaak de overeenkomst zo vlug mogelijk te doen ontstaan en daarvoor is weinig of geen tijd nodig. Nu zijn er meerdere beschikkingen waarbij de kortgedingrechter het verbod oplegt de uitvoering van de opdracht aan te vatten of voort te zetten tot aan de uitspraak van de Raad van State over het annulatieberoep tegen een toewijzingsbeslissing. Zo stelde bijvoorbeeld het Hof van Beroep te Brussel op 17 november 1994 dat een derde op basis van de wetgeving inzake overheidsopdrachten gerechtigd is om op voet van gelijkheid met zijn concurrenten behandeld te worden en ter zake wel degelijk een subjectief recht kan doen gelden en dat het hof, na afweging van de belangen van partijen en in functie van hun vermoedelijke rechten, bij wege van conservatoire maatregel de uitvoering van de gedunde werken zou kunnen stilleggen, in afwachting van de uitkomst van een annulatiegeschil dat bij hypothese voor de Raad van State gevoerd zou worden omtrent de gunningsbeslissing. ³⁷ Van tweeën één: ofwel kan een derde de nietigheid van een overeenkomst niet doen uitspreken – wat ik betwist – doch dan zie ik niet in welke zin het heeft in kort geding verbod op te leggen de uitvoering van de opdracht aan te vatten of voort te zetten tot aan de uitspraak van de Raad van State over het annulatieberoep en indien er, als die uitspraak er eenmaal is, zijnde een vernietiging, niets volgt op dat verbod, tenzij dat de vordering van de derde onontvankelijk zou zijn wegens gebrek aan belang in de zin van art. 17 Ger.W.; ofwel kan een derde in bepaalde gevallen de nietigheid van een overeenkomst wel doen uitspreken en dan kan een dergelijk verbod zin hebben op voorwaarde dan toch dat na het vernietigingsarrest er iets in de plaats komt van dat verbod, en wat kan dat dan eventueel anders zijn dan ...?

Bij een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 28 oktober 1985 tot wijziging van een beschikking van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg, dat de vordering onontvankelijk verklaarde wegens gebrek aan belang, stelde M.-A. Flamme in een noot: «L'annulation par le Conseil d'Etat, erga omnes et avec effect rétroactif, de l'acte détachable jugé illégal n'a-t-elle pas pour effet d'anéantir – ré-

³³ M.-A. FLAMME, «La régularité des commandes publiques», *Construction*, 1992, nr. 49/3, o.c., *Revue du Marché Unique Européen*, 1993, nr. 39; o.c., *J.T.*, 1994, 402; «Le contentieux des commandes publiques et le sort des contrats irrégulièrement conclus», *J.T.*, 1994, 694-698; cf. ook BRÉCHON-MOULÈNES, «Synthèse», *AJDA*, Numéro Spécial, «Actualité des marchés publics», 20 juli-20 augustus 1994, 127.

³⁴ P. FLAMEY, o.c., *T.B.P.*, 1995, 240; M. BOES, «Over subjectieve rechten en (on)bevoegde rechtbanken», *A.J.T.*, 1995-96, 120.

³⁵ *J.T.*, 1994, 693.

³⁶ Zie nochtans W. VAN GERVEN, «Beleidsovereenkomsten», in *Academiae Analecta*, 1984, nr. 5, 63, die stelt dat een derde belanghebbende voor de gewone rechter de nietigheid van een beleids-overeenkomst kan vorderen wanneer die overeenkomst aan derden waarborgen ontnemt die hun bij publiekrechtelijke regeling zouden toekomen; D. D'HOOGHE, o.c., nrs. 1436 en 1485; POUYAUD, noot bij CE, 7 oktober 1994, Lopez, *RDF adm.*, 1994, 1100 en 1104.

³⁷ *A.J.T.*, 1994-95, 214; cf. o.a. Kort ged., Rb. Brussel, 27 september 1984, *T.Aann.*, 1987, 301; *id.* 7 april 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 703; *id.* 18 januari 1988, *T.Aann.*, 1989, 270; *id.* 5 september 1990, *T.Aann.*, 1990, 428; *id.* Namen, 16 april 1991, *T.Aann.* 1991, 322; *id.* Brussel, 15 september 1992; *id.* Mechelen, 7 juli 1987; *id.* Brussel, 15 september 1992, onuitgegeven.

troactivement – le consentement exprimé par l'organe de l'administration et, par là-même, de frapper de nullité un contrat censé n'avoir jamais pu prendre naissance? Comment contester dès lors au soumissionnaire intéressé un intérêt suffisant à faire 'constater' cette nullité et à faire tirer de celle-ci toutes les conséquences qui en découlent naturellement, notamment la suspension de l'exécution de travaux poursuivis sans le moindre fondement contractuel?»³⁸

Recentelijk, na het EGTA-arrest van de Raad van State, wordt door dezelfde auteur gepleit voor de onaantastbaarheid van de overeenkomst, dit omwille van de rechtszekerheid.³⁹ Als de zaken in die optiek gesteld worden, blijkt het te gaan om een keuze tussen een herstel van de wettigheid en een behoud van een rechtszekerheid, gebaseerd op een onwettigheid: daargelaten de vraag of een onwettigheid wel de basis kan vormen voor rechtszekerheid en uit een onrecht wel een zekerheid van recht (onrecht?) kan ontstaan, is mijn keuze tussen de twee mogelijkheden vlug gemaakt, nl. herstel van de wettigheid.

6.1. Zoals supra vermeld, is in het Franstalig arrest Priminfo gesteld dat men bezwaarlijk een partij bij een overeenkomst zich op haar eigen fout ziet beroepen om de nietigheid van haar verbintenissen aan te voeren. In de zaak «Le Yacht-Club international de Bormes-les-Mimosas» waarin de Franse Conseil d'Etat in 1973 de toewijzing van een concessie van de bouw en de exploitatie van een jachthaven vernietigd had, heeft de Staat een einde gemaakt aan de concessieovereenkomst en heeft de Conseil in een arrest van 1 oktober 1993 beslist dat, gelet op het motief dat aan de vernietiging ten grondslag lag, het aan de rechter van het contract toekwam vast te stellen dat het contract nietig was.⁴⁰ La Section du rapport des études van de Franse Conseil d'Etat antwoordde in 1989 op een vraag om uitlegging van een minister dat de vernietiging van een afscheidbare akte op zichzelf geen enkel rechtstreeks effect heeft op het contract behalve dat het aan het bestuur toekwam de rechter van het contract te adriëren met de vraag om de nietigheid ervan uit te spreken of het zelf te verbreken.⁴¹ De partijen bij een overeenkomst zullen evenwel niet geneigd zijn om zelf de nietigheid van de overeenkomst te vorderen.

Kan er een brug geslagen worden tussen de vernietiging van de afscheidbare akte en de overeenkomst? Kan een overheid, partij bij de overeenkomst, gedwongen worden de nietigheid van het contract te vorderen?

Rémion is van oordeel dat uit het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest voortvloeit dat het bestuur verplicht zou zijn om bij de burgerlijke rechter de vernietiging van de overeenkomst te vorderen.⁴² D'Hooghe gaat daarmee niet akkoord doch sluit niet uit dat een dergelijke rechtsplicht onder omstandigheden zou kunnen worden afgeleid uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁴³ M.A. Flamme stelde, vóór zijn ommezwaaai, dat de kortgedingrechter, in

sommige omstandigheden, op grond van het vernietigingsarrest de voortzetting van de werken kan verbieden of op straffe van een dwangsom het bestuur kan opleggen aan de rechter ten gronde te vragen de nietigheid van het contract vast te stellen.⁴⁴

Het is mogelijk dat een derde, na een vernietigingsarrest, bij de kortgedingrechter vordert dat het bestuur, onder verbeurte van een dwangsom, het bevel wordt gegeven aan de rechter ten gronde te vragen de nietigheid van het contract vast te stellen. Gelet op de huidige «ruim dominante» rechtspraak, sta ik daar – misschien ten onrechte –, wat het praktisch resultaat betreft, ietwat sceptisch tegenover.

6.2. Artikel 36, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt dat, wanneer het herstel van de wettigheid inhoudt dat de vernietiging van een rechtshandeling gevolgd moet worden door een nieuwe overheidsbeslissing of overheidshandeling, de persoon op wiens verzoek de nietigverklaring is uitgesproken, bij in gebreke blijven van de overheid, de Raad van State kan verzoeken aan de betrokken overheid een dwangsom op te leggen. Volgens de parlementaire voorbereiding is de regeling geïnspireerd door de in Frankrijk gehanteerde regeling, de wet van 16 juli 1980, dringt de invoering van een dwangsom zich op aangezien een aantal arresten door de overheid niet worden uitgevoerd en hebben de oorzaken daarvan te maken o.a. met het gebrek aan specifieke vormen van rechtsherstel inzake overheidsopdrachten.⁴⁵ De wetgever blijkt dus met de invoering van een dwangsom bij de Raad van State op het oog gehad te hebben een vorm van rechtsherstel inzake overheidsopdrachten mogelijk te maken. Bedenkend dat inzake overheidsopdrachten praktisch altijd vernietigingen werden uitgesproken wanneer de opdracht reeds uitgevoerd was en dat de mogelijkheid van rechtsherstel in de vorm van schadevergoeding reeds jaren bestond, kan niet anders dan dat de wetgever een andere vorm van rechtsherstel op het oog had, nl. het nakomen door de overheid van de rechtsplicht die uit een vernietigingsarrest en de met de vernietiging onlosmakelijk verbonden motieven voortvloeit wat een herstel in natura impliceert. De vernietiging van de toewijzingsbeslissing door de Raad van State heeft ab initio de wettelijke basis van de overeenkomst doen verdwijnen,⁴⁶ door de vernietiging is met terugwerkende kracht de toestemming van de overheid in het sluiten van de overeenkomst verdwenen, zijnde een essentieel bestanddeel voor het tot stand komen van een overeenkomst.⁴⁷

D'Hooghe⁴⁸ blijkt daarmee niet akkoord te gaan en is van oordeel dat het niet noodzakelijk is dat die toestemming ook op een wettige wijze tot stand gekomen zou zijn: dat verwondert. In een overeenkomst tussen twee privé-personen is er

³⁸ T. Aann., 1987, 305.

³⁹ Cf. o.a. «La régularité des commandes publiques», *Construction*, 1992, nr. 49/3.

⁴⁰ AIDA, 20 november 1993, 810.

⁴¹ B. PACTEAU, «A propos des conséquences de l'annulation de l'acte détachable du contrat», *RFD adm.*, 1994, 249.

⁴² O.c., 461.

⁴³ O.c., nr. 1296.

⁴⁴ O.c., J.T., 1990, 318.

⁴⁵ *Gedr. St., Senaat*, 1989-90, nr. 984/1, 7-8.

⁴⁶ Cf. arrest Franse Conseil d'Etat, 7 oktober 1994, Lopez, *AIDA*, 1994, 914.

⁴⁷ J. STEVENS, o.c., 317; REMION, o.c., 460; M.-A. FLAMME door al zijn publicaties heen, bv. *Bulletin européen du moniteur*, Point de vue, «Summum jus, summa injuria», 1993, 16; POUYAUD, o.c., *RFD*, 1994, 1099; TOUVET en STAHL, maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, «Chronique générale de jurisprudence administrative française», *AIDA*, 1994, 872; B. PACTEAU, o.c., *RFD*, 1994, 248.

⁴⁸ O.c., nr. 1416.

sprake van een zuivere wilsautonomie terwijl in een overeenkomst tussen een overheid en een privé-persoon één partij, de overheid, geacht moet worden op te treden in dienst van het algemeen belang waarmee zij belast is en dat de meeste regels, zeker in overheidsopdrachten, opgelegd zijn aan die overheid met het oog op de bescherming van dat algemeen belang.

Er bestaat geen expliciete verplichting voor een overheid om na een vernietigingsarrest de contractrechter te adiëren. Nochtans volgt uit een vernietigingsarrest in elk geval de rechtsplicht voor een overheid het gevolg daaruit te trekken, dat erin bestaat de onwettigheid, die voortvloeit uit dat arrest, te verhelpen. Alles zal afhangen van het motief van de vernietiging, de onwettigheid die daaruit blijkt, en van de graad van band, van relatie tussen de afscheidbare akte en de gesloten overeenkomst. Bij overheidsopdrachten is die band direct en de graad ervan maximaal aangezien de goedkeuring van de offerte of de toewijzingsbeslissing de machtiging is om de overeenkomst te sluiten, de akte is waarbij de overheid haar toestemming in de overeenkomst verleent.

Die rechtsplicht kan naargelang van de vernietigingsgrond verschillende vormen aannemen. Zo zal, wanneer de vernietiging volgt na de uitvoering van de opdracht, het herstel enkel in schadeloosstelling kunnen bestaan. Zo zal het herstel in een regularisatie van de onwettigheid kunnen bestaan: wanneer bijvoorbeeld de formele motiveringsplicht geschonden is, zal het herstel erin kunnen bestaan een nieuwe beslissing te nemen die wel degelijk formeel gemotiveerd is; wanneer bijvoorbeeld een procedurefout is begaan, zal het herstel erin kunnen bestaan die procedurefout te herstellen. Zo zal in bepaalde gevallen de toewijzing van de opdracht aan dezelfde, de regularisatie kunnen inhouden van de vernietiging van een toewijzingsbeslissing. Zo zal echter in bepaalde gevallen het herstel enkel in de nietigheid van de overeenkomst kunnen bestaan: ⁴⁹ bijvoorbeeld wanneer uit het vernietigingsarrest blijkt dat niet toegewezen kon worden aan degene met wie de overheid een overeenkomst heeft gesloten (doordat diens inschrijving onregelmatig was, doordat hij niet de laagste was ...) en dat de overheid de rechtsplicht had toe te wijzen aan een ander, bijvoorbeeld wanneer uit het vernietigingsarrest blijkt dat de toewijzing gebeurd is na een onderhandse procedure die strijdig was met de wet en dat de overheid de rechtsplicht had een openbare of beperkte procedure toe te passen met mededinging. In dergelijke gevallen zal het herstel van de wettigheid inhouden dat de vernietiging noodzakelijkerwijze gevolgd moet worden door een nieuwe overheidsbeslissing, bijvoorbeeld het toewijzen aan een ander, het organiseren van een andere procedure; wanneer de overheid in gebreke blijft haar verplichting, haar rechtsplicht te vervullen, kan de Raad van State geëdieerd worden met een vordering tot dwangsom. Om een dergelijk herstel te kunnen verkrijgen is evenwel een voorafgaande stap nodig, nl. dat de contractrechter de nietigheid van de overeenkomst uitspreekt. De overheid heeft de rechtsplicht om de burgerlijke rechter te adiëren met een vordering tot nietigheid van de overeen-

komst opdat de wettigheid hersteld kan worden. ⁵⁰ De Raad van State kan, indien daarvoor geadieerd, een dwangsom opleggen aan een overheid die een dergelijke plicht niet nakomt. In die opvatting voel ik mij gesteund en ook geïnspireerd door het arrest van 7 oktober 1994 van de Franse Conseil d'Etat in de zaak Lopez, waarin de gemeente Moulins na vernietiging van een beslissing houdende verkoop van een huis geen maatregelen had genomen om de uitvoering van die vernietiging te verzekeren en waarin een dwangsom werd opgelegd aan de gemeente indien zij niet verantwoordt dat zij binnen twee maanden na de betekening van het arrest, de contractrechter geadieerd heeft met het oog op het verkrijgen van de terugkeer van het verkochte goed in het privaat domein van de gemeente.

Men stelle de gelijkenis vast tussen artikel 2 van de wet van 16 juli 1980 en voormeld artikel 36: «En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'Etat peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ... pour assurer l'exécution de cette décision.»

Een dergelijke uitspraak zal maar overwogen kunnen worden wanneer een vernietigingsarrest uitgesproken is voordat de uitvoering van de opdracht is aangevat of ver gevorderd is, wat inhoudt dat er enkel sprake van kan zijn bij een vernietiging na een eerdere schorsing: dit houdt noodzakelijkerwijze ook in dat de schorsing vergezeld is gegaan van een bevel tot stillegging van de uitvoering van de opdracht. Zulk een bevel wordt, zoals supra vermeld, af en toe door de gewone kortgedingrechter opgelegd doch af en toe ook niet. Om de kringloop volledig rond te maken, is een dergelijke maatregel in elk geval vereist. Indien nu zou blijken dat de gewone kortgedingrechter op vordering van een derde belanghebbende zo'n bevel niet oplegt en de vordering onontvankelijk verklaart, dient overwogen te worden of de kringloop niet rond gemaakt kan worden door de schorsing door de Raad van State vergezeld te laten gaan van een voorlopige maatregel, verbonden met een dwangsom, waarbij de overheid wordt opgelegd de gewone kortgedingrechter binnen een zeer korte termijn te adiëren met een vordering tot stillegging van de uitvoering van de opdracht. De schorsing van een toewijzingsbeslissing houdt immers de schorsing in van de toestemming van de overheid in de gesloten overeenkomst. Een dergelijke mogelijkheid dient niet uitgesloten te worden en is inpasbaar in de bevoegdheid van de Raad van State, als geregeld in artikel 18 van de wetten op de Raad van State: de belangen van de partijen worden erdoor veilig gesteld en een dergelijke maatregel heeft geen betrekking op de burgerlijke rechten.

7. Op Europees niveau bestaat ook een vorm van rechtsbescherming. Artikel 169 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Unie bepaalt dat, de Commissie, indien zij van oordeel is dat een Lid-Staat een van de krachtens dit verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, een met redenen omkleed advies uitbrengt, na deze Staat in de gelegenheid gesteld te hebben zijn opmerkingen te maken, en dat de Commissie, indien de betrokken Staat dit advies binnen de gestelde termijnen niet opvolgt, de zaak aanhangig kan maken bij het Hof van Justitie. Het Hof kan bij arrest

⁴⁹ Cf. R. SCHWARTZ, maître des requêtes au Conseil d'Etat, conclusion bij arrest van 7 oktober 1994, Lopez, *RFD*, 1994, 1090; POUYAUD, o.c.

⁵⁰ Cf. ook J.-P. AUBY, noot bij CE, 24 april 1995, *RDP*, 1985, 1687.

vaststellen dat een Lid-Staat de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens richtlijnen of verdragsbepalingen.⁵¹

Volgens artikel 186 kan het Hof van Justitie in zake welke bij het Hof aanhangig zijn gemaakt, de noodzakelijke voorlopige maatregelen gelasten: tot hiertoe zijn in drie zaken voorlopige maatregelen uitgesproken. Zo werd in de zaak La Spezia Italië opgelegd alle nodige maatregelen te nemen met het oog op de opschorting van de aanbesteding van werken tot de dag van uitspraak van het eindarrest.⁵² Zo werd in de Lotto-zaak Italië opgelegd de nodige maatregelen te nemen om de rechtsgevolgen van het ministerieel besluit van 14 juni 1991 waarbij de concessie voor het geautomatiseerde lottosysteem is verleend, en de uitvoering van het gesloten contract op te schorten.⁵³ Zo werd in de zaak Dundalk Ierland opgelegd alle maatregelen te treffen die noodzakelijk kunnen blijken om te verhinderen de Dundalk Urban District Council de overeenkomst gunt.⁵⁴ In één zaak werd een Lid-Staat opgelegd de nodige maatregelen te nemen om de uitvoering van het contract op te schorten: het is dus niet zo dat het Hof van Justitie het reeds tot stand gekomen contract kan schorsen.⁵⁵

Krachtens artikel 83, tweede lid, van het Reglement voor de procesvoering is een beschikking in kort geding, waarbij voorlopige maatregelen worden gelast, afhankelijk van het bestaan van omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede van middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de gevraagde maatregel aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt (*fumus boni juris*); de spoedeisendheid moet worden getoetst aan de vraag of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade (*periculum in mora*) voor de partij die om de voorlopige maatregel vraagt, d.i. de Commissie. Het valt op dat de Commissie in haar rechtvaardiging van de spoedeisendheid niet alleen het voorkomen van schade aan haarzelf als hoedster van het gemeenschapsbelang aanvoert maar ook aan ondernemingen en het belang van een andere inschrijver. Het Hof houdt het steeds bij een appreciatie van de schade voor de Commissie doch in de zaak Van Hool⁵⁶ stelt de voorzitter dat de niet-naleving van een op een overheidsopdracht toepasselijke richtlijn een ernstige inbreuk op het gemeenschapsrecht is en dat de latere vaststelling van een niet-nakoming, meestal na de uitvoering van de overeenkomst, de schade geleden door de communautaire rechtsorde en door alle inschrijvers die zijn uitgesloten of niet met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling hebben kunnen deelnemen, niet ongedaan zal kunnen maken, waarin een aanzet gezien kan worden tot

erkenning van de schade toegebracht aan anderen dan een verzoeker, zijnde de Commissie. Een verzoekschrift ex art. 169 en een akte ex art. 186 dienen door de Commissie gelijktijdig bij het Hof te worden neergelegd, wat inhoudt dat in zake de kortgedingprocedure eveneens de procedurestappen vereist bij art. 169 door de Commissie doorlopen dienen te worden, aanmaning, opmerkingen van de Lid-Staat, advies, niet-opvolging van dit advies door de Lid-Staat, wat een periode van meer dan vier tot meer dan zes maanden in beslag blijkt te nemen: het is evident dat een dergelijke procedure ongeschikt is voor een kort geding en dat hierdoor alleen al geen preventieve rechtsbescherming geboden wordt in die zin dat het ontstaan van een overeenkomst voorkomen kan worden. Daarenboven begrenst de precontentieuze fase, meer bepaald de schriftelijke ingebrekestelling, het voorwerp van het geschil en kan dat later niet meer uitgebreid worden en is de Commissie enkel een concretisering of precisering toegestaan⁵⁷ zodat in een latere fase ontdekte schendingen niet aangevoerd kunnen worden.

Zoals gesteld, blijkt dat het Hof zich bevoegd acht aan een Lid-Staat op te leggen om maatregelen te nemen om de uitvoering van een reeds ontstane overeenkomst op te schorten: in de Lotto-zaak blijkt dat succes gehad te hebben aangezien de minister van Financiën in november 1992 de uitvoering van de concessie heeft opgeschort. In de zaak Van Hool overweegt de voorzitter dat de Commissie de betrokken Lid-Staat snel en ondubbelzinnig op de hoogte moet brengen van haar voornemen te verzoeken om schorsing van de procedure voor het plaatsen van de opdracht of van de gesloten overeenkomst, in welk geval de Lid-Staat de uitvoering van de overeenkomst zelf op eigen risico voortzet. In tegenstelling met onze «ruim dominante» rechtspraak blijkt het in de rechtspraak van het Hof verworven te zijn dat het Hof aan een Lid-Staat kan opleggen de maatregelen te nemen om de uitvoering van een overeenkomst op te schorten, ook op vordering van een derde, die geen partij is bij die overeenkomst, nl. de Commissie. In overweging 35 van de beschikking in de zaak Van Hool stelt de voorzitter zelfs vast dat de partijen, dus de Commissie en ook de Belgische Staat, erkennen dat het Belgisch positief recht bij de allerlaatste stand van zijn rechtspraak de nietigverklaring van een reeds gesloten overeenkomst niet uitsluit. A. Mattera ziet in die beschikking een nederlaag voor de Commissie, gelet op de afwijzing van haar verzoek, doch een overwinning voor de overheidsopdrachten, gelet op de bevestiging van de mogelijkheid voor de Commissie art. 186 te bezigen om niet alleen de schorsing van de uitvoering van gesloten maar nog niet uitgevoerde overeenkomsten maar ook de schorsing van de uitvoering van in uitvoering zijnde overeenkomsten te verzoeken.⁵⁸

⁵¹ Arresten 199/85, 10 maart 1987, Commissie t. Italië; 45/87, 22 september 1988, C. t. Ierland; C-3/88, 5 december 1989, C. t. Italië; C-24/91, 18 maart 1992, C. t. Spanje; C-243/89, 22 juni 1993, C. t. Denemarken; C-107/92, 2 augustus 1993, C. t. Italië; C-272/91, 26 april 1994, C. t. Italië; C-328/92, 3 mei 1994, C. t. Spanje; C-359/93, 24 januari 1995, C. t. Nederland, ... advies adv.-gen. 12 september 1995, C-87/94, C. t. België, in de zaak Van Hool.

⁵² Beschikking 27 september 1988, 194/88 R.

⁵³ Beschikking 31 januari 1992, C-272/91 R.

⁵⁴ Beschikking 16 februari 1987, 45/87 R, herroepen bij beschikking 13 maart 1987.

⁵⁵ Vgl. D. D'HOOGHE, o.c., nr. 1443.

⁵⁶ Beschikking 22 april 1994, C-87/94, overweging 31.

⁵⁷ H.v.J., C-243/89, 22 juni 1993.

⁵⁸ A. MATTERA, «L'ordonnance du 22 avril 1994 sur les 'bus walons': un échec pour la Commission, une victoire pour les marchés publics», *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, 161; bekritiseerd door M.-A. FLAMME, *T. Aann.*, 1994, 300, en *J. T.*, 1994, 694, die het onderscheid niet blijkt te willen erkennen tussen nationale en Europese rechtsprocedures en die de uitspraak van de franstalige kamer van de Raad van State inzake het moeilijk te herstellen ernstig nadeel aldaar perfect blijkt te vinden, dit in tegenstelling met zijn vroeger algemeen standpunt daaromtrent.

Optimisme mag doch relativeren is noodzakelijk. Er dient van uitgegaan te worden dat het Hof van Justitie de uitvoering van een overeenkomst niet zelf kan opschorten; indien het kan opleggen de maatregelen te nemen om de uitvoering van een overeenkomst op te schorten, dient bedacht te worden dat de uitspraken van het Hof, zowel ex art. 169 als ex art. 186, gelden t.a.v. de Lid-Staten, al heeft het Hof beslist dat de verdragsverplichtingen gelden voor de Staten als zodanig en een Lid-Staat in de zin van art. 169 aansprakelijk wordt, onafhankelijk van de vraag welk staatsorgaan door zijn handelen of nalaten het verzuim heeft veroorzaakt, zelfs al betreft het een constitutioneel onafhankelijke instelling.⁵⁹ Zij hebben geen rechtstreeks effect op de andere aanbestedende overheden of diensten dan de Lid-Staten zelf. De vraag rijst hoe de Belgische Staat, indien het Hof had opgelegd de nodige maatregelen te nemen om de uitvoering van de overeenkomst tussen S.R.W.T. en EMI op te schorten, dat bevel had kunnen uitvoeren, laat staan de daaropvolgende stap had kunnen zetten, de nietigverklaring van de overeenkomst, een bevoegdheid van de contractrechter. Daarbij komt dat het Hof geadieerd dient te worden door de Commissie en niet geadieerd kan worden door een benadeelde onderneming en dat er vragen rijzen bij dat alleeninitiatiefrecht en de selectie⁶⁰ door de Commissie. Een voorbeeld is de zaak Storebaelt⁶¹ waarin de Commissie, na ontstaan van de overeenkomst, voorlopige maatregelen gevorderd had doch haar vordering introk nadat de Deense regering in een verklaring voor het Hof had gesteld dat de bestreden clausule aan de inschrijvers het recht op het verkrijgen van schade-loosstelling zal verlenen voor zover zij aantonen dat hun aanspraken gegrond zijn overeenkomstig de normale voorwaarden van de Deense wetgeving en dat zij, wat de kosten van inschrijving betreft, zullen kunnen deelnemen aan een arbitrageprocedure om het bedrag ervan te recupereren: het Hof heeft op basis van art. 169 uitspraak gedaan dat Denemarken het gemeenschapsrecht niet nagekomen is. Ofschoon het recht van de verschillende Lid-Staten mij totaal onbekend is, zal in een dergelijke mogelijkheid van schadeloosstelling meestal wel voorzien zijn zodat de Commissie dan meestal zou kunnen beslissen haar vordering in te trekken of zelfs niet te vorderen. Zoals Mattera⁶² stelt, heeft de procedure ex art. 169 geen concreet effect, is de tussenkomst van de Commissie ter zake «inefficace» telkens wanneer de opdrachten in uitvoering of uitgevoerd zijn – zelfs wanneer de overeenkomst ontstaan is –, wat meestal het geval zal zijn, en blijft er voor de Commissie en de benadeelde ondernemingen niets anders over dan de aanvaarding van het voldongen feit en zich tevreden te stellen met een formele veroordeling terwijl een eventuele vordering tot schadevergoeding op nationaal niveau, gelet op zijn beperkingen, niet als een geëigend instrument van rechtsbescherming beschouwd kan worden. De procedure ex art. 186 zal, het optimisme van Mattera t.g.v. de beschikking in de zaak Van Hool ten spijt, niets veranderen aan het voldongen feit aangezien die pro-

cedure niet werkzaam is. De gemeenschapswetgever heeft, door te beslissen dat de gevolgen van een beroep voor een reeds gesloten overeenkomst door het nationale recht worden bepaald, en door toe te staan dat een Lid-Staat die gevolgen tot de toekenning van schadevergoeding aan de gelaedeerde beperkt, aanvaard dat een Staat op het nationale vlak de nietigverklaring van een in uitvoering zijnde overeenkomst – en van een ontstane overeenkomst die nog niet in uitvoering is – uitsluit.⁶³ Europa heeft daardoor zelf de mogelijkheid van het «voldongen feit» in de hand gewerkt en aangemoedigd. Die bepalingen zijn nefast voor de rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten: pogingen om dat te verhelpen op basis van art. 186 zullen vruchteloos zijn.

8. Er wordt gesteld dat het Belgisch systeem van de rechterlijke controle van de overheidsopdrachten de perfectie benadert:⁶⁴ ofschoon de perfectie niet van deze wereld is, moge uit het voorgaande blijken dat de Belgische en de Europese rechtsbescherming grosso modo nihil zijn: het voldongen feit wordt, behoudens in enkele toevallige uitzonderingen, geen halt toegeroepen. De rechtsbescherming blijft grosso modo beperkt tot schadevergoeding. Schadevergoeding compenseert niet het niet-respect van de rechtsstaat, waarin de schending door een overheid van de wettelijke regels bij overheidsopdrachten kan bestaan.⁶⁵ Schadevergoeding biedt geen rechtsbescherming in de ruime zin en de dupe ervan is steeds de gemeenschap, de burger, die er finaal voor dient op te draaien, te meer omdat het ook geen middel is om onfrisse praktijken uit de wet te ruimen. Schadevergoeding leidt eveneens tot een absurde spiraal: met de laatste richtlijnen en de in aantocht zijnde nationale reglementering worden de regels inzake overheidsopdrachten verfijnd doch wordt de toepassing ervan ook moeilijker zodat de kans op foute beslissingen groter wordt met het gevolg dat, wanneer schadevergoeding de enige oplossing blijft, die nog grotere vormen zal aannemen, niet alleen in de hoogte doch ook in de breedte. De hier supra voorgestelde juridische mogelijkheden brengen, in de huidige stand van wetgeving en rechtspraak, een verbetering doch die is hoe dan ook beperkt: daarbij komt dat ze niet alleen lang duren doch ook complex zijn. Om het voldongen feit te voorkomen is een preventieve rechtsbescherming noodzakelijk die erin bestaat een scheiding te maken tussen de toewijzing, de goedkeuring van een offerte, en het ontstaan van de overeenkomst door de betekening van die goedkeuring of door ondertekening⁶⁶ m.a.w. een korte verplichte wachtperiode in te stellen tussen beide waarin een preventieve rechtsbescherming van de toewijzingsbeslissing bij de Raad van State mogelijk wordt.⁶⁷ Een dergelijke procedure zou het best beperkt blijven tot de toewijzingsbeslissingen van opdrachten die de Europese drempels bereiken, uitgezonderd de werkelijk urgente opdrachten die geen enkel uitstel dulden. Die procedure dient een speciale kortgedingprocedure te zijn met korte termijnen

⁵⁹ H.v.J., 5 mei 1970, 77/69, C. t. België.

⁶⁰ Een tiental zaken voor het Hof gebracht over een tijdspanne van ca. twintig jaar wekt toch ongeloof bij wie vertrouwd is met overheidsopdrachten.

⁶¹ Arrest 22 juni 1993, C-243/89, C. t. Denemarken.

⁶² O.c., 161 en 171.

⁶³ Beschikking 22 april 1994, C-87/94, overweging 33; cf. artt. 2.6 van de resp. beroepsrichtlijnen.

⁶⁴ M.-A. FLAMME, *J.T.*, 1994, 696, 5, tweede lid.

⁶⁵ R. SCHWARTZ, o.c., *RDF adm.*, 1994, 1096.

⁶⁶ Uitwerking hiervan op Europees niveau in de beroepsrichtlijnen is ook raadzaam.

⁶⁷ Cf. mijn voorstel in *T.B.P.*, o.c., 1994, 320-321.

voor het indienen van een vordering door een eventuele benadeelde en voor de uitspraak en dient gevolgd te worden door een speciale korte procedure ten gronde. Aan de Belgische Staat zou de mogelijkheid toegekend dienen te worden om als verzoekende partij op te treden, in de persoon van de Permanente Vertegenwoordiger bij de E.U. en van de eerste minister, die aldus zouden kunnen reageren op eventuele aanmaningen van de Commissie. Om manifest niet-ernstige vorderingen de pas af te snijden, zou kunnen worden gedacht aan de mogelijkheid van een tegenvordering wegens tergend of roekeloos geding. Het voordeel van een dergelijke procedure is dat er rechterlijke controle wordt uitgeoefend voor-

dat een overeenkomst ontstaan kan zijn, dat er een filter wordt ingebouwd die door zijn bestaan alleen al, op zichzelf, en door zijn werking een deel van de onwettige beslissingen zal tegenhouden, dat een herstel van de wettigheid en een rechtsherstel in natura mogelijk wordt gemaakt, dat het voldongen feit een halt toegeroepen wordt. Aan rechtssystemen die niet werkzaam, niet efficiënt zijn, die een na te streven doel niet bereiken, dient gesleuteld te worden. Of is dat een brug te ver?

J. STEVENS
Auditeur Raad van State

DE BEPERKINGEN VOOR EEN FEDERAAL EN REGIONAAL MILIEUBELEID DIE VOORTVLOEIEN UIT DE INTERNE MARKT

1. Toen mij werd gevraagd om dit preadvies te schrijven, heb ik alvorens toe te zeggen toch even gearzeld. Ik beweeg mij namelijk veel meer in het milieu dan wel op de markt. Met andere woorden, met het Europees milieurecht ben ik meer vertrouwd dan met het Europees recht met betrekking tot de interne markt, zodat ik mij enigszins heb moeten inwerken in deze materie. Meer bepaald heb ik, zoals in het eerste deel van mijn bijdrage zal blijken, enige tijd geworsteld met de vraag welk onderwerp men nu eigenlijk behandeld wil zien, namelijk wat nu juist verstaan dient te worden onder het begrip «interne markt». Tot mijn grote opluchting echter beantwoorden ook eminente rechtsgeleerden de voorgaande vraag niet eenduidig.

In deze bijdrage zal ik voornamelijk onderzoeken hoeveel beleidsruimte de Lid-Staten rest nadat een Europese harmonisatiemaatregel is genomen met het oog op de realisatie van de interne markt.

I. DE MILIEUBESCHERMING EN HET OORSPRONKELIJK EEG-VERDRAG

2. De oprichting van de EEG had voornamelijk de uitbouw van een gemeenschappelijke markt, met vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal en een betere coördinatie van het economisch beleid van de Lid-Staten tot doel. Het woord milieu kwam niet eenmaal voor in het oorspronkelijk EEG-Verdrag.¹

Nadat eind van de jaren zestig het milieu een onderwerp was geworden van internationale politieke belangstelling, kwam dit eerst tot uiting in het afgeleide recht, meer bepaald in de vorm van richtlijnen met een milieudimensie en van milieuactieprogramma's, evenals in een in milieuvriendelijke zin «herinterpreteren» van art. 2 EEG-Verdrag,² een interpretatie waarop het Hof van Justitie impliciet steunde in zijn overweging de milieubescherming als een van de wezenlijke doelstellingen van de EEG te beschouwen.³

¹ JANS, J.H., «Legal grounds of European environmental policy», *Milieu – Tijdschrift voor milieukunde*, 1990, 169; REHBINDER, E. en STEWART, R., *Environmental Protection Policy, Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience. Volume 2*, Berlijn, Walter de Gruyter, 1985, 16.

² Met name door aan de taken «harmonische ontwikkeling van de economische activiteit» en «gestadige en evenwichtige expansie» een milieudimensie te geven. Zie in dit verband SEVENSTER, H.G., *Milieubeleid en gemeenschapsrecht. Het interne juridische kader en de praktijk*, Europese Monografieën, nr. 38, Deventer, Kluwer, 1992, 36-37.

³ In zijn arrest van 7 februari 1985 (H.v.J., 7 februari 1985, zaak 240/83, Procureur de la République t. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ABDHU), *Jur.*, 1985, 531; *Men R*, 1986, 155, met noot JANS J.H.) overweegt het Hof, ten aanzien van Richtlijn 75/439/EEG van de Raad van 16 juni 1975 inzake de verwijdering van afgewerkte olie: «Deze richtlijn is immers gericht op de bescher-

3. Een rechtsgrondslag voor het milieubeleid van de EEG werd gevonden in art. 100⁴ en, aangezien de voornoemde interpretatie van art. 2 maakte dat de milieubescherming tot de doelstellingen van de EEG ging behoren, in art. 235.⁵ Art. 100 was slechts bruikbaar bij voorschriften die betrekking hebben op het marktgedrag en de marktpositie van de betrokken ondernemingen,⁶ en werd dan ook door de Raad als basis gekozen wanneer de milieumaatregel (mede) de opheffing van handelsbelemmeringen of concurrentievervalsing als gevolg van dispariteiten in nationale milieuwetgevingen ten doel had.⁷ Het gaat in hoofdzaak om richtlijnen die productnormen vaststellen.⁸ Deze praktijk werd door het Hof van Justitie goedgekeurd.⁹

Indien art. 100 niet volstond als rechtsgrondslag, kon art. 235 een uitweg bieden. Ingeval het doel van de maatregel uitsluitend de milieubescherming was, bv. de bescherming van flora en fauna, werd alleen maar art. 235 aangewend. Als het doel van de maatregel daarnaast tevens het opheffen van handelsbelemmeringen of het vermijden van concurrentievervalsing beoogde, bv. het afvalstoffenbeheer, werd een dubbele rechtsbasis gebruikt, namelijk art. 100 in combinatie met art. 235.¹⁰ Ook art. 235 als rechtsgrondslag voor het milieubeleid werd aanvaard door het Hof van Justitie.¹¹

Op grond van die verdragsbepalingen werd een harmonisatie van de milieuwetgeving van de Lid-Staten tot stand gebracht, die verschillende vormen kan aannemen en meer be-

ming van het milieu, een van de wezenlijke doelstellingen van de Gemeenschap».

Deze rechtspraak werd nadien bevestigd (H.v.J., 20 september 1988, zaak 302/86, Commissie t. Denemarken, *Jur.*, 1988, 4607).

Zie in dit verband KRAMER, L., *European Environmental Law Casebook*, Londen, Sweet & Maxwell, 1993, 13-15.

⁴ «De Raad stelt met eenparigheid van stemmen op voorstel van de Commissie richtlijnen vast voor het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt. (...)»

⁵ «Indien een optreden van de Gemeenschap noodzakelijk blijkt om, in het kader van de gemeenschappelijke markt, een der doelstellingen van de Gemeenschap te verwezenlijken zonder dat het Verdrag in de daartoe vereiste bevoegdheden voorziet neemt de Raad met eenparigheid van stemmen op voorstel van de Commissie en na raadpleging van de Vergadering de passende maatregelen.»

⁶ KAPTEYN, P.J.G. en VERLOREN VAN THEMAAT, P., *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, derde druk, Deventer, Kluwer, 1980, 297.

⁷ SEVENSTER, H.G., o.c., 50.

⁸ REHBINDER, E. en STEWART, R., o.c., 28; SEVENSTER, H.G., o.c., 53.

⁹ H.v.J., 18 maart 1980, zaak 91/79, Commissie t. Italië, *Jur.*, 1980, 1099.

¹⁰ REHBINDER, E. en STEWART, R., o.c., 26-28; SEVENSTER, H.G., o.c., 50-53.

¹¹ H.v.J., 7 februari 1985, zaak 240/83, Procureur de la République t. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ABDHU), *Jur.*, 1985, 531; *Men R*, 1986, 155, met noot JANS, J.H.

paald voor de Lid-Staten minder of meer resterende beleids-vrijheid met zich meebrengt.¹²

4. Reeds in het oorspronkelijk EEG-Verdrag vindt men rechtstreeks werkende bepalingen die grenzen kunnen stellen voor onder meer (het gemeenschappelijk en) het federaal en regionaal milieubeleid. Meer bepaald gaat het over:

- de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen, met de instelling van een douane-unie met een verbod van douanerechten en heffingen van gelijke werking (artt. 12-13), en met een afschaffing van de kwantitatieve beperkingen tussen de Lid-Staten met een verbod tot instelling van kwantitatieve in- en uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking (artt. 30-36);

- de bepalingen inzake ondernemingsafspraken (artt. 85 e.v.);

- de bepalingen inzake de steunmaatregelen (artt. 92-93);

- de bepalingen met betrekking tot het verbod van discriminerende belastingen (artt. 95-96).

II. DE MILIEUBESCHERMING EN DE REALISATIE VAN DE INTERNE MARKT NA DE EUROPESE AKTE

A. De Europese Akte

5. De Europese Akte¹³ vormt een belangrijke mijlpaal voor het Europese milieubeleid. Eerst nu immers wordt de milieubescherming als nieuw beleidsdomein in het EEG-Verdrag opgenomen (art. 130 R-T)¹⁴ Voorts staan de bepalingen betreffende de interne markt centraal in de Europese Akte. Het betreft de nieuwe artt. 8 A-C,¹⁵ 100 A-B en de gewijzigde artt. 57, lid 2, 59, 70, lid 1, 84, lid 1, en 99.¹⁶ Vanaf de Europese Akte zouden zich, gezien de verschillen tussen de rechtsgronden van de artt. 100 A en 130 R-T, onder meer wat betreft de politieke besluitvorming, telkens als de Commissie een voorstel voor een milieumaatregel deed, de debatten op welke rechtsgrondslag zij zich moest baseren, gaan intensifiëren. Deze problematiek gaf ook aanleiding tot enkele arresten van het Hof van Justitie, doch valt buiten het bestek van deze bijdrage.

B. Het begrip «interne markt»

6. In art. 8 A wordt het begrip «interne markt» gedefiniëerd: de interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van het EEG-Verdrag.

Het begrip heeft vooral een programmatorische strekking¹⁷ en benadert het begrip «gemeenschappelijke markt» dat reeds in het EEG-Verdrag voorkwam.¹⁸ Volgens sommigen is het begrip ruimer, nu niet alleen de integrale realisatie van de fundamentele vrijheden als vermeld in het EEG-Verdrag beoogd wordt, zoals het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitalen, maar ook de tenuitvoerlegging van de andere gemeenschappelijke beleidsmateries, namelijk de economische en monetaire samenwerking.¹⁹ Volgens anderen is het dan weer enger en zouden dispariteiten in directe of indirecte belastingen, die tot vervalssing van de mededingingsvoorwaarden leiden, als zodanig niet onder het door deze bepalingen beoogde programma vallen;²⁰ een programma dat ertoe strekt een «ruimte zonder binnengrenzen» te realiseren in beginsel vóór 1 januari 1993.

C. De realisatie van de interne markt

7. Om deze «ruimte zonder binnengrenzen» te realiseren moeten de fysische, technische en fiscale grenzen worden opgeheven; vooral de laatste twee zijn relevant voor het milieubeleid. Met de opheffing van de fiscale grenzen wordt een verdergaande harmonisatie bedoeld van de indirecte belastingen en de accijnzen, zodanig dat de behoefte aan controles verdwijnt, zonder dat zulks leidt tot distorsies in de mededinging, afleiding van handelsstromen, of dat de justitiabelen worden aangezet tot fraude of tot fiscale ontwijkingspraktijken.²¹ Met de opheffing van de technische grenzen wordt het geheel van maatregelen beoogd die erop gericht zijn technische handelsbelemmeringen voor het intracom-munautair goederen-, personen-, diensten- en kapitaalver-keer weg te werken. Deze technische handelsbelemmeringen zijn onder meer het gevolg van uiteenlopende nationale voorschriften voor goederen, ingegeven door de zorg voor de bescherming van de gezondheid en het milieu (art. 36), en die nog niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een harmonisatie op grond van art. 100.²²

8. Art. 100 A dient als rechtsgrondslag voor het treffen van maatregelen ter harmonisatie van wetgeving met het oog op de realisatie van de interne markt. Lid 1 van dit artikel bevat een nieuwe beslissingsprocedure voor het vaststellen van maatregelen inzake de harmonisatie van wetgevingen die de instelling en de werking van de interne markt betreffen. Het merendeel van de maatregelen die voorheen bij eenparigheid getroffen moesten worden op basis van art. 100, kon nu aangenomen worden bij gekwalificeerde meerderheid van stemmen in de Raad, zodat blokkeringen door een of enkele Lid-Staten voortaan tot het verleden zouden moeten behoren.²³

¹² SEVENSTER, H.G., o.c., 14-15 en 184-192.

¹³ Wet van 7 augustus 1986 houdende goedkeuring van de Europese Akte opgemaakt te Luxemburg op 17 februari 1986 en te Den Haag op 28 februari 1986, B.S., 28 januari 1987; door België bekrachtigd op 25 augustus 1986; in werking getreden op 1 juli 1987 (B.S., 21 juli 1987).

¹⁴ BOSCO, G., «Commentaire de l'acte unique européen des 17-28 février 1987», *Cah.Dr.Eur.*, 1987, 375-379; DE RUYT, J., *L'acte unique européen*, deuxième édition, Brussel, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1989, 177-218.

¹⁵ Hernummerd tot de artt. 7 A-C door het Verdrag van Maastricht.

¹⁶ DE RUYT, J., o.c., 149-175.

¹⁷ BOSCO, G., l.c., 372; ECKHAUT, P., «De Europese Akte, 1992 en de interne markt», *R.W.*, 1988-89, 3.

¹⁸ ECKHAUT, P., l.c., 2-3; DEHOUSSE, F. en DEMARET, P., «Marché unique, significations multiples», *J.T.*, 1992, 138.

¹⁹ BOSCO, G., l.c., 371-372.

²⁰ KAPTEYN, P.J.G. en VERLOREN VAN THEMAAT, P., *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, vierde druk, Kluwer, Deventer, 1987, 74 en 308-309.

²¹ DE RUYT, J., o.c., 153.

²² DE RUYT, J., o.c., 152-153.

²³ DE RUYT, J., o.c., 167; KAPTEYN, P.J.G. en VERLOREN VAN THEMAAT, P., o.c., 309; SEVENSTER, H.G., o.c., 171-172.

Hoewel enerzijds deze nieuwe besluitvormingsprocedure werd ingevoerd als regel «voor de verwezenlijking van de doeleinden van art. 8 A», geldt zij anderzijds slechts voor zover in het EEG-Verdrag niet «anders is bepaald». In het tweede lid van art. 100 A worden meteen drie uitzonderingen genoemd: de fiscaliteit, het vrije verkeer van personen en de rechten en belangen van werknemers. De uitzondering van de fiscaliteit is voor het milieubeleid het meest relevant en trouwens opmerkelijk daar in het Witboek van de Commissie de opheffing van de fiscale grenzen door harmonisatie van de indirecte belastingen (BTW en accijnzen) als een van de voorwaarden voor de realisatie van de interne markt wordt aangeduid.²⁴

9. Lid 3 van art. 100 A bepaalt dat de Commissie bij haar voorstellen op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming moet uitgaan van een hoog beschermingsniveau. Het bepaalde werd ingelast omdat bepaalde landen (onder meer Denemarken en Duitsland) vreesden dat harmonisatie bij gekwalificeerde meerderheid van stemmen in de Raad ertoe zou kunnen leiden dat zij genoodzaakt zouden worden om hun als relatief hoog beschouwde milieunormen af te zwakken.²⁵

10. Lid 4 van art. 100 A bepaalt:

«Wanneer een Lid-Staat, nadat de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen een harmonisatiemaatregel heeft genomen, het noodzakelijk acht nationale bepalingen toe te passen die hun rechtvaardiging vinden in gewichtige eisen als bedoeld in art. 36 of verband houden met de bescherming van het arbeidsmilieu of het milieu, geeft hij daarvan kennis aan de Commissie.

De Commissie bevestigt de betrokken bepalingen nadat zij heeft nagegaan dat zij geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten vormen.

In afwijking van de procedure van de artt. 169 en 170 kan de Commissie of een Lid-Staat zich rechtstreeks tot het Hof van Justitie wenden indien zij/hij meent dat een andere Lid-Staat misbruik maakt van de in dit artikel bedoelde bevoegdheden.»

Het bepaalde in art. 100 A, lid 4, houdt in dat ondanks een Europese geharmoniseerde norm bepaalde Lid-Staten alsnog de mogelijkheid hebben om hun markt te sluiten voor de goederen die aan die norm voldoen wegens de gewichtige eisen bedoeld in art. 36 of die hun verantwoording vinden in de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu.

III. DE BELEIDSRUIMTE VOOR DE LID-STATEN NADAT EEN HARMONISATIEMAATREGEL IS VASTGESTELD

A. Algemeen

11. Ten aanzien van de vraag naar de beleidsruimte voor de Lid-Staten als een harmonisatiemaatregel is vastgesteld, laten zich twee situaties onderscheiden, meer bepaald naargelang de harmonisatie al dan niet art. 100 A als rechtsgrond heeft.

Indien de wetgeving met betrekking tot een bepaald goed op Europees niveau is geharmoniseerd op een andere grond dan art. 100 A, kunnen Lid-Staten zich volgens het Hof van Justitie niet meer beroepen op art. 36 of andere dwingende eisen om in- of uitvoerbeperkende maatregelen te treffen,²⁶ behoudens uitdrukkelijke machtiging in de richtlijn,²⁷ door middel van een clause die stelt dat de Lid-Staten verdergaande maatregelen kunnen treffen.

Indien de wetgeving op grond van art. 100 A is geharmoniseerd, dan is een verdergaand optreden van de Lid-Staten niet meer toelaatbaar, behoudens twee uitzonderingen:

– de maatregel bevat een vrijwaringsclause die de Lid-Staten machtigt om op grond van een of meer van de in art. 36 bedoelde niet-economische redenen, voorlopige maatregelen te treffen die aan de communautaire toetsingsprocedure worden onderworpen (art. 100 A, lid 5); deze bepaling bevestigt een reeds vroeger bestaande praktijk;²⁸

– de afwijkingsmogelijkheid geboden door art. 100 A, lid 4.

Dit alles geldt uiteraard slechts voor zover een richtlijn een bepaalde materie op uitputtende wijze regelt, wat een zaak van interpretatie van de betrokken richtlijn is.²⁹

12. Ten aanzien van deze laatste afwijkingsmogelijkheid rijzen heel wat vragen, waarvan ik er hier enkele nader wil onderzoeken. Geldt ze enkel voor maatregelen gebaseerd op art. 100 A of ook voor bij gekwalificeerde meerderheid getroffen maatregelen die op een andere rechtsgrondslag getroffen zijn? Kunnen enkel overstemde Lid-Staten er een beroep op doen of ook andere? Mag de afwijkingsmogelijkheid ook aangevoerd worden indien de maatregel bij eenparigheid is genomen? Mogen enkel bestaande strengere normen gehandhaafd worden of mogen ook nieuwe strengere nationale normen worden ingevoerd? Kunnen Lid-Staten die vinden dat de Europese norm te hoog ligt, een minder strenge norm handhaven? Waarvan moet de Lid-Staat kennis geven aan de Commissie en wanneer moet dit gebeuren? Hoe ver gaat de controlebevoegdheid van de Commissie?

Deze vragen krijgen niet steeds eenduidige antwoorden in de rechtsleer. Een tipje van de sluier wordt opgelicht in een arrest van het Hof van Justitie. Ook dient in dit verband melding te worden gemaakt van de Europese wetgevingspraktijk, met name wat betreft twee recente richtlijnen.

B. Het PCP-arrest van het Hof van Justitie

13. Tot dusver heeft het Hof van Justitie slechts eenmaal de mogelijkheid gehad zich over de draagwijdte van art. 100 A, lid 4, uit te spreken, meer bepaald naar aanleiding van een

²⁶ H.v.J., 16 mei 1979, zaak 2/78, Commissie t. België, *Jur.*, 1979, 1784; H.v.J., 26 juni 1980, zaak 788/79, *Gilli, Jur.*, 1980, 2078; H.v.J., 22 januari 1981, zaak 58/80, Dansk supermarked t. Imerso, *Jur.*, 1981, 194; H.v.J., 17 juni 1981, zaak 113/80, Commissie t. Ierland, *Jur.*, 1981, 1636; H.v.J., 19 februari 1981, zaak 130/80, Kelderman, *Jur.*, 1981, 527.

²⁷ DEFALQUE, L., «Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises», *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 471-492.

²⁸ ECKHOUT, P., *l.c.*, 7; MERTENS DE WILMARS, *l.c.*, 616; SEVENSTER, H.G., *o.c.*, 275-277.

²⁹ JANS, J.H., «Europees milieurecht», in BRUSSAARD, W., DRUPSTEEN, T.G., GILHUIS, P.C. en KOEMAN, N.S.J. (red.), *Milieurecht*, derde druk, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1993, 599.

²⁴ KAPTEYN, P.J.G. en VERLOREN VAN THEMAAT, P., *o.c.*, 309-310.

²⁵ DE RUYT, J., *o.c.*, 170; ECKHOUT, P., *l.c.*, 5.

Duitse regeling inzake de beperking van het gebruik van PCP (pentachloorfenol),³⁰ een scheikundige stof die onder meer gebruikt wordt als houtbeschermingsmiddel, impregneermiddel van industriële textielwaren, bodemontsmetter en bacteriedodend middel en die giftig is voor de mens en zeer giftig voor het aquatisch milieu.

Nadat Duitsland de «Pentachlophenolverbodsverordening» had aangenomen die eind december 1989 in werking trad, nam de Raad in maart 1991 op grond van art. 100 A een minder vérgaande richtlijn aan, waarbij onder meer Duitsland tegenstemde. In augustus 1991 notificeerde Duitsland, steunend op art. 100 A, lid 4, zijn beslissing om de strengere nationale regeling verder toe te passen. De Commissie neemt een beschikking aan waarbij ze de Duitse regeling bevestigt. Daartegen stelt Frankrijk een annulatieberoep in op grond van art. 173, lid 1.

Het Hof van Justitie oordeelt dat de Commissie niet de motieven, in feite en in rechte, uiteengezet heeft waarom volgens haar aan alle voorwaarden gesteld door art. 100 A, lid 4, was voldaan, en vernietigt de beschikking.

Op inhoudelijke aspecten, verband houdend met de vraag onder welke voorwaarden een Lid-Staat art. 100 A, lid 4, kan toepassen, wordt door het Hof niet ingegaan. Wel zegt het Hof dat de kennisgevingsplicht uit art. 100 A, lid 4, met zich meebrengt dat geen enkele Lid-Staat een van de geharmoniseerde Europese regels afwijkende nationale regeling kan toepassen, zonder daartoe eerst de bevestiging van de Commissie te hebben gekregen, en dat de Commissie de zaak grondig moet onderzoeken, wat uit de motivering van de beschikking moet blijken.

C. Twee opmerkelijke richtlijnen

14. Twee recente richtlijnen lijken in verband met de bespreking van art. 100 A vermeldenswaard.

Richtlijn 92/112/EEG van de Raad van 15 december 1992 tot vaststelling van de procedure voor de harmonisatie van de programma's tot vermindering en uiteindelijke algehele opheffing van de verontreiniging door afval van de titaandioxide-industrie,³¹ is uitsluitend gebaseerd op art. 100 A. Deze richtlijn bevat geen bepaling die de Lid-Staten machtigt verdergaande maatregelen te treffen, doch de laatste overweging luidt: «Overwegende dat de bepalingen van deze richtlijn de mogelijkheid voor de Lid-Staten onverlet laten om op het door deze richtlijn bestreken gebied strengere bepalingen ter bescherming van het milieu te handhaven of vast te stellen.» In zoverre deze overweging een allusie zou maken op art. 100 A, lid 4, lijkt de Raad te suggereren dat ook nieuwe strengere nationale maatregelen ingevoerd kunnen worden.

15. Ook Richtlijn 94/62/EEG van de Raad van 20 december 1994 betreffende verpakking en verpakkingsafval³² heeft uitsluitend art. 100 A als rechtsgrondslag. Deze richtlijn bepaalt minimale en maximale recyclingvoeten voor het verpakkingsafval in zijn geheel en per materiaaltype. De maxima zijn echter niet absoluut, aangezien in art. 6, lid 6,

van deze richtlijn wordt bepaald dat de Lid-Staten die programma's hebben of zullen vaststellen die verder gaan, deze taakstellingen in het belang van een hoog milieubeschermingsniveau verder mogen blijven nastreven, op drie voorwaarden: 1° zij moeten in passende capaciteiten voor recycling en terugwinning voorzien om deze hogere percentages ook daadwerkelijk te recyclen of terug te winnen; 2° deze programma's mogen geen aanleiding geven tot verstoringen van de interne markt, en 3° deze programma's mogen niet van dien aard zijn dat de naleving van de richtlijn door andere Lid-Staten bemoeilijkt wordt. De Lid-Staten moeten de Commissie in kennis stellen en de Commissie bevestigt deze maatregelen, nadat zij zich, in samenwerking met de Lid-Staten, ervan heeft vergewist dat zij stroken met bovenstaande overwegingen en geen willekeurig middel tot discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen Lid-Staten vormen.

16. De voorwaarden waar Lid-Staten aan moeten voldoen om van Richtlijn 94/62/EEG te kunnen afwijken in art. 6, lid 6, van de richtlijn, zijn verschillend van die in art. 100 A, lid 4. Wat is nu de verhouding van deze bepaling met art. 100 A, lid 4?

Terwijl sommigen beweren dat art. 6, lid 6, van de richtlijn in strijd is met art. 100 A, lid 4, en dus voor niet geschreven gehouden moet worden,³³ kan men ook van oordeel zijn dat art. 6, lid 6 van de richtlijn juist een nadere invulling geeft van art. 100 A, lid 4, inzake de verpakkingsproblematiek. In dat laatste geval betekent dit dat de Raad met betrekking tot art. 100 A, lid 4, het standpunt huldigt dat niet alleen overstemde Lid-Staten er een beroep op kunnen doen en dat nieuwe strengere nationale maatregelen kunnen worden uitgevaardigd. Men kan echter ook stellen dat, aangezien de harmonisatierichtlijn binnen de inhoudelijke en procedurele voorwaarden van art. 6, lid 6, zelf ruimte laat voor verdergaande maatregelen, een beroep op art. 100 A, lid 4, helemaal niet aan de orde is. In deze visie zou art. 10 A, lid 4, slechts beginnen te spelen indien een Lid-Staat een verdergaand programma wenst te handhaven of in te voeren, zonder te voldoen aan art. 6, lid 6.

D. Toepassingsmodaliteiten van art. 100 A, lid 4

17. Geldt art. 100 A, lid 4, enkel voor maatregelen gebaseerd op art. 100 A of ook voor bij gekwalificeerde meerderheid getroffen maatregelen die op een andere rechtsgrondslag getroffen zijn?

Hoewel lid 4 niet expliciet bepaalt om welke meerderheidsbesluitvorming het moet gaan, moet gezien de ontstaansgeschiedenis van het artikel en de context van lid 4 aangenomen worden dat lid 4 niet aangevoerd kan worden voor een afwijking van maatregelen met een andere rechtsgrond.³⁴ Sommigen sluiten de mogelijkheid echter niet uit

³⁰ H.v.J., 17 mei 1994, zaak C-41/93, Franse Republiek t. Commissie, *T.M.R.*, 1994, 395-398.

³¹ *Pb.L.*, 1992, nr. 409.

³² *Pb.L.*, 1994, nr. 365.

³³ VON WILMOVSKY, P., «National Recovery Obligations Within a Common Market – Packaging Waste as a Paradigm», paper, *Colloquium «De laatste ontwikkelingen van de Europese reglementering inzake afvalstoffen»*, Brussels Instituut voor Milieubeheer, Brussel, 19 juni 1995.

³⁴ GLAESNER, H.-J., «Die Einheitliche Europäische Akte», *EuR*, 1986, 134, noot 405; MÜLLER-GRAFF, P.-C., «Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes», *EuR*, 1989, 144, noot 633; SEVENSTER, H.G., o.c., 244.

bij een gecombineerde rechtsbasis van bv. art. 43 juncto art. 100 A.³⁵

18. Kunnen enkel overstemde Lid-Staten er een beroep op doen of ook andere? Mag de afwijkingsmogelijkheid ook opgeworpen worden indien de maatregel bij eenparigheid is genomen?

De gedachte achter de twee vragen, die samen behandeld moeten worden, is dat lid 4 bedoeld is als compensatie voor het feit dat een Lid-Staat overstemd kan worden bij gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming en dat zulks niet zou mogen resulteren in een dwang voor de betrokken Lid-Staat om het beschermingsniveau van zijn eigen wetgeving omlaag te halen. De kernvraag is derhalve of alleen een Lid-Staat die heeft tegengestemd of zich heeft onthouden – dit laatste staat overigens een unanimitébesluit niet in de weg (art. 148, lid 3) – op lid 4 een beroep kan doen.³⁶

De rechtsleer is ten eerste verdeeld in haar antwoord op deze vraag. Sommigen vereisen tegenstemmen en sluiten een beroep op lid 4 derhalve uit bij unanimité.³⁷ Anderen zien geen bezwaar in voorstemmen en achten een beroep bij unanimité wel mogelijk.³⁸ Illustratief voor de controverse zijn twee standpunten uit de Duitstalige rechtsleer, waar een auteur stelt dat voorstellen met een beroep op lid 4 een vorm van misbruik oplevert in de zin van de laatste alinea van lid 4,³⁹ terwijl een andere het voorstemmen toelaat, mits dit juist gebeurt onder uitdrukkelijk voorbehoud van een beroep op lid 4.⁴⁰ Een aantal auteurs huldigen standpunten die tussen de twee uitersten in liggen.⁴¹

Een belangrijk argument in de discussie lijkt me het volgende. Door tegenstemmen te vereisen om van de mogelijkheid gebruik te kunnen maken, zou een voorgestelde harmonisatiemaatregel kunnen uitblijven, zodat het streven naar een hoger beschermingsniveau van de Lid-Staten in kwestie zou uitmonden in het uitblijven van elk beschermingsniveau in de andere Lid-Staten, waardoor meteen ook de totstandkoming van de interne markt niet bevorderd zou worden.⁴² Vandaar dat de stelling gevolgd moet worden de mogelijkheid van een beroep op lid 4 niet te beperken tot overstemde Lid-Staten.

19. Mogen enkel bestaande strengere normen gehandhaafd worden of mogen ook nieuwe strengere nationale normen worden ingevoerd?

Ook hier is de rechtsleer verdeeld. Een aantal auteurs menen dat enkel bestaande nationale normen kunnen worden gehandhaafd,⁴³ terwijl anderen, die in de meerderheid lijken te zijn, vinden dat de afwijkingsmogelijkheid ook slaat op het invoeren van nieuwe nationale normen.⁴⁴ Sevenster geeft een overzicht van de voor- en tegenargumenten en sluit zich aan bij de meerderheidsstroming.⁴⁵

De restrictieve interpretatie leidt ertoe dat een datum, allicht de datum waarop een nationale strengere norm wordt aangenomen, bepalend zou zijn. Dit doet bevreemdend aan en zou ertoe kunnen leiden dat eenzelfde norm in de ene Lid-Staat van kracht zou blijven doch in een andere lid-Staat, onder dezelfde omstandigheden, niet ingevoerd zou mogen worden.⁴⁶ Dit terwijl niet kan worden ingezien wat voor verschil het voor de verwezenlijking van de interne markt uitmaakt of de nationale strengere norm reeds vóór het aannemen van de harmonisatiemaatregel bestond of niet; beide gevallen lijken vanuit het standpunt van de interne markt even ongewenst. Mijns inziens dient dan ook vanuit de compensatiefunctie van lid 4 te worden aangenomen dat ook nieuwe strengere nationale normen kunnen worden ingevoerd.

20. Kunnen Lid-Staten die vinden dat de Europese norm te hoog ligt, een minder strenge norm handhaven?

Uit de geest en de bewoording van lid 4 valt af te leiden dat zulks niet aanvaard kan worden. Het valt immers niet in te zien hoe een soepelere norm gerechtvaardigd kan zijn wegens gewichtige eisen die verband houden met de milieubescherming.⁴⁷

21. Waarvan moet de Lid-Staat kennis geven aan de Commissie en wanneer moet dit gebeuren? Hoe ver gaat de controlebevoegdheid van de Commissie?

Op deze vragen heeft het Hof van Justitie in het PCP-arrest geantwoord. De kennisgevingsplicht uit lid 4 brengt met zich mee dat geen enkele Lid-Staat een van de geharmoniseerde Europese regels afwijkende nationale regeling kan toepassen, zonder daartoe eerst de bevestiging van de Commissie te hebben gekregen, en dat de Commissie de zaak grondig moet onderzoeken, wat uit de motivering van de beschikking moet blijken.

IV. BESLUIT

22. Op 1 november 1993 is het Verdrag van Maastricht⁴⁸ in werking getreden. Het nieuwe art. 2 somt onder zijn doel-

³⁵ GULMANN, C., «The Single European Act – some remarks from a Danish perspective», *C.M.L.R.*, 1987, 37, noten 691 en 699; SEVENSTER, H.G., *o.c.*, 244.

³⁶ SEVENSTER, H.G., *o.c.*, 245-246.

³⁷ KAPTEYN, P.J.G. en VERLOREN VAN THEMATAAT, P., *o.c.*, 310; MERTENS DE WILMARS, J., «Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen na de Europese Akte»; *S.E.W.*, 1986, 615.

³⁸ C.E.D.E., «Commentaire de l'acte unique européen en matière d'environnement», *R.J.E.*, 1988, 86-87; ECKHOUT, P., *l.c.*, 6; SCHEUING, D.H., «Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte», *EuR*, 1989, 171; SEVENSTER, H.G., *o.c.*, 246-248.

³⁹ PORZ-LIND MEIER, G., «Einheitliche Europäische Akte und freier Warenverkehr», *NJW*, 1987, 540.

⁴⁰ MULLER-GRAFF, *l.c.*, 145-146.

⁴¹ Onder meer GULMANN, C., *l.c.*, 38; JANS, J.H., «Europeesrechtelijke grenzen aan nationaal milieubeleid», *S.E.W.*, 1989, 226.

⁴² In dezelfde zin: SEVENSTER, H.G., *o.c.*, 246-248.

⁴³ C.E.D.E., *l.c.*, 88; DE SADELEER, N., «L'acte Unique Européen et la protection de l'environnement», *Amén.*, 1988, 45; KRAMER, L., «The Single European Act and Environment Protection: Reflections on several new provisions in Community Law», *C.M.L.R.*, 1987, 680-681; KOPPEN, I.J., «De Europese Akte als Grondwet van het milieubeleid van de Europese Gemeenschappen», *S.E.W.*, 1988, 631.

⁴⁴ GULMANN, C., *l.c.*, 38; MULLER-GRAFF, P.-C., *l.c.*, 148; JANS, J.H., *l.c.*, 225; SCHEUING, D.H., *l.c.*, 170-171; SEVENSTER, H.G., *o.c.*, 250-257 (die nog meer auteurs vermeldt).

⁴⁵ SEVENSTER, H.G., *o.c.*, 250-257.

⁴⁶ In dezelfde zin: SEVENSTER, H.G., *o.c.*, 256.

⁴⁷ JANS, J.H., *l.c.*, 223; SCHEUING, D.H., *l.c.*, 170; SEVENSTER, H.G., *o.c.*, 260.

⁴⁸ Wet van 26 november 1992 houdende goedkeuring van het Verdrag over de Europese Unie, van de 17 Protocollen en van de Slotakte met 33 Verklaringen, opgemaakt te Maastricht op 7 februa-

stellingen onder meer op «het bevorderen van (...) een duurzame en niet inflatoire groei met inachtneming van het milieu». Om de doelstellingen te bereiken staan drie hoofdinstrumenten ter beschikking: de gemeenschappelijke markt (en ook de interne markt, twee begrippen die in het Verdrag van Maastricht door elkaar worden gebruikt en dus meer en meer als synoniem worden gehanteerd ⁴⁹), de EMU, en het gemeenschappelijk beleid of de gemeenschappelijke activiteiten bedoeld in de artikelen 3 en 3 A. De artt. 130 R-T werden herschreven. De artt. 8 A-C werden hernoemd tot de artt. 7 A-C, zonder dat er inhoudelijke wijzigingen werden

aangebracht. De artt. 100 A-B bleven ongewijzigd, op art. 100 A, lid 1, na, dat werd gewijzigd wat de besluitvormingsprocedure betreft, waardoor wordt bevestigd dat de realisatie van de interne markt ook na 31 december 1992 kan worden voortgezet. Wat de rechtsgrondslagendiscussie betreft, blijkt het Verdrag van Maastricht de zaken er niet op vereenvoudigd te hebben, onder meer door het veelvoud aan besluitvormingsprocedures. De toepassingsmodaliteiten van art. 100 A, lid 4, werden in het Verdrag van Maastricht dus niet verduidelijkt, zodat het geven van een definitief antwoord op de in deze bijdrage behandelde vragen aan het Hof van Justitie toekomt.

ri 1992, *B.S.*, 30 oktober 1993. België heeft zijn bekrachtigingsoorlonde neergelegd op 10 december 1992.

⁴⁹ COPPENHOLLE, K., DEVROE, W. en WOUTERS, J., «Het Europees Gemeenschapsrecht na het Verdrag van Maastricht», *R.W.*, 1993-94, 802.

Geert VAN HOORICK
Advocaat aan de balie te Gent
Wetenschappelijk medewerker
Centrum voor Milieurecht Universiteit Gent

DE DOORWERKING VAN HET EUROPEES GEMEENSCHAPSRECHT OP HET GEBIED VAN DE FISCALE RECHTSBESCHERMING

1. Met de opgave voor ogen om praktijkjuristen voeling te laten krijgen met de doorwerking van het gemeenschapsrecht in de fiscale rechtsbescherming in België, en het absolute van de opgelegde ruimtelijke publicatiebeperking, kan deze bijdrage niet meer dan een vingeroefening zijn, een improvisatie zonder partituur.

Voor diepgaande lectuur moet de lezer dus doorverwezen worden. Weliswaar treft men in de Belgische fiscale rechtsleer belangwekkende beschouwingen aan over de toepassing van algemene Europese leerstukken van rechtsbescherming op het fiscale gebied,¹ doch de aandacht voor de inbreng van het gemeenschapsrecht is nogal matig. Ook in de meest gezaghebbende standaardwerken² over *fiscale rechtsbescherming* in België is de aandacht voor dit domein vrij beperkt.

De rechtsbescherming in het *Europese gemeenschapsrecht* is het voorwerp van o.m. een recent en zeer waardevol overzicht van L. Van den Hende,³ het toonaangevend standaardwerk van H. Schermers en D. Waelbroeck⁴ en een grondige analyse van K. Lenaerts en D. Arts⁵ en de gezaghebbende R.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat.⁶ Verder kan nog nuttig verwezen worden naar Farmer en Lyal⁷ en Terra en Wattel⁸ voor de specifiek Europese fiscaalrechtelijke dimensie, en naar C. Fijnhout, L. Huybrechts en C. van den

Wijngaert⁹ voor de bestraffing in België van de EG-fraude, die een belangrijke fiscaalrechtelijke dimensie heeft.

I. REIKWIJDTE VAN HET GEMEENSCHAPSRECHT IN FISCALIBUS

2. De gemeenschapsrechtelijke bescherming tegenover de staten geldt voor elk optreden van de lidstaten in het kader van het gemeenschapsrecht. De doctrine is het oneens over de vraag hoe breed de reikwijdte van de EG-rechtsorde precies is.¹⁰ Het belang hiervan is er o.m. in gelegen dat het handelen van nationale overheden, wetgever, administraties én rechter, getoetst kunnen worden niet alleen aan de verdragsartikelen en het afgeleide recht, maar evenzeer aan de communautaire algemene rechtsbeginselen, waarbij de rechtsbescherming een voorname plaats inneemt. Het is echter niet altijd eenvoudig vast te stellen wanneer een handeling zich binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht bevindt. Dit is het geval in *twee situaties*, namelijk waar de lidstaat gemeenschapsregels uitvoert, of wanneer nationale maatregelen binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht vallen.

3. *Voorbeelden van de eerste situatie* op fiscaal gebied zijn zowel de douaneverordeningen, de BTW-richtlijnen, de fiscale Moeder-Dochter- en Fusierichtlijnen, en de richtlijnen op het inbrengen van kapitaal. Dit houdt bv. in dat de rulingcommissie, de belastingcontroleur, de gewestelijke directeur bij bezwaar, of het hof van beroep die zich over het stelsel van DBI uitsprekt (bv. inzake de Ierse route) of een grensoverschrijdende fusiereorganisatie (bv. inbreng van een bedrijfstak of een stroomopwaartse fusie) materies van gemeenschapsrecht behandelt (i.c. de Moeder-Dochter richtlijn of de Fusierichtlijn) en de voor dit domein vereiste Europese rechtsbescherming moet honoreren. Hetzelfde kan worden gezegd voor een aandelenfusie die getoetst wordt aan het «fraus legis»-artikel 344 WIB in het kader van een grensoverschrijdende aandelenherstructurering, of wanneer de rulingcommissie c.q. ontvanger van de registratie, c.q. de bevoegde rechter zich een oordeel moet vormen over de vrijstelling van registratierechten bij de immigratie van een vennootschap, of wanneer de BTW-ambtenaar die, gewapend met de BTW-listings uit het Europese BTW-computernetwerk, naar aanleiding van een controle ter plaatse, overgaat tot verificaties (BTW-Bijstandsverordening). Trouwens, het overgrote deel van de BTW- en douanewetgeving is binnen het kader van het gemeenschapsrecht te situeren.

¹ Zie bv. B. COOPMAN, «EVRM en BUPO-Verdrag: charter van de belastingplichtige?», *TFR*, 1995, 272 e.v.; J. MALHERBE, «L'égalité en matière fiscale dans la jurisprudence de la Cour de la justice des Communautés européennes», en E. KRINGS, «L'égalité en matière fiscale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», beide in *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, Bruylant, Brussel, 1993.

² P. VAN ORSHOVEN, *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe rijksbelastingen*, Kluwer, Antwerpen, 1987; Ch. CARDYN, *procédure fiscale contentieuse. Tome I: aspects internationaux* (1987), *Tome II: impôts directs sur les revenus et taxes assimilées*, (1992), Bruylant, Brussel.

³ L. VAN DEN HENDE, «Overzicht van rechtspraak Europees Gemeenschapsrecht: Rechtsbescherming 1979-1994», *T.P.R.*, 1995, 151-347.

⁴ H.G. SCHERMERS en D. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Communities*, fifth edition, Kluwer, Deventer, 1992.

⁵ K. LENAERTS en D. ARTS, *Europees procesrecht*, Maklu Uitgevers, Antwerpen, 1995; zie ook K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Maklu Uitgevers, Antwerpen, 1995.

⁶ KAPTEYN P.J.G. en VERLOREN VAN THEMAAT P., *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer, Deventer, 1995.

⁷ P. FARMER en R. LYAL, *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford 1994.

⁸ B. TERRA en P. WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer, Deventer, 1993.

⁹ C. FIJNHOUT, L. HUYBRECHTS, en C. VAN DEN WIJNGAERT, *EG-fraudebestrijding in de praktijk*, Maklu Uitgevers, 1994.

¹⁰ L. VAN DEN HENDE, o.c., nr. 75, en aldaar geciteerde rechtsleer.

4. *Voorbeelden van de tweede situatie* zijn nationale fiscale regelingen die de fundamentele verdragsvrijheden raken, zoals het EG-non-discriminatiebeginsel (o.m. neergelegd in art. 6, en op fiscaal gebied bv. in art. 95) of die het vrije EU-verkeer belemmeren.¹¹ Interessant is bv. in de optiek van de rechtsbescherming, de Europese rechtspraak die oordeelt dat iedere administratieve of strafrechtelijke maatregel die verder gaat dan voor de lidstaat strikt noodzakelijk om redelijk volledige en juiste gegevens te verkrijgen betreffende goederenbeweging waarvoor bijzondere handelsmaatregelen gelden, beschouwd moet worden als een bij het verdrag verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking van het vrije goederenverkeer.¹²

Zo oordeelde het Hof dat het heffen van een hogere BTW-boete bij invoer indruist tegen het non-discriminatieverbod van artikel 95 (zaak 299/86).

5. Wanneer de Belgische fiscale wetgever, en, over diens schouders meekijkend, het Arbitragehof, zich in de lijn van de Biehle I en II, Schumacker, Wielockx e.a. jurisprudentie opstellen om een adequaat fiscaal statuut voor de niet-rijksinwoner te vinden, dan zal het Europese recht inzake vrij personenverkeer zijn volle werking moeten krijgen, en dan zal de belastingadministratie en de belastingrechter met de aanbevelingen¹³ van de Europese Commissie rekening moeten houden, gezien het voorschrift om een interpretatie te hanteren conform het gemeenschapsrecht (cf. infra).

6. Volgens J. Wouters¹⁴ vereisen de verdragsbepalingen inzake vrij personenverkeer volgens het Hof een gelijke behandeling op het procedurele vlak. Het voorbehouden aan eigen onderdanen van nationale procedures, zoals een jaarlijkse correctie van ingehouden loonbelasting en van de mogelijkheid om in de inkomstenbelasting te worden aangeslagen, vormt een met het EG-verdrag strijdige discriminatie. Op dit tweede punt, de procedurele discriminaties, bevestigt Schumacker de teneur van de vroegere arresten Biehl (zaak C175/88) en Commerzbank (zaak C330/91).

7. Advocaat-generaal Jacobs¹⁵ gaat zelfs zo ver dat, zodra een rechtzoekende gebruik maakt van een mogelijkheid geboden door het EG-Verdrag, bv. het vrije personenverkeer, hij elk overheidsoptreden van het gastland zou kunnen toetsen aan bv. de communautaire algemene rechtsbeginselen.

II. PRIMAAT VAN HET GEMEENSCHAPSRECHT, GEMEENSCHAPSTROUW EN RECHTSBESCHERMING

8. Op grond van het *primaat van het gemeenschapsrecht* kan volgens het H.v.J. geen afbreuk gedaan worden door «enig voorschrift van nationaal recht». Dit primaat verplicht niet alleen de grondwetgever of de rechterlijke instanties, maar ook de uitvoerende overheden en lagere overheidsinstanties.¹⁶ Het primaat van het gemeenschapsrecht is gegrond o.m. op de *plicht tot gemeenschapstrouw* (van art. 5) en geldt volgens het H.v.J. inderdaad «voor alle met overheidsgezag beklede instanties».

Lenaerts en Van Nuffel (o.c., nr. 596) wijzen erop dat de Belgische rechtspraak minder duidelijk geworden is inzake de voorrang van het gemeenschapsrecht t.a.v. grondwettelijke bepalingen sinds het Arbitragehof zich als grondwettelijk hof heeft ontpopt, en zich bevoegd heeft verklaard om wetten tot goedkeuring van een verdrag, evenals de verdragen zelf, op hun onverenigbaarheid met de grondwet te toetsen. Het is trouwens treffend dat het primaat van het gemeenschapsrecht in België in de zaak Franco-Suisse/Le Ski van 27 mei 1971 door het Hof van Cassatie werd bepaald in een fiscale aangelegenheid, en dat het eerste arrest van het Arbitragehof waar de toetsing van de verdragen aan de grondwet aan de orde kwam eveneens een fiscale aangelegenheid was (de zaak 26/91 van 16 oktober 1991 in zake Lanaken).

9. *De verplichting tot adequate rechtsbescherming* is eveneens gegrond op de plicht tot gemeenschapstrouw en houdt in dat de nationale organen de rechtstreekse werking van gemeenschapsbepalingen, met inbegrip van de niet omgezette richtlijnen met directe werking, moeten erkennen en de niet rechtstreeks werkende gemeenschapsbepalingen hun bedoelde volle of nuttige uitwerking geven (effet utile). In de jurisprudentie van het H.v.J. wordt als onverenigbaar met de volle werking van het gemeenschapsrecht beschouwd elke bepaling van een nationale rechtsorde of elke wetgevende, administratieve of gerechtelijke praktijk die als gevolg zou hebben de effectiviteit van het Europese recht te verminderen. Een Belgische belastingambtenaar of belastingrechter kan bij een gebrekkige nationale implementatie van het Europees recht niet weigeren de Europese norm toe te passen.

III. RECHTSBESCHERMING OP EUROPEES NIVEAU

10. *De rol van de Europese Commissie* – De Europese Commissie heeft de opdracht toe te zien op de toepassing van het gemeenschapsrecht. Belanghebbenden kunnen klachten indienen bij de Europese Commissie.¹⁷ Deze bepaalt zelf welk gevolg ze daaraan verbindt. Dit kan variëren van correspondentie met lidstaten, het behandelen van BTW-kwesties in het Comité Consultatif (Zesde Richtlijn, art. 29), waardoor de lidstaat sneller geneigd kan zijn, mede onder de eventuele druk van andere lidstaten, de heersende interpretaties te volgen, tot het inleiden van inbreukprocedures voor het H.v.J. (artt. 169-170 EG-verdrag), hetgeen een snellere

¹¹ Bv. het vrije goederenverkeer (zaak 18/84 fiscale incentives voor de pers), het vrije personenverkeer (zaken 175/88 C151/94 Biehle; 204/90 Bachmann; C279/93 Schumacker, Archer), het vrije vestigingsrecht (zaken 112/91 Werner; C80/94 Wielockx; 81/87 Daily Mail; C330/91 Commerzbank; 270/83 Avoir Fiscal; C1/93 Halliburton, Hoechst en Pirelli), het vrije verkeer van diensten (zaken 204/90 Bachmann en C484/93 Svenson), het vrije kapitaal- en betalingsverkeer (zaken 267/87 en C484/93 Svenson).

¹² C. AMAND, in *Handboek voor Fiscaal Recht A. Tiberghien*, 1995, 896, en aldaar geciteerde jurisprudentie.

¹³ Aanbeveling niet-ingezetenen van 21 december 1993 (Pb., 10 februari 1994, L 39/22).

¹⁴ Noot onder H.v.J. 12 april 1994, zaak C1/39, Halliburton Services, TRV, 1995, 402 e.v.

¹⁵ Geciteerd door L. VAN DEN HENDE, o.c., nr. 75.

¹⁶ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., nrs. 587-589.

¹⁷ L. VAN DEN HENDE, o.c., nr. 7, die verwijst naar het Modelformulier, gepubliceerd in Pb., 1989, C26/6.

rechtsgang kan betekenen dan via de prejudiciële procedures.

11. *Samenwerking tussen het H.v.J. en nationale fiscale rechters* – De rechtsbescherming voor het H.v.J. is georganiseerd in vijf proceduregangen. De prejudiciële procedure (art. 177 EG), waarin het Hof op verzoek van de nationale rechter het Europese recht interpreteert of op geldigheid controleert, is verreweg de belangrijkste procedure gebleken in fiscale materies, naast de inbreukprocedures op initiatief van de Europese Commissie. Bij deze prejudiciële procedure is er een uitgebreide jurisprudentie ontstaan over de vraag welke instanties als *rechterlijke instanties* gekwalificeerd worden.¹⁸ Aldus is de toepassing van de prejudiciële procedure mogelijk in het kader van willige rechtspraak of in niet-contradictoire procedures (bijvoorbeeld dwangbevelprocedures, gecombineerde functie onderzoeksrechter en openbaar ministerie, etc.). Lenaerts onderscheidt zeven criteria: het moet gaan om (1) een orgaan (2) dat door de overheid is opgericht (3) om als een permanente instantie (4) door de wet in het algemeen omschreven geschillen te beslechten, (5) met inachtneming van overeenkomstige regels als die geldende voor de gebruikelijke rechtspleging in een procesvoering op tegenspraak (6) voor zover dit orgaan fungeert als voor deze geschillen bevoegde rechter en (7) verplicht is naar recht te oordelen.¹⁹

12. Bestuursorganen die in administratief beroep oordelen over beslissingen die door aan hen ondergeschikte instanties zijn genomen, komen dus niet in aanmerking om als een rechterlijke instantie gekwalificeerd te worden, ook al worden zij geacht volgens nationaal recht een rechtsprekende functie uit te oefenen. Essentieel is immers dat deze als «derde» optreedt. De directeur van de directe belastingen van het Groothertogdom Luxemburg²⁰ en de gewestelijke directeur inzake inkomstenbelastingen in België²¹ worden niet als een rechtsinstantie aangemerkt. De belangrijkste overweging is dat de directeur niet de hoedanigheid van een derde heeft ten opzichte van de overheid die haar beslissing aangevochten ziet. Door het feit dat hij als verweerder optreedt in de verdere beroepsprocedure wordt hij als partij bij het geding gezien, en niet als een neutrale buitenstaander die de gedingvoerende partijen scheidt. Lenaerts vergelijkt de directeur met een Chief Social Security Commissioner, die wel als rechterlijke instantie prejudiciële vragen aan het Hof kan voorleggen,²² en waaraan het statuut van de nieuwe fiscale rechters in de voorgenomen hervorming van de belastingprocedures getoetst kan worden. Ook had het Hof geen voorbehoud ten aanzien van een Spaanse instantie belast met het beslechten van geschillen inzake mededinging, die vanuit administratief oogpunt deel uitmaakt van het Ministerie van Handel, maar overigens voldoet aan de hierboven geciteerde criteria.²³

13. De vraag of de ruingcommissie zich tot het H.v.J. kan wenden met een prejudicieel verzoek, kan ook negatief be-

antwoord worden: de Commissie zal geen jurisdictioneel orgaan zijn zoals het Hof dit begrip hanteert, hetgeen betreurd kan worden in de optiek van de rechtszekerheid.

14. Arbiters zijn geen rechterlijke instantie in de zin van art. 177 EG wanneer de arbitrage een onvoldoende nauwe band heeft met het algemeen stelsel van de rechtsbescherming van de lidstaten. Een prejudiciële procedure is dan slechts mogelijk wanneer de gewone rechter assistentie verleent aan de arbiter (bv. ter ondersteuning van proceshandelingen of uitlegging van het recht), of nog, wanneer hij geroepen is tot toetsing van het arbitrale vonnis.²⁴

Door de verplichting om geschillen aan de Europese Arbitragecommissie in het kader van het Europees Transfer Pricing Arbitrageverdrag toe te vertrouwen, en doordat de geschillenbeslechting door de staat is toevertrouwd aan deze instantie, kan verdedigd worden dat aan de eisen is voldaan. Overigens wordt wel geleerd dat internationale rechtscollages niet het recht hebben prejudiciële vragen aan het Hof te stellen.²⁵

15. *De interpretatiemethoden* hebben een onmiskenbare invloed op de rechtsbescherming. Deze bijdrage leent zich niet voor een analyse, maar een wezenlijk verschil tussen gemeenschapsrecht en nationaal recht kan hier niet onbesproken blijven. In België staat de strikte interpretatiemethode op grond van het legaliteitsbeginsel in het fiscaal recht hoog aangeschreven, met als bijzonder leerstuk de zogenaamde Brepols-doctrine, die tevens een afwijzing van de wetsontwijkingsleer inhoudt. De «fraus legis»-doctrine, die in 1993 en 1994 een bescheiden entree gemaakt heeft in het WIB, het Wetboek Successierechten en het Wetboek Registratierechten, laat toe dat de belastingwet geïnterpreteerd wordt volgens doel en strekking van de wetgever.²⁶ Het H.v.J., dat een exclusieve bindende bevoegdheid heeft om het Europese recht te interpreteren, en wiens interpretatie aldus doorwerkt in de interne rechtsorde, hanteert zeer nadrukkelijk de teleologische interpretaties, ook in het belastingrecht.²⁷ Volgens de traditionele rechtsleer is de teleologische interpretatie in het Belgisch belastingrecht echter «verboden».²⁸ In geval van conflict tussen de twee primeert de methode van het communautaire recht.²⁹

IV. NATIONALE RECHTSBESCHERMING

16. *Fiscaal recht onverenigbaar met gemeenschapsrecht* – De verenigbaarheidstoetsing van het nationaal recht betreft

²⁴ K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 40.

²⁵ K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 42.

²⁶ S. VAN CROMBRUGGE, «De invoering van het leerstuk *fraus legis* of wetsontduiking in het Belgische fiscale recht», *T.R.V.*, 1993, 271-286; P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken*, Mys & Breesch, Gent; E. SPRUYT, «Anti-rechtsmisbruikbepaling in het wetboek der registratie- en successierechten», in *Fiscaal Praktijkboek '94-'95. Indirecte Belasting*, Kluwer, 3.

²⁷ H.G. SCHERMERS, o.c., nrs. 29 e.v.

²⁸ A. TIBERGHIE, *Inleiding tot het fiscaal recht*, nrs. 79 e.v., 82, die echter wel de teleologische methode op EG-niveau onderkent (nr. 90).

²⁹ A. TIBERGHIE, *Handboek voor Fiscaal recht*, 1995, nr. 9494; impliciet Cass., 19 september 1977, *Pas.*, 1978, 1, 70 en 73. Zie ook hierna bij de behandeling van EG-rechtsconforme interpretatie.

¹⁸ L. VAN DEN HENDE, o.c., nrs. 195 e.v., KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMAAT, o.c. 311, en aldaar geciteerde rechtspraak.

¹⁹ K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 36.

²⁰ Zaak C-24/92, Corbiau, H.v.J., 30 maart 1993, *Jur.*, 1993, 1277.

²¹ Zaak C-312/93, Peterbroeck, 14 december 1995 (n.n.g.).

²² K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 37.

²³ K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 39.

niet alleen de omzettingsmaatregelen, waarbij de rechter moet nagaan of de bevoegde nationale autoriteiten bij de uitoefening van de hun gelaten vrijheid ten aanzien van de vorm en middelen binnen de door de richtlijnen aangegeven beoordelingsgrenzen zijn gebleven,³⁰ maar tevens alle regels die de toepassing van de richtlijn in de interne rechtsorde bepalen, m.i.v. regels die reeds golden vóór de richtlijn werd aangenomen. Zo heeft het Hof bepaald dat de nationale uitvoeringsvoorschriften inzake BTW rekening moeten houden met de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het vrije verkeer van personen.³¹ Het gemeenschapsrecht hoeft daartoe geen directe werking te hebben; voldoende is dat de bepalingen voldoende duidelijk zijn. Ook andere overheidsinstanties dan de nationale rechter moeten trouwens de met de richtlijn strijdige nationale regels buiten toepassing laten.³²

17. De nationale overheden moeten ook nagaan of het gemeenschapsrecht strijdig is met hoger gemeenschapsrecht. Een belanghebbende zal overeenkomstig een door het H.v.J. erkend algemeen rechtsbeginsel voor de nationale rechter de onwettigheid kunnen opwerpen van een gemeenschaps-handeling die als grondslag geldt voor een nationaal besluit.³³ Alsdan kan de nationale rechter zich in een prejudiciële procedure tot het Hof richten ter beoordeling van de geldigheid van de gemeenschapsnorm.

18. Een sprekend fiscaal voorbeeld is wel de Gaston Schul-jurisprudentie,³⁴ waarin de zesde BTW-richtlijn werd getoetst aan art. 95 EG-Verdrag. Het Hof ging niet in op de vraag naar de geldigheid, door art. 2 van de zesde Richtlijn zodanig te interpreteren dat er geen schending hoefde te worden vastgesteld.

19. In een situatie waarin de onwettigheid van de Europese norm wordt opgeworpen, is een prejudicieel renvoi verplicht. Op deze principiële onbevoegdheid bestaat de uitzondering van urgentie: de nationale rechter in kort geding is bevoegd opschorting te verlenen van een nationale bestuurs-handeling (i.c. een compensatieheffing) op grond van een communautaire verordening waarvan de ongeldigheid wordt opgeworpen.³⁵ In dergelijke gevallen schrijft het H.v.J. wel gemeenschapsrechtelijke kortgedingvoorwaarden voor, waarmee het verder gaat dan in de Rewe-Comet-jurisprudentie (cf. hierna), die de proceduremodaliteiten aan het nationaal recht overlaat.³⁶

20. *Directe werking gemeenschapsrecht* – Een fiscaal toepassingsvoorbeeld van directe werking van richtlijnen is zeker het mijlpaalarrest Ursula Becker. In deze case³⁷ beriep Duitsland zich op de relatief discretionaire bevoegdheid die in de zesde richtlijn is gelaten aan de lidstaten om vorm en middelen te kiezen, alsmede om zelf al dan niet een vrijstelling voor de belastingplicht te organiseren. Niettemin oor-

deelt het Hof dat deze bevoegdheden niet de directe werking van de richtlijn in de weg staan.

Het lijdt geen twijfel dat de fiscale administraties overheden zijn in de zin van de jurisprudentie die de overheden gebonden acht door de directe werking ten aanzien van particulieren, maar zonder dat deze overheden er zich op kunnen beroepen tegen particulieren.³⁸ Dit laatste kan wel eens relevant zijn voor de toepassing van de fiscale bijstandsrichtlijnen, waarvan de omzetting niet vrij is van kritiek (cf. hierna nr. 33).

21. *EU-conforme interpretatie* – Ook inzake de richtlijn- of gemeenschapsrechtsconforme interpretatie van nationaal recht geldt krachtens art. 5 EG dat alle met overheidsgezag beklede instanties hiertoe verplicht zijn, ongeacht of de nationale bepalingen dateren van eerdere of latere datum. Voorts geldt de verplichting slechts voor zover de algemene rechtsbeginselen van het gemeenschapsrecht (o.m. het rechtszekerheidsbeginsel en het non-retroactiviteitsbeginsel) zich hiertegen niet verzetten, doch ongeacht de rechtstreekse werking. De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie geldt echter slechts als de nationale regels voor een dergelijke uitleg vatbaar zijn, en dus slechts wanneer een nationaal voorschrift vatbaar is voor meerdere interpretaties: alsdan moet die interpretatie gekozen worden die overeenstemt met het gemeenschapsrecht.³⁹ Bij de (richtlijn) conforme interpretatie zou volgens sommigen de rechter de in zijn rechtssysteem gangbare interpretatiemethoden moeten hanteren, en zeker niet contra legem.⁴⁰ Gebondenheid aan de nationale interpretatiemethoden lijkt echter sinds het Marlease-arrest opgeheven.⁴¹ In die zin lijkt het niet zeer waarschijnlijk dat de strikte legaliteitsdoctrine (en Brepolis-doctrine) opgewassen is tegen de teleologische interpretatieleer (cf. supra).

22. Een interessante toepassing van dergelijke interpretaties, zij het niet uit het nationale fiscale recht, doch binnen het Europese normensysteem, vindt men in de zaak 15/81 Gaston Schul,⁴² alsmede in de drugzaken 102/86 en 289/86.⁴³ Deze voorbeelden illustreren treffende de verdragsconforme interpretatie (die enigszins vergelijkbaar is met de grondwetsconforme interpretatie in het Belgisch recht).⁴⁴

23. Ook aanbevelingen komen in aanmerking om tot interpretaties conform het Europese recht te komen.⁴⁵ Op fiscaal gebied zijn er twee recente aanbevelingen.⁴⁶

24. De vraag is nog niet afdoend beantwoord of een richtlijnconforme interpretatie door de overheid tegen de belastingplichtige kan worden aangevoerd. Naar analogie met de Kolpinghuis-jurisprudentie – een strafzaak – concluderen

³⁰ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., nr. 688.

³¹ Zaak 127/86, Ledoux, H.v.J., 6 juli 1988, AFT, 1988, 321.

³² K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., nr. 688.

³³ K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 384, en aldaar geciteerde jurisprudentie.

³⁴ H.v.J., 5 mei 1982, zaak 15/81, R.W., 1982-83, 867.

³⁵ Zaak C-92 en 143/89 Zuckerfabrik Sudithmarschen, H.v.J., 21 februari 1991, Jur. I-415; vgl. ook de Factortame-jurisprudentie, infra voetnoot bij randnummer 54.

³⁶ L. VAN DEN HENDE, o.c., nrs. 189-184.

³⁷ H.v.J., 19 januari 1998, zaak 8/81, Jur., 1982, 53.

³⁸ L. VAN DEN HENDE, o.c., nrs. 33 e.v.

³⁹ L. VAN DEN HENDE, o.c., nrs. 38 e.v.

⁴⁰ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., nr. 689, en aldaar opgenomen voetnoot 360.

⁴¹ L. VAN DEN HENDE, o.c., nr. 41, met uitgebreide literatuurverwijzingen.

⁴² H.v.J., 5 mei 1982, R.W., 1982-83, 367.

⁴³ H.v.J., 5 juli 1988, Jur., 3655.

⁴⁴ L. VAN DEN HENDE, o.c., nr. 15.

⁴⁵ L. VAN DEN HENDE, o.c., nr. 44; H.v.J., 13 december 1989, Grimaldi, C-322/88, Jur., 4407.

⁴⁶ Cf. supra, voetnoot 13 bij randnummer 5, alsmede Aanbeveling inzake KMO van 25 mei 1994, Pb., 9 juli 1994, L177/1.

Préchal, en, in navolging, Van den Hende, ⁴⁷ dat dit op fiscaal gebied niet zou kunnen, eveneens op grond van het communautair rechtszekerheidsbeginsel en beginsel van de niet-retroactiviteit. Deze kwestie zou wel eens van bijzonder belang kunnen zijn in verband met de volgens sommige auteurs onvolkomen omzetting van de richtlijnen tot grensoverschrijdende uitwisseling van inlichtingen op fiscaal gebied.

25. Ten aanzien van de zogenaamde horizontale directe werking van richtlijnen is de rechtspraak van het H.v.J. aldus, dat particulieren zich tegenover andere particulieren niet zouden kunnen beroepen op een niet omgezette richtlijn (bv. een BTW-vrijstelling), hetgeen van belang kan zijn bij de zogenaamde afwentelingsproblematiek, ⁴⁸ maar wel op een richtlijn conforme interpretatie (bv. een BTW-begrip van een belastbare levering, zoals de economische niet-juridische eigendomsoverdracht). Overigens hebben particulieren bij gebrek aan horizontale directe werking verhaal tegen de overheid op grond van de Frankovitch-jurisprudentie (hierna).

26. *Overheidsaansprakelijkheid* – De gemeenschapsrechtelijke overheidsaansprakelijkheidsstelling als bijzondere weg voor de rechtsbescherming geldt wanneer de directe werking wegens de inhoudelijke voorwaarden niet aangevoerd kan worden c.q. wanneer de voorwaarden voor directe werking vervuld zijn, doch tegenover particulieren niet opgeworpen kunnen worden, of nog, wanneer geen EU-rechtsconforme interpretatie kon plaatsvinden. ⁴⁹

De terugvordering van belastingen, eventueel op basis van de leer van de onverschuldigde betaling, is in het Belgische interne recht uitgebreid bestudeerd, ⁵⁰ en valt dan ook buiten het bestek van deze bijdrage. De Europese ontwikkeling is van recente datum, en zal naar alle verwachtingen op korte termijn nog niet geheel uitgekristalliseerd zijn (zie ook hierna randnummer 46).

V. HET UITDIJENDE GEMEENSCHAPSRECHTELIJKE DOMEIN VAN FISCALE PROCEDUREREGELS

In verschillende Europese fiscale instrumenten komen geëigende gemeenschapsrechtelijke procedurevoorschriften voor.

27. *Procedures in BTW-richtlijnen* – Het Europese BTW-recht, dat voornamelijk een richtlijnenrecht is, laat het aan de lidstaten over om de nodige procedureregels in te voeren. Niettemin bepaalt de richtlijn zelf een groot aantal administratieve verplichtingen. Heel deze vrij technisch geregelde materie brengt mee dat een zeer belangrijk gedeelte van de BTW uit procedureregels van gemeenschapsrechtelijke aard bestaat. Dit wordt nog versterkt door de vereenvoudigingsrichtlijnen.

28. Toch laat ook de Zesde Richtlijn een grote ruimte voor de lidstaten om vorm en middelen ter implementatie te be-

palen. Enkele voorbeelden ⁵¹ illustreren hoe het Hof toch de procedurele autonomie in het Europese gareel houdt.

In de zaak *Catalogusprijs* ⁵² was een belangwekkende procedureregeling aan de orde. In artikel 27 van de Zesde Richtlijn wordt bepaald dat de lidstaten, na aanmelding bij de Europese Commissie vóór 1 januari 1978, bijzondere maatregelen in stand kunnen houden ter vereenvoudiging of om sommige fiscale fraudes of ontwijken te voorkomen. België had dit tijdig gedaan, en het Hof was van oordeel dat België terecht kon menen dat er een reële belastingontwijking in de automobielsector aan de orde was. Niettemin oordeelt het Hof dat de Belgische regeling dermate ingrijpend was op de fundamentele beginselen van de BTW, dat ze als disproportioneel moest worden gekwalificeerd.

Ook de zinsnede in art. 13 van de Zesde Richtlijn «onverminderd andere communautaire bepalingen verlenen de lidstaten vrijstelling voor de onderstaande handelingen onder de voorwaarden die zij vaststellen om een juiste en eenvoudige toepassing van de betreffende vrijstellingen te verzekeren en alle fraude, ontwijking en misbruik te voorkomen» suggereert grote autonomie. In de zaak *5/84 Direct Cosmetics* ⁵³ herhaalt het Hof dat de maatregelen ter voorkoming van belastingfraude of -ontwijking slechts mogen afwijken van de fundamentele BTW-regels voor zover zulks strikt noodzakelijk is ter bereiking van het doel, verwijzend naar het arrest inzake de autocatalogusprijs.

In de zaak *127/86 Ledoux* oordeelt het H.v.J. dat de nationale BTW-uitvoeringsmaatregelen in de eerste plaats rekening moeten houden met de doelstellingen van de richtlijn, en in de tweede plaats met het doel fraude, ontwijking en misbruik te voorkomen.

In de zaak *Ursula Becker* (8/81 cf. supra) had het Hof ook reeds duidelijk gemaakt dat noch de voorwaarden die door de lidstaat kunnen worden bepaald, noch de optiemogelijkheden die in de richtlijn besloten liggen, afbreuk doen aan de directe werking van de richtlijnbevestigingen.

In het kader van het neutraliteitsbeginsel van de BTW moet de uitvoeringswetgeving correcties regelen ten voordele van belastingplichtigen die te goeder trouw zijn. ⁵⁴

29. De *richtlijnen* betreffende het inbrengrecht op kapitaalstortingen bevatten geen bepalingen met betrekking tot de procedure. In de *verordening* betreffende de Economische Groepering voor Samenwerking wordt in de consideransen vermeld dat het nationale belastingrecht van toepassing is voor de fiscale procedures.

30. *Anti-misbruikexcepties in Moeder-Dochter- en Fusie-richtlijnen* – In de Moeder-Dochterrichtlijn wordt een exceptie (art. 1,2) geregeld voor nationale of conventionele anti-misbruikbepalingen die verder mogen worden toegepast

⁵¹ Zie ook de zaak *10/92, Balocchi*, 20 oktober 1993, waarin Italië wordt veroordeeld wegens de 65 %-voorschotregeling in december. Zie ook bv. L. VANDENBERGHE, «De inhouding van de BTW-tegoeden, non-conformiteit met het nationaal en communautair recht», *AFT*, 1994, 171.

⁵² Zaak 324/82, *Catalogusarrest*, H.v.J., 10 april 1984, *R. W.*, 1984-85, 697.

⁵³ H.v.J., 13 februari 1985, *Jur.*, 617.

⁵⁴ H.v.J., 342/87, *Genius Holding*, 13 december 1989, *FJF*, 1990/98; Rb. Brussel, 4 april 1986, *FJF*, 87/131 en aldaar geciteerde rechtspraak van de Franse Conseil d'Etat; Antwerpen, 29 november 1988, *FKF*, 1989, 362, en Rb. Mechelen, 2 maart 1989, *FJF*, 1990, 229).

⁴⁷ L. VAN DEN HENDE, o.c., nr. 45, met verwijzingen.

⁴⁸ Zie hierna randnummer 46.

⁴⁹ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., nr. 691.

⁵⁰ L. VAN DEN HENDE, o.c., nrs. 158-172; P. VAN ORSHOVEN, o.c., 490-513; Ch. CARDYN, o.c., Tome II, nrs. 127-156, en C. AMAND (cf. randnummer 55).

om de voordelen van de richtlijn te ontzeggen. Ook de Fiscale-fusierichtlijn bevat een algemene anti-misbruikbepaling (art. 11). Het is echter de richtlijn zelf die bepaalt dat de voordelen van de richtlijn mogen worden ontzegd als de organisaties zijn doorgevoerd met het oog op belastingontwijking of -ontduiking. Deze richtlijn bevat dus een autonoom gemeenschapsrechtelijk concept van misbruik.

31. Het belang van het begrip *belastingontwijking* in het gemeenschapsrecht kan als volgt geïllustreerd worden:⁵⁵ het Europese recht kan niet worden aangevoerd uitsluitend om een nationale wetgeving te ontgaan. Maar art. 52 EEG-Verdrag staat geen afwijking van het fundamenteel beginsel van de vrijheid van vestiging toe, om redenen dat dit noodzakelijk zou zijn om het ontgaan van belasting te voorkomen (H.v.J., 270/83, Avoir Fiscal). Overigens belet niets een lidstaat om, zolang specifieke bepalingen ontbreken, gebruik te maken van voorschriften van zijn algemene wetten tegen belastingfraude (H.v.J., 8/81). Inzake BTW moet daarbij de specifieke regeling van de zesde Richtlijn, art. 27 (toezichtsprocedure) nageleefd worden (H.v.J., 50/87), doch zelfs een verkregen toelating sluit de rechterlijke toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel niet uit (H.v.J., 138/68). De nationale uitvoeringsmaatregelen voor richtlijnen in dezen moeten echter in de eerste plaats rekening houden met de doelstellingen van de richtlijnen, en in de tweede plaats met het doel fraude, ontwijking en misbruik te voorkomen (H.v.J., 127/86). Overeenkomstig art. 27 van de BTW-Richtlijn kan een afwijking worden toegestaan om belastingontwijking te bestrijden die intreedt zelfs bij handelingen die louter om commerciële en niet om fiscale redenen aldus zijn georganiseerd. Belastingontwijking is geen subjectief begrip (H.v.J., 138/86). Het voorkomen van belastingontwijking kan als interpretatieargument gelden (H.v.J., 342/87).

32. *Fiscale bijstandsrichtlijnen* – Met het oog op het tegengaan van grensoverschrijdende belastingvermijding en -fraude zijn in 1977 en 1979 belangwekkende procedure-richtlijnen aangenomen, die zowel directe als indirecte belastingen bestrijken.⁵⁶

33. *Omzetting en directe werking* – België meent de richtlijnen in zijn nationaal recht genoegzaam geïmplementeerd te hebben, maar in de rechtsleer worden hierbij veel vraagtekens geplaatst. De administratie stelt dat België aan de richtlijn voldoet door inlichtingen uit te wisselen in het kader van bilaterale belastingovereenkomsten, en dat haar instructies onverkort gehandhaafd blijven (met alle beperkingen van dien).⁵⁷ De Europese bijstandsrichtlijnen zijn er echter op gericht ontoereikendheid van bilaterale overeenkomsten te overstijgen (preambule Europese Richtlijn van 17 december 1977). Aangezien de vorm en de middelen voor implementatie van een richtlijn overgelaten worden aan de lidstaten, is er wel wat te zeggen voor het standpunt van België, gegeven een verdragennet dat de volledige Europese Unie overspant. Ter zake van de BTW-implementatie is inmiddels art.

93terdecies aangevuld met de bepaling dat het gebruik van de inlichtingen moet gebeuren met inachtneming van de in dezen door de EG uitgevaardigde reglementen. Het is niet uitgesloten dat hiermee de bijstandsverordening van 1992 (cf. hierna) is beoogd. Een dergelijke clausule kan belastingplichtigen m.i. wel het recht geven zich rechtstreeks op de richtlijn te beroepen (bijvoorbeeld op het vlak van de geheimhouding, op het vlak van de aanwending voor strafvervolg, in het kader van de uitwisselingsplicht, etc.), maar zal de Belgische overheid niet het recht geven zich er rechtstreeks op te beroepen tegen belastingplichtigen wanneer dezen zich op fundamentele beginselen van rechtsbescherming beroepen. Onduidelijkheid heerst overigens over de vraag of belastingplichtigen zich erop kunnen beroepen dat de implementatie niet richtlijnconform is om de rechtsgeldigheid van de uitwisseling van informatie te betwisten. Zo kan de vraag rijzen of het eenrichtingverkeer van niet correct geïmplementeerde richtlijnen in dezen inderdaad ingeroepen kan worden (de richtlijnen kunnen belastingplichtigen immers wel «bezwaren»). Kan het voorschrift van de richtlijnconforme interpretatie soelaas bieden, of geldt alsdan het dictum van het Europese Hof dat een niet correct geïmplementeerde richtlijn, gezien het rechtszekerheidsbeginsel, de strafrechtelijke verantwoordelijkheid niet verzwaaart (cf. supra in randnummer 24 gemaakte analogie voor fiscale aansprakelijkheid)? En is voldaan aan de eis van het Europese Hof⁵⁸ dat een richtlijn voldoende precies en duidelijk geïmplementeerd moet worden?

34. Uit de jurisprudentie van het H.v.J. kan afgeleid worden dat de bijstandsrichtlijnen ook ten voordele van de belastingplichtigen toegepast kunnen worden (de zaken Halliburton, Schumacker en Wielockx. cf. voetnoot 11).

35. *Beperkingen van gemeenschapsrechtelijke aard* – J. Wouters⁵⁹ wijst op de grote draagwijdte van de fiscale bijstandsrichtlijn als grondslag voor een communautaire vergelijkingsplicht zoals dit door het Hof in de Halliburton-zaak is geformuleerd. Advocaat-generaal Lenz heeft in zijn conclusie een verband gelegd met de Vlassopoulou-rechtspraak, waardoor procedurele garanties zouden gelden bij de beoordeling van uitgewisselde informatie, en dit op grond van de Europese beginselen van rechtszekerheid en rechtsbescherming. De belanghebbenden horen op duidelijke en nauwkeurige wijze in kennis gesteld te worden van hun rechten en plichten die de nationale rechter hoort te handhaven.

Een typische beperking eigen aan de Bijstandsrichtlijn artikel 2.1 en de Verordening artikel 7.1 houdt in, dat de aanzoekende staat eerst de eigen middelen moet aanwenden alvorens bijstand te vragen. Gezegd wordt dat dit voorschrift rechtstreekse werking heeft. Treffend is dat het beginsel van de meest restrictieve wetgeving of administratieve praktijk vigeert onder de Europese bijstandsrichtlijn. Het beginsel van de meest restrictieve wetgeving inzake de nationale onderzoekbeperkingen is de minimumnorm. Aangezien een discretionaire bevoegdheid wordt gelaten aan het interne recht van de lidstaten om verder te gaan dan het beginsel van de meest restrictieve wetgeving of administratieve praktijk,

⁵⁵ *Handboek voor fiscaal recht A. Tiberghien*, 1995, 1153.

⁵⁶ Zie L. DENYS, «Over grensoverschrijdende informatieuitwisseling tussen belastingadministraties en de aanwending ervan voor strafrechtelijk onderzoek», bijdrage voor de VUB-seminaries inzake Fiscaal Strafrecht (1995, publicatie in voorbereiding), met verdere literatuurverwijzingen.

⁵⁷ Com.Ov. nr. 26/45.

⁵⁸ H.v.J., 14/86, 11 juni 1987, *Jur.*, 2545, en H.v.J., 80/86, 8 oktober 1987, *Jur.*, 3969.

⁵⁹ J. WOUTERS, o.c., 408, en vooral nr. 25.

zal er geen sprake kunnen zijn van een directe werking in de mate van het meerdere.

36. *Beperkingen van nationale procedure aard* – Volgens de belastingadministratie ⁶⁰ geldt onder de Europese richtlijn dat het opsporen van inlichtingen slechts kan plaatsvinden binnen het kader van de nationale bepalingen van onderzoek en controle. De richtlijn zelf bepaalt dat de inlichtingen ingezameld mogen worden op dezelfde wijze als de soortgelijke inlichtingen die de administratie ten eigen behoeve inzamelt. Een verdergaande directe werking van de richtlijn dan wat in het omzettingsartikel 338 WIB of 93*terdecies* BTW is bepaald, kan dan ook niet worden aangevoerd tegen de belastingplichtigen. ⁶¹

37. *BTW-VIES-Bijstandsverordening* – De Bijstandsverordening beoogt de samenwerking van BTW-autoriteiten sinds de opheffing van de fiscale grenzen in 1993 te verzekeren. De verordening introduceerde het VAT Information Exchange System, een elektronische databank die de bevoegde autoriteiten moeten bijhouden met betrekking tot alle gegevens die ze moeten verzamelen overeenkomstig de per 1993 geamendeerde Zesde BTW-Richtlijn.

38. Onder de verordening behoren ook de Europese ambtenaren tot de bevoegde ambtenaren. Uiteraard zijn ook de onderzoeksbeperkingen anders dan onder de richtlijn. De Europese Commissie krijgt zelfs de bevoegdheid om de reikwijdte van de verplichtingen nader te omschrijven. Weigeringen moeten worden gemotiveerd, en bij verschil van mening is er een overlegprocedure met de Europese Commissie. Het beginsel van de meest restrictieve onderzoeksbevoegdheden geldt dus niet onverkort, en het domein van het gemeenschapsrechtelijk fiscaal procesrecht is aanzienlijk uitgebreid.

39. *Transfer Pricing Arbitrageconventie* – Dit buitenbeentje in de Europese rechtsbescherming is een absoluut novum. Gezien het ruimtegebrek kan er hier niet echt op worden ingegaan. ⁶² Het eerbiedigen van het verdrag kan niet worden afgedwongen via een EG-inbreukprocedure. Mede via de aanknopng van art. 220 EG, maar eveneens omdat het om een gezamenlijke handeling van de Lid-Staten gaat, is een toetsing mogelijk aan het gemeenschapsrecht waarmee het in overeenstemming moet zijn, ook al maakt het er geen deel van uit. ⁶³ Denkbaar is dat dit aan de orde komt in een nationale procedure waarin de rechter een prejudiciële procedure kan uitlokken over de interpretatie van ter zake dienend gemeenschapsrecht. Een ander denkspoor is dat de Arbitragecommissie als rechterlijke instantie een prejudiciële

vraag stelt. ⁶⁴ Hinnekens ⁶⁵ wijdt een overigens boeiende bespreking aan de toepassing van het EVRM en de procedure-rechten van de belastingplichtige in het Arbitrageverdrag.

40. *Douaneprocedures* – De gemeenschappelijke *douanecode* wordt als de belangrijkste codificatie van een domein van gemeenschapswetgeving beschouwd. ⁶⁶ Zeer belangwekkend in de optiek van de rechtsbescherming zijn de bijzondere bepalingen waarin rechten van belastingplichtigen worden beschreven, zoals het recht op vertegenwoordiging, het recht op informatie, het gevolg van beslissingen gegeven in verband met de toepassing van de douanewetgeving (rulings, het uitgeven van bindende tariefinformatie, etc. (bv. bindend voor een periode van zes jaar voor alle douaneautoriteiten, ook die van andere lidstaten; zelfs wanneer een arrest van het Europese Hof anders luidt, zal de informatie bindend zijn voor een periode van zes maanden). De Code voorziet in het beroep, in eerste aanleg, bij de douaneautoriteiten en in tweede aanleg voor een onafhankelijke instantie. In België is dit respectievelijk de inspecteur der Douane en Accijnzen, en vervolgens rechtstreeks het hof van beroep. De vorderingen wegens overtredingen, fraudes en misdrijven waarvoor strafbepalingen gelden, worden in eerste aanleg voor de correctionele rechtbank gebracht. De Belgische nationale autoriteiten en rechters die geroepen zijn om deze verordeningen toe te passen, zullen dit uiteraard moeten doen met volledige doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht m.i.v. de gemeenschapsrechtelijke standaards voor rechtsbescherming.

VI. DE TWEDE GENERATIE DOORWERKING VAN HET GEMEENSCHAPSRECHT IN HET NATIONALE FISCALE PROCESRECHT

41. *Nationale procedureautonomie* – Het nationale recht is het voertuig waarop het gemeenschapsrecht moet meerijden, ⁶⁷ omdat het gemeenschapsrecht in beginsel geen eigen proces- of sanctierecht bezit. ⁶⁸ In de zogenaamde *Rewe-Comet-jurisprudentie* ⁶⁹ geeft het Hof de drie elementen die de handhaving van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde beheersen. ⁷⁰

Er is allereerst de *plicht rechtsbescherming* te verlenen, afgeleid uit de samenwerkingsplicht van art. 5 EG, dat de lidstaten en hun organen de plicht oplegt om alle maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van het gemeenschapsrecht te verzekeren.

42. Vervolgens is er de *nationale procedurele autonomie*, waardoor het aan de nationale rechtsorde is om de procesregelen aan te geven voor die rechtsbescherming, d.w.z. alle regels en beginselen van organisatorische of inhoudelijke aard die betrekking hebben op de rechtsacties, voor zover

⁶⁰ Com. Ov. 26/45.

⁶¹ Cf. eenrichtingverkeer-arresten, o.m. H.v.J., 80/86, *Jur.*, 1987, 2545.

⁶² Zie de eerste diepgaande analyses van L. HINNEKENS, «Legal sources and interpretation of European Tax Arbitration Convention and its recognition of the taxpayer», in *Resolution of the tax treaty conflicts by arbitration*, IFA Seminar, Florence, 1993, Kluwer, 1994; L. HINNEKENS, «The Tax Arbitration Convention, its significance for the EC based enterprise, the EC itself, and for Belgian and international tax law», *EC Tax Review*, 1992, 70; «Het EG-verdrag betreffende fiscale arbitrage», *AFT*, 1991, 289; D. SCHELPE, «The Arbitration Convention, its origin, its opportunities and its weaknesses», *EC Tax Review*, 1995, 68.

⁶³ K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 115.

⁶⁴ HINNEKENS, o.c., (1993), nr. 4.

⁶⁵ *Ibidem*, nrs. 6 e.v.

⁶⁶ Vo. 2913/92, *Pb.*, 1992 L302/1, en Vo. 2454/93, *Pb.*, 1993 L 253/1.

⁶⁷ A.D. KEUS, (1993), geciteerd door KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., 337.

⁶⁸ K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 85.

⁶⁹ KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., 338.

⁷⁰ K. LENAERTS en D. ARTS (nr. 88) wijzen erop dat deze omkadering niet als een afgesloten geheel mag worden beschouwd.

het gemeenschapsrecht zelf niet op dit terrein regels stelt of harmoniseert.

43. Het derde element betreft de *twee randvoorwaarden* geformuleerd door de Europese jurisprudentie: ⁷¹ het gelijkheidsvereiste, dat een minstens gelijke handhaving van nationaal en communautair recht voorschrijft; zo moet bijvoorbeeld elk type van nationale rechtsvordering openstaan, ⁷² en het effectiviteitsvereiste, dat voorschrijft dat de uitoefening van communautaire rechten niet illusoir mag zijn, maar doeltreffend moet worden beschermd.

44. Een illustratie van het *gelijkheidsvereiste* vindt men in de zaak 240/87 Deville: het recht op een terugbetaling van belastingen geheven in strijd met het gemeenschapsrecht mag niet aan een kortere termijnbepaling onderworpen worden dan voor gelijksoortige terugbetalingen onder het nationale belastingrecht.

45. Het *effectiviteitsvereiste* vrijwaart de door het gemeenschapsrecht gewaarborgde fundamentele rechten en vrijheden in de nationale rechtsorde, en is in de jurisprudentie van de laatste decennia van het H.v.J. een steeds grotere rol gaan spelen. ⁷³ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming – waartoe de noodzaak van het rechterlijk toezicht ⁷⁴ behoort – is volgens het H.v.J. een algemeen rechtsbeginsel van gemeenschapsrecht dat voortvloeit uit het constitutionele erfgoed van de lidstaten, en dat eveneens is neergelegd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. ⁷⁵

Het effectiviteitsvereiste houdt niet alleen in dat de procedureregels het niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken om communautaire rechten uit te oefenen, ⁷⁶ maar ook dat er tegen elke beslissing beroep moet openstaan, ⁷⁷ en dat het beroep ook doeltreffend moet zijn. ⁷⁸

46. De toets van de *praktische onmogelijkheid* is die van «het redelijk compromis». ⁷⁹ De jurisprudentie inzake factuurvermeldingen voor BTW-doeleinden illustreert deze toets ten volle. ⁸⁰ Lenaerts en Arts vermelden daarover de leer van de terugvordering van krachtens het nationaal recht geheven maar volgens het gemeenschapsrecht onverschuldigde belastingen, waarbij de *afwenteling* op anderen de terugvordering verhindert, ⁸¹ doch het negatief bewijs hiervan geen praktische onmogelijkheid wordt ingevolge de geldende bewijsregels. ⁸²

47. Lenaerts en Arts wijzen erop dat de *doeltreffendheid* van het beroep afhangt van de controle op de motivering van

de overheidsbeslissingen en de mogelijkheid van de justitiabelen om zo goed mogelijk en met kennis van zaken hun rechten te verdedigen. Zij stellen dat deze vereisten van het gemeenschapsrecht niet gelden voor handelingen in het voorbereidend of onderzoeksstadium, doch slechts voor definitieve beslissingen. ⁸³

48. De doeltreffendheid kan ook op het vlak van de *sancities* getoetst worden (afschrikwekkend, evenredig, niet verder gaan dan strikt noodzakelijk, respect voor de algemene rechtsbeginselen van het gemeenschapsrecht), maar eveneens op het vlak van *passende schadevergoeding* (zonder maximaal a priori plafond, en uitsluiting van nationale rechtvaardigingsgronden bij aansprakelijkheidsstelling). ⁸⁴

49. De nationale fiscale procedureregels kunnen de *werking in de tijd* van de prejudiciële uitspraken niet moduleren; enkel het Hof zelf kan dat doen. Aldus mogen er geen procedureregels ingevoerd worden, waardoor de mogelijkheden tot het vorderen van terugbetaling van belastingen specifiek worden bekort. ⁸⁵

50. Het Hof bepaalde dat de vaststelling van redelijke *beroepstermijnen* voor rechtsverval de Europese test doormaakt, ⁸⁶ maar dat bij niet-correcte tenuitvoerlegging van richtlijnen het verstrijken van de nationale beroepstermijn niet tegengeworpen kan worden en dat deze overigens pas aanvangt op het moment van correcte tenuitvoerlegging. ⁸⁷

51. Het Europees effectiviteitsvereiste kan echter ook *nationale regels* die belangen van rechtzoekenden beschermen, beperken (zo zal een naar nationaal recht schorsende werking van een bezwaarprocedure niet gehandhaafd worden tegen een Europese termijnbepaling). ⁸⁸ Zelfs aan nationale rechtsbeginselen zoals de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen en de rechtszekerheid zou wel eens tekortgedaan kunnen worden door de volledige doorwerking van het Europese recht, zij het dat deze beginselen ook deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, waardoor uit dien hoofde rechtsbescherming mogelijk blijft. ⁸⁹

52. Belangwekkend is het recente arrest in de zaak Peterbroeck. ⁹⁰ Een prejudiciële vraag werd gesteld teneinde na te gaan of een nationale vervaltermijn terzijde kan worden geschoven om aan een rechter de gelegenheid te geven van een nieuwe grief gebaseerd op het communautaire recht kennis te nemen. Het Hof heeft het advies van de advocaat-generaal niet gevolgd. Het Hof vat zijn jurisprudentie Rewe-Comet samen, en verwijst ook naar zijn uitspraak dat

⁷¹ KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., 339, en aldaar geciteerde jurisprudentie.

⁷² K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 90.

⁷³ KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., 339.

⁷⁴ K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nrs. 93 en 96.

⁷⁵ KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., 339, *Id.*

⁷⁶ *Id.*, voetnoot 341.

⁷⁷ L. VAN DEN HENDE, o.c., nrs. 148 e.v.

⁷⁸ *Id.*, 339.

⁷⁹ L. VAN DEN HENDE, o.c., nr. 177.

⁸⁰ Zaken 123 en 330/87 van 14 juli 1988, Jeunehomme, *BTW-revue*, 1991, 187, en zaak 342/87, Genius Holding, 13 december 1989, *FJF*, 1990/98, 221; zie ook P. SEUTIN, «Bedenkingen bij de factuur en de uitoefening van het recht op aftrek van de BTW», *AFT*, 1991, 311.

⁸¹ L. VAN DEN HENDE, o.c., nrs. 116-117; althans indien het nationale recht de afwentelingsexceptie kent (L. VAN DEN HENDE, o.c., nr. 174; zie echter ook nr. 118 en nr. 115).

⁸² K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 91, met geciteerde jurisprudentie.

⁸³ K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 94.

⁸⁴ Zaak 14/83, Van Colson, en zaak C-177/88, Dekker, geciteerd door KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., 340; zie ook K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 102 in fine.

⁸⁵ Zaak 112/84, Humblot, H.v.J., 9 mei 1985, *Jur.*, 1367.

⁸⁶ K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nrs. 91 en 96; zie echter ook de zaak C312/93, Peterbroeck, hierna.

⁸⁷ Zaak C208/90, Emmot, geciteerd door KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., 341, volgens L. VAN DEN HENDE, (o.c., nr. 144) gनुanceerd door STEENHORST-NEERINGS; K. LENAERTS en D. ARTS, o.c., nr. 96 en voetnoot 253.

⁸⁸ Zaak C217/88, Tafelwijn, geciteerd door KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., 343.

⁸⁹ Zie de terugvordering van staatssteun verleend in strijd met gemeenschapsrecht; KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMAAT, o.c., 343-344, en aldaar geciteerde jurisprudentie.

⁹⁰ H.v.J., 14 december 1995, C312/93.

een nationale rechtsregel de prejudiciële procedure niet mag verhinderen. Het Hof zegt zeer nadrukkelijk dat, wanneer de vraag zich aandient of een nationale procedureregels de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of buitensporig moeilijk maakt, er een analyse moet plaatsvinden van de nationale regel in het geheel van de nationale procedureregels voor de nationale instanties, waarbij de grondbeginselen zoals het recht van verdediging, het rechtzekerheidsbeginsel en het goed verloop van de procedure in de overweging betrokken moeten worden. Het Hof oordeelt dat het hof van beroep de eerste rechterlijke instantie is die een prejudiciële vraag kan stellen, en stelt de Belgische gewestelijke directeur als een bestuursorgaan gelijk aan de Luxemburgse (zaak Corbiau). Het Hof beslist ook dat het ambtshalve aanvoeren van het Europese recht slechts voor het eerst door het hof van beroep kon plaatsvonden buiten de termijn die door de wet is bepaald. Het Hof is van mening dat deze nationale beperking niet verantwoord kan worden door het rechtszekerheidsbeginsel of het goede verloop van de procedure.

53. Het Hof past de dubbele toetsing (gelijkheid-effectiviteit) ook toe wanneer het nationale recht in een *billijkheids-exceptie* voorziet om een fiscale schuld kwijt te schelden. Deze nationale regel kan ook toegepast worden voor communautaire heffingen, voor zover er geen discriminatie is ten opzichte van de nationale heffingen, maar in een concreet geval achtte het Hof dat de nationale rechter de uitoefening van de rechten die hij heeft te handhaven, praktisch onmogelijk maakt.⁹¹ Het H.v.J. oordeelt dat het gemeenschapsrecht zelf geen algemeen rechtsbeginsel kent waardoor een nationale instantie het gemeenschapsrecht niet hoeft toe te passen wanneer dat een hardheid meebrengt die de gemeenschapswetgever bij veronderstelling zou hebben trachten te vermijden. Het Europese Hof behoudt zich niettemin voor in deze gevallen de uitlegging en geldigheid van het gemeenschapsrecht in kwestie nader te bepalen (H.v.J., 299/84).

54. Volgens de jurisprudentie van het Hof zal de nationale rechter eventueel in *kort geding* de nationale voorschriften voorlopig terzijde stellen in een procedure die het gemeenschapsrechtelijke gelijkheidsvereiste en effectiviteitsvereiste eerbiedigt,⁹² zodat de lange duur van een gerechtelijke procedure geen bedreiging vormt voor de daadwerkelijke rechtsbescherming. Het gemeenschapsrecht verleent m.a.w. de rechter de bevoegdheid een nationale norm in kort geding op te schorten. Eenzelfde bevoegdheid bestaat trouwens voor de opschorting van de nationale administratieve uitvoering van een gemeenschapsverordening wanneer de wettigheid door de justitiabele wordt betwist en een prejudiciële procedure nodig wordt.⁹³ Alsdan gelden als voorwaarden voor de nationale kortgedingprocedure voorwaarden die

soortgelijk zijn aan die van het kort geding voor het H.v.J.⁹⁴ Hiertoe behoort o.m. de mogelijkheid om zekerheden te verlangen. In het licht van de lange duur van de rechtsgang in belastingzaken, zou dit gemeenschapsrechtelijk gefundeerd kort geding wel eens een welkome rechtsbescherming vormen.

55. *De overheidsaansprakelijkheid* voor de nalatigheid bij correcte tenuitvoerlegging van Europese normen is gefundeerd op het gemeenschapsrecht,⁹⁵ en wordt mede afgeleid uit het effectiviteitsbeginsel, waarbij het aan het nationale recht is de procedurele modaliteiten te regelen met inachtneming van het gelijkheids- en effectiviteitsvereiste uit de Rewe-Comet-jurisprudentie.⁹⁶ Dit geldt wellicht ook ter zake van het foutief handelen van het parlement.⁹⁷ Op 28 november 1995 concludeert advocaat-generaal Tesauro in de zaken C46-48/93, Brasserie du Pêcheur, dat de Frankovitch-jurisprudentie ook moet worden toegepast wanneer de wetgever nagelaten heeft de nationale wet aan te passen aan het Europese recht. De advocaat-generaal wijst verschillende nationale beperkingen ter zake van de schadevergoeding van de hand. De schadevergoeding moet overigens naar gemeenschapsrecht volledig zijn, zodat nationale beperkingen, bijvoorbeeld op het vlak van de interestvergoeding, niet gestand kunnen blijven. In de zaak Marshal II oordeelde het H.v.J. dat de rechter die zich op grond van het nationaal recht onbevoegd moest verklaren om interesten toe te kennen, deze regel opzij diende te zetten.⁹⁸

Voor een omstandige en gedocumenteerde beoordeling zie verder C. Amand, «Les conséquences de la violation du droit communautaire et fiscalité belge».⁹⁹

VII. GEMEENSCHAPSRECHTELIJKE ALGEMENE BEGINSELEN TOEPASSELJK IN DE NATIONALE FISCALE RECHTSBESCHERMING

56. *Aanvoeren van communautaire rechtsbeginselen* – De rechtshandelingen van de communautaire instelling en ook van de verschillende nationale organen van de lidstaten, voor zover die op communautair niveau geregelde materies betreffen, kunnen getoetst worden, niet alleen aan het verdragenrecht en het afgeleide recht, maar ook aan de algemene rechtsbeginselen¹⁰⁰ die deel uitmaken van de communautaire rechtsorde en die als dusdanig directe werking hebben,¹⁰¹ in het bijzonder die welke in het EVRM zijn neergelegd.¹⁰² Ze betreffen in grote mate de rechtsbescherming.

⁹⁴ KAPTEYN en VERLOREN VAN THEMAAT, *o.c.*, 341, en aldaar geciteerde rechtspraak.

⁹⁵ Zaak 60/75, Russo; zaken 6 en 9/90, Frankovitch en Bonifaci; K. LENAERTS en D. ARTS, *o.c.*, nr. 103.

⁹⁶ *Ibid*; KAPTEYN, en VERLOREN VAN THEMAAT, *o.c.*, 342.

⁹⁷ D. ARTS, «Het Frankovitch-arrest en zijn toepassing in de Belgische rechtsorde», *TBP*, 1993, 495-510. De overheidsaansprakelijkheid voor de rechtspraak werd door het Hof van Cassatie erkend in 1991 (Cass., 19 december 1991, *R.W.*, 1992-93, 396).

⁹⁸ Zaak C271/91, Marshal II, 2 augustus 1993, *Jur.*, 4367.

⁹⁹ *RGF*, 1994, 127-140.

¹⁰⁰ L. VAN DEN HENDE, *o.c.*, nr. 71.

¹⁰¹ L. VAN DEN HENDE, *o.c.*, nr. 68.

¹⁰² L. VAN DEN HENDE, *o.c.*, nr. 73.

⁹¹ Zaak 209/91, Johannes Peter, H.v.J., 27 Mei 1993, *Jur.*, I, 2981, geciteerd in L. VAN DEN HENDE, *o.c.*, nr. 133.

⁹² Zaak C221/89, Factortame (voorlopige voorziening in kort geding tot buiten toepassing laten, zelfs wanneer het nationaal recht het vermoeden van verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht voorschrijft, zolang het tegendeel niet is vastgesteld), K. LENAERTS en D. ARTS, *o.c.*, nrs. 97 en 98.

⁹³ K. LENAERTS en D. ARTS, *o.c.*, nr. 99. Zie ook verder: L. VAN DEN HENDE, *o.c.*, nr. 182.

Dassesse stelt terecht de vraag of dit er niet toe leidt dat, zodra het domein van het gemeenschapsrecht aan de orde is, men zich wel op de fundamentele rechten die deel uitmaken van het Europees recht m.i.v. het EVRM kan beroepen, terwijl dit niet het geval zal zijn voor de overige fiscale domeinen waarvan de hoven van beroep en het Hof van Cassatie oordelen dat het EVRM er niet kan worden aangevoerd (anders dan in het kader van strafprocedures c.q. procedures die een impact hebben op de vermogensrechten). Aldus zou er inderdaad sprake zijn van een fiscale rechtsbescherming met twee snelheden. In de *Fünke*-zaak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bv. besluit het Hof, in tegenstelling tot de Commissie voor de Rechten van de Mens, en voor het eerst uitspraak doend over de verenigbaarheid van fiscale onderzoeksverrichtingen met het recht op privacy (artikel 8 EVRM), dat art. 8 geschonden, werd.¹⁰³ Dit staat enigszins op gespannen voet met de Harly Spirlet jurisprudentie in 1982.

57. De belangrijkste *algemene beginselen* van gemeenschapsrecht worden geput uit de rechtsbeginselen die gemeenschappelijk zijn aan de rechtsstelsels en de constitutionele tradities van de lidstaten, en, wat de grondrechten betreft, ook uit de *internationale mensenrechtenverdragen* waarbij de lidstaten zijn aangesloten (i.c. het EVRM en het BUPO). De Europese Unie is als dusdanig niet toegetreden tot het EVRM. Het H.v.J. wendt het EVRM-Verdrag dan ook niet als dusdanig aan als een directe toetssteen, maar bereikt een vergelijkbaar resultaat via de omweg van de algemene rechtsbeginselen. Sinds het Verdrag van Maastricht bepaalt art. F.2. weliswaar dat de Unie de grondrechten eerbiedigt zoals die worden gewaarborgd door het EVRM, maar de jurisdictionele bevoegdheid van het Hof strekt zich niet uit tot art. F.2.¹⁰⁴

Daarbij inspireert het H.v.J. zich ook aan de *jurisprudentie* van het Europees Hof van de Rechten van de Mens. Zo oordeelde het H.v.J. in 1989 in de Orkem-zaak (374/87, 18 oktober 1989) dat noch art. 6 EVRM noch de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het recht omvatte voor rechtspersonen zichzelf niet te beschuldigen (maar kwam in bepaalde omstandigheden wel indirect tot dezelfde conclusies (cf. hierna)). Het Hof voor de Rechten van de Mens beslist in de *Fünke*-zaak in 1993 dat art. 6 het recht op stilzwijgen en bescherming tegen self-incrimination bevat, en dat dit recht in deze fiscale zaak was geschonden. Het Hof oordeelt dat art. 6 geldt, niet alleen in douanewetgeving, maar eveneens ter zake van de beschuldiging van belastingontwijking. Ook in dezen nam het Hof voor de Rechten van de Mens een andere houding in dan de Commissie voor de Rechten van de Mens. Met name beslist het *Fünke*-arrest dat het opleggen van een dwangsom om bewijsmiddelen te verkrijgen van belastingfraude en aldus de nationale autoriteiten bevrijdend van de bewijslast door hun eigen onderzoek, een schending uitmaakt van art. 6. In de zaak 69/92 Otto van 10 november 1993, gewezen na het *Fünke*-arrest, herbevestigt het H.v.J. dat er geen algemeen

rechtsbeginsel is van gemeenschapsrecht dat het recht om niet tegen zichzelf te getuigen consacreert ten voordele van rechtspersonen, en met name op het domein van de economische inbreuken. Het Hof herhaalt wel dat het respect voor het recht van verdediging een fundamenteel beginsel is van de Europese rechtsorde, hetgeen de mogelijkheid uitsluit dat de Commissie een onderneming verplicht antwoorden te verstrekken, waardoor zij het bewijs zou leveren van een inbreuk waarvan de bewijslast op de Commissie rust. In de zaak Otto onderstreept het H.v.J. dat deze regel ook gericht is op de bescherming tegen onderzoeksmaatregelen gelast door een openbare overheid teneinde de belanghebbenden ertoe te brengen het bestaan te bekennen van gedragingen die penale of administratieve sancties kunnen meebrengen.

58. Het is onmogelijk om binnen het bestek van deze bijdrage zelfs maar een opsomming te geven van de algemene rechtsbeginselen van gemeenschapsrecht die als bron van rechtsbescherming in fiscalibus gelden. Een *omvangrijke inventaris* is beschreven in Schermers en Waelbroek (*o.c.*, § 61 - 166). Voor een korte lijst met rechtspraakverwijzingen kan gerefereerd worden aan L. Van den Hende.¹⁰⁵

Veelal wordt het onderscheid gemaakt tussen de fundamentele mensenrechten, waartoe de beginselen van behoorlijke rechtspleging behoren, enerzijds, en de administratief-rechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur anderzijds. In een grondige en goed gedocumenteerde analyse van de hand van B. Coopman, «EVRM en BUPO-verdrag: charters van belastingplichtigen?»,¹⁰⁶ die is bekroond met een eervolle vermelding van de Fiskofoonprijs 1995, wordt een status quaestionis gegeven van de toepassing van het EVRM en BUPO-verdrag op fiscaal gebied, en dan in het bijzonder ter zake van de administratieve sancties. De administratieve rechtsbeginselen in de Europese lidstaten zijn grondig bestudeerd door J. Schwarze.¹⁰⁷ Een omvangrijke jurisprudentie is ontwikkeld door het H.v.J. ter waarborging van de rechtsbescherming in de Europese administratieve procedures. De algemene beginselen die door het Hof gehanteerd worden ter toetsing van de onderzoeks-, verificatie- en controleactiviteiten door de Europese Commissie op het gebied van het Europees mededingingsrecht¹⁰⁸ en het toezicht op de staatssteun¹⁰⁹ kunnen ter inspiratie dienen voor wat belastingadministraties die optreden in het domein van het Europese recht, moeten eerbiedigen. Wat de situatie in België betreft, kunnen we verwijzen naar de publicatie «Alge-

¹⁰⁵ L. VAN DEN HENDE, *o.c.*, nr. 70.

¹⁰⁶ TFR, 1995, 272.

¹⁰⁷ J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 1992.

¹⁰⁸ *Droit de la défense et droit de la Commission dans le droit communautaire de la concurrence*, Colloque organisé par l'Association Européenne des Avocats (A.E.A.), Bruylant, Brussel, 1994.

¹⁰⁹ T. JORIS, *Nationale steunmaatregelen en het Europees gemeenschapsrecht – een onderzoek van het communautaire beleid met bijzondere nadruk op procedure en rechtsbescherming*, Maklu Uitgevers, Antwerpen, 1994.

¹⁰³ Zie M. DASSESE, «Human Rights, European Law and Tax Law: the Implications of the Judgement of the Court of Human Rights in re *Fünke* and of the European Court of Justice in re *Corbiau*», *EC Tax Review*, 1994, 86).

¹⁰⁴ L. VAN DEN HENDE, *o.c.*, nr. 69.

mene beginselen van behoorlijk bestuur»¹¹⁰ en J. De Roo,¹¹¹ alsmede A. Juste.¹¹²

59. Deze bijdrage laat het onvoldane maar inspirerende gevoel na, dat de doorwerking van het gemeenschapsrecht in de Belgische fiscale rechtsbescherming, op het vlak zowel van het formele procesrecht als van de algemene beginselen,

¹¹⁰ I. OPDEBEEK (red.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, 1993, Kluwer, Antwerpen.

¹¹¹ J. DE ROO, *Begrenzungen van het controlerecht door rechten van de mens en algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Gentse Geschriften: De Fiscale Controle, BIBLO, 1993.

¹¹² A. JUSTE, «Les principes de bonne administration», *RGF*, 1995, 159-171.

een domein is dat grondige bestudering vergt. Aan de initiatiefnemers van de hervorming van de fiscale procedure, die mede ter implementatie van internationaal aanvaarde normen van rechtsbescherming is geëntameerd, en aan de wetgever, mag de ambitie worden toegewenst dat de hervorming een spoorslag mag zijn voor de praktijkjuristen, zowel aan de kant van de belastingplichtige als bij de administratieve en rechterlijke overheden, om met de Europese ontwikkeling gelijke tred te houden.

Brussel, 30 december 1995

L.A. DENYS

Fiscaal jurist

*Docent Europees Belastingrecht
Vrije Universiteit Brussel*

DE RECHTSVERHOUDING TUSSEN HET EUROPEES ECONOMISCH RECHT EN HET NATIONAAL SOCIAAL RECHT

VRIJ VERKEER VAN DIENSTEN EN BELGISCH SOCIAAL RECHT

I. PROBLEEMSTELLING

1. Het is wellicht een open deur intrappen te stellen dat het sociaal recht in mindere mate dan bv. het handelsrecht of het economisch recht de invloed van het Europese recht heeft ondergaan. De auteurs van het EEG-Verdrag hadden inderdaad in hun bezorgdheid om een gemeenschappelijke markt tussen de Lid-Staten in te stellen slechts een veel meer marginale aandacht voor de sociale aspecten van de integratie.

Weliswaar hebben de beginselen van vrijverkeer van werknemers en van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke arbeid een niet onbelangrijke invloed gehad. Daarnaast hebben een aantal harmonisatierichtlijnen het aanzijn van het nationale recht op bepaalde deelgebieden grondig gewijzigd, zoals inzake collectief ontslag, veiligheid en gezondheid op het werk, overgang van ondernemingen en bescherming van de werknemers tegen insolventie van hun werkgever.

Voor het overige is het sociaal recht evenwel, bij gebreke van algemene bepalingen dienaangaande in de verdragen tot organisatie van de Europese Unie, hoofdzakelijk een nationale materie gebleven.

2. Met de toenemende integratie tussen de Lid-Staten wordt die toestand evenwel steeds meer als storend ervaren. Deze integratiebeweging gaat immers gepaard met een steeds concretere invulling door de rechtspraak van het Hof van Justitie van bepaalde essentiële beginselen van het gemeenschapsrecht. Gevolg daarvan is dat het nationale arbeidsrecht meer en meer een element wordt in de concurrentie tussen ondernemingen gevestigd in onderscheiden Lid-Staten en dat het uit dien hoofde meer en meer onder druk komt te staan.

Dit verschijnsel wordt nog geaccentueerd door de toetreding tot de Unie van nieuwe Lid-Staten die in bepaalde gevallen een substantieel lager niveau van sociale bescherming kennen dan de oorspronkelijke Lid-Staten.

Ten gevolge van de consequente toepassing door de rechtspraak van algemene beginselen van gemeenschapsrecht, en met name het principe van het vrije verkeer van diensten, ontstaat aldus het verschijnsel dat zich op het nationale grondgebied dienstverleners gaan bewegen die niet of in mindere mate door nationale sociaalrechtelijke regelen en arbeidsvoorwaarden zijn gebonden dan de lokale dienstverleners. Op die wijze ontstaat het risico voor wat in journalistieke termen wel eens *sociale dumping* wordt genoemd. Er doet zich heden ten dage dan ook het merkwaardig fenomeen voor dat de afwezigheid van noemenswaardige sociaalrechtelijke harmonisatie op het vlak van de Unie via de werking van de algemene beginselen van het Europees economisch recht leidt tot een mogelijke bedreiging van de stelsels van sociale bescherming zoals die bestaan in de meer welvarende Lid-Staten van de Europese Unie, terwijl deze

per slot van rekening, in de bewoordingen van artikel 2 van het EEG-Verdrag, tot doel heeft door het instellen van de gemeenschappelijke markt en door het geleidelijk nader tot elkaar brengen van het economisch beleid van de Lid-Staten (...) een toenemende verbetering van de levensstandaard te bevorderen.¹

3. De laatste jaren heeft vooral het principe van het vrije verkeer van diensten in deze evolutie een merkwaardige en cruciale rol gespeeld. Nochtans is de relatie tussen dit beginsel, dat essentieel tot het Europees economisch recht wordt gerekend, en het nationale arbeidsrecht c.q. de nationale sociale zekerheid, tot dusver weinig onderzocht. Vermoedelijk is dit in hoofdzaak te wijten aan de meer in het oog springende relatie tussen het beginsel van het vrije werknemersverkeer en het sociaal recht, die het voorwerp heeft uitgemaakt van talloze studies.

Hierna wordt getracht deze lacune te verhelpen en wordt met name onderzocht in welke mate het principe van het vrije dienstenverkeer de toepassing van het nationaal sociaal recht kan beïnvloeden. Gelet op het beperkte bestek van deze bijdrage wordt daarbij uiteraard geen volledigheid beoogd. Enkel de op grond van recente casuïstiek meest in het oog springende problemen worden hierna aan een onderzoek onderworpen.

Na een summier uiteenzetting over de toepassing van het principe van de vrije dienstverlening in het algemeen (II), wordt hierna een onderzoek gewijd aan de gevolgen van de rechtspraak van het Hof van Justitie in verband met voormeld principe voor de toepassing van het Belgisch sociaal recht op de werknemers van de dienstverlener gevestigd in een andere Lid-Staat (III). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de tendens die bij de Belgische overheid bestaat om het sociaal statuut van de vreemde dienstverlener zelf aan een kritisch onderzoek te onderwerpen en desnoods te herkwalficeren (IV). In beide gevallen staat de vraag centraal in welke mate de Belgische sociale rechtsorde zich nog kan afschermen tegen een inmenging van buitenuit die wordt gerechtvaardigd op grond van de beginselen van de gemeenschappelijke markt.

Ten slotte dient niet alleen te worden vastgesteld dat het principe van de vrijheid van dienstverlening a.h.w. zijdelings de Belgische regelen inzake sociale bescherming onder druk zet. De vrij geringe invloed die het Europese recht tot nog toe in de sociaalrechtelijke sfeer uitoefende heeft tot gevolg gehad dat er twijfel kan bestaan over de conformiteit van een aantal nationale regelen die het verrichten in België van bepaalde activiteiten aan voorwaarden onderwerpen. Hierna

¹ Zie ook art. 117 van het EEG-Verdrag, waarin de Lid-Staten de noodzaak erkennen de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van de werknemers te bevorderen, zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang mogelijk wordt gemaakt.

wordt dan ook onderzocht in welke mate deze regelen verenigbaar zijn met het beginsel van de vrijheid van dienstverlening (V).

II. HET VRIJE VERKEER VAN DIENSTEN

4. Naar luid van artikel 60, lid 3, van het EEG-Verdrag kan degene die diensten verricht daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn onderdanen oplegt. Op grond van artikel 59 dienen de bestaande beperkingen aan het vrije dienstenverkeer door de Lid-Staten te worden opgeheven, terwijl artikel 62 de Lid-Staten verbiedt nieuwe beperkingen in te voeren.

5. Als diensten worden, voor de toepassing van het principe van het vrije verkeer, beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover voor dergelijke verrichtingen niet reeds een van de andere fundamentele vrijheden kan worden ingeroepen. Diensten die principieel gratis worden verstrekt, vallen niet onder het vrije verkeer. Artikel 58 sluit trouwens van toepassing van het begrip uit de vennootschappen «welke geen winst beogen».

Het gaat daarbij om werkzaamheden van industriële of commerciële aard, of om werkzaamheden van het ambacht dan wel van vrije beroepen.²

Alle activiteiten die onder deze definitie vallen, worden als een dienst beschouwd, zelfs indien zij in een Lid-Staat zouden zijn verboden of gereguleerd.³

In beginsel komen enkel de diensten in aanmerking die met particulier geld worden vergoed. Diensten die door de Staat worden vergoed, vallen derhalve niet onder het beginsel van het vrije verkeer.⁴ Vereist is echter niet dat voor de dienst wordt betaald door degenen ten behoeve van wie hij wordt verricht.⁵

6. Artikel 59 van het verdrag heeft betrekking op de situatie waarin diensten worden verricht door een onderdaan van een Lid-Staat die gevestigd is in een ander land van de Unie dan dat waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht. Het verdrag voorziet m.a.w. in de vrijheid van de dienstverlener om op het grondgebied van een andere Lid-Staat diensten te verrichten. Volgens het Hof van Justitie vloeit hieruit ook de vrijheid voort van degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht om zich met het oog daarop naar het grondgebied van een andere Lid-Staat te begeven.⁶ De regels inzake vrij verkeer vinden zelfs toepassing indien zowel de dienstverrichter als degene voor wie de dienst bestemd is, geen van beiden de Lid-Staat verlaten waar zij zijn gevestigd en enkel de dienst zelf de grens overschrijdt, zoals in het geval van televisie-uitzendingen.⁷

Essentieel is dat de regels inzake vrij verkeer enkel gelden op voorwaarde dat de dienstverrichter zich niet voor onbepaalde tijd in een andere Lid-Staat vestigt om er diensten te verrichten. In dat geval geldt immers de vrijheid van vestiging.

7. Artikel 60, lid 3, houdt in de eerste plaats een verbod in van discriminatie. Aldus strekt het tot het opheffen van alle discriminaties ten opzichte van degene die diensten verricht, op grond van diens nationaliteit of op grond van de omstandigheid dat hij woont in een andere Lid-Staat dan die waar de dienst moet worden verricht. Verboden zijn alle beperkingen die aan de verrichter van de dienst, met name op grond van zijn nationaliteit of de omstandigheid dat hij geen vaste woonplaats heeft in de Staat waar de dienst wordt verricht, worden gesteld en niet gelden voor op het nationale grondgebied gevestigde personen dan wel geëigend zijn de werkzaamheden van de dienstverrichter anderszins te beletten of te hinderen.⁸ Het verbod betreft niet alleen rechtstreekse, maar ook onrechtstreekse discriminatie.⁹

Bovendien eist het vrije dienstenverkeer blijkens recentere rechtspraak evenwel ook de opheffing van iedere beperking – ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere Lid-Staten – die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere Lid-Staat is gevestigd en aldaar regelmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt of anderszins belemmert.¹⁰

8. Beperkingen aan het vrije dienstenverkeer zijn derhalve in beginsel in strijd met het gemeenschapsrecht. Enkel de beperkingen waarvan sprake is in artikel 56 van het Verdrag, dat door artikel 66 toepasselijk wordt gemaakt op het vrije dienstenverkeer, zijn nog toegelaten. Het gaat om beperkingen op grond van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.

Bij wijze van uitzondering zijn volgens het Hof van Justitie toegelaten, in verband met de bijzondere aard van sommige diensten, specifieke eisen welke aan de dienstverrichter worden gesteld wegens de toepasselijkheid van beroepsregels die hun grond vinden in het algemeen belang en die voor iedereen gelden die gevestigd is op het grondgebied van de Lid-Staat waar de dienst wordt verricht, voor zover zulke eisen nodig zijn om te voorkomen dat de dienstverrichter door zijn vestiging in een andere Lid-Staat aan de greep van die regels zou ontsnappen.¹¹

Aangeetoond moet worden dat dergelijke beperkingen ingegeven zijn door het algemeen belang (d.i. de zgn. *rule of reason*), en dat zij objectief noodzakelijk zijn om de naleving van de beroepsregels te waarborgen.¹² Beperkingen zijn derhalve slechts toegelaten op voorwaarde dat het algemeen belang niet reeds wordt beschermd door de regels geldend in de Lid-Staat waar de dienstverrichter is gevestigd¹³ en op

² EEG-Verdrag, art. 60.

³ H.v.J., 24 maart 1994, *Schindler*, C-275/92, *Jur.*, 1994, I, 1039.

⁴ Aldus het onderricht in een door de Staat gefinancierde onderwijsinstelling: H.v.J., 7 december 1993, *Wirth*, C-109/92, *Jur.*, 1993, I, 6469.

⁵ H.v.J., 26 april 1988, *Bond van Adverteerders*, 352/85, *Jur.*, 1988, 2085.

⁶ H.v.J., 31 januari 1984, *Luisi en Carbone*, gevoegde zaken 286/82 en 26/83, *Jur.*, 1984, 377.

⁷ H.v.J., 26 april 1988, *Bond van Adverteerders*, *gecit.*

⁸ H.v.J., 3 december 1974, *van Binsbergen*, 33/74, *Jur.*, 1974, 1299.

⁹ H.v.J., 3 februari 1982, *Seco*, gevoegde zaken 62 en 63/81, *Jur.*, 1982, 223.

¹⁰ H.v.J., 25 juli 1991, *Säger*, C-76/90, *Jur.*, I, 4221; 5 oktober 1994, *Commissie / Frankrijk*, C-381/93, *Jur.*, 1994, I, 5145.

¹¹ H.v.J., 3 december 1974, *van Binsbergen*, *gecit.*

¹² H.v.J., 18 januari 1979, *van Wesemael*, gevoegde zaken 110 en 111/78, *Jur.*, 1979, 35.

¹³ De verdubbeling van de toepasselijke regelen zou immers een discriminatie inhouden voor de in een andere Lid-Staat gevestigde

voorwaarde dat het beoogde resultaat niet door minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.¹⁴ Beperkingen aan het vrije dienstenverkeer zullen derhalve, net als beperkingen aan het vrije goederenverkeer, het voorwerp dienen uit te maken van een proportionaliteitstest.¹⁵

Een Lid-Staat kan derhalve niet verbieden dat bepaalde diensten door in andere Lid-Staten gevestigde ondernemingen worden verricht.¹⁶ Wel kan een dergelijk verbod gerechtvaardigd zijn met betrekking tot diensten die in de betrokken Lid-Staat ook door dienstverrichters gevestigd op het eigen grondgebied niet mogen worden verricht.¹⁷

Wellicht moet het voorgaande worden genuanceerd in het licht van de recentste rechtspraak van het Hof met betrekking tot het vrije goederenverkeer, waarbij ter zake van regelingen die zonder onderscheid op nationale en ingevoerde producten van toepassing zijn een onderscheid werd gemaakt tussen voorwaarden waaraan producten moeten voldoen, en de bepalingen die bepaalde verkoopsmodaliteiten aan banden leggen of verbieden. De laatste soort van bepalingen is volgens het Hof toegelaten, op voorwaarde dat de betrokken bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere Lid-Staten.¹⁸ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de Lid-Staten bepaalde modaliteiten van dienstverlening mogen beperken of verbieden, op voorwaarde dat dergelijke bepalingen niet discriminerend werken ten aanzien van dienstverleners uit andere Lid-Staten. Zou het laatste wel het geval zijn, dan zouden de betrokken bepalingen uiteraard aan de *Cassis de Dijon*-test moeten worden onderworpen.

III. DE ARBEIDSVOORWAARDEN VAN HET PERSONEEL VAN EEN DIENSTVERRICHTER GEVESTIGD IN EEN ANDERE LID-STAAT

9. In de zaak *Rush Portuguesa* oordeelde het Hof van Justitie dat de artikelen 59 en 60 van het EEG-Verdrag de Lid-Staten verbieden om aan een dienstverrichter gevestigd in een andere Lid-Staat het verbod op te leggen om zich met al zijn personeel naar hun grondgebied te begeven, of om hem de verplichting op te leggen ter plaatse personeel aan te werven of een arbeidsvergunning voor zijn personeel aan te vragen. Dergelijke verplichtingen zouden namelijk de buitenlandse dienstverrichter discrimineren tegenover dienstverrichters gevestigd op het eigen grondgebied die immers hun personeel zonder beperkingen mogen gebruiken, en zouden de uitoefening van de dienst door een buitenlandse dienst-

verrichter bemoeilijken.¹⁹ In de beschouwde zaak was de vraag aan de orde of het een Portugese bouwonderneming geoorloofd was om in Frankrijk diensten te verrichten met behulp van haar eigen Portugese werknemers zonder voor hen een arbeidsvergunning in Frankrijk te hebben aangevraagd of verkregen, en dit op een ogenblik waarop artikel 216 van de Toetredingsakte van Spanje en Portugal tijdens een overgangsperiode in een uitzondering voorzag op het vrije verkeer van werknemers voor de Spaanse en Portugese onderdanen. Volgens het Hof vond de uitzondering van artikel 216 geen toepassing in het geval waarin werknemers tijdelijk naar een andere lid-Staat worden gezonden om bouwwerken uit te voeren in het kader van de vrije dienstverlening van hun werkgever. Deze werknemers keren na de voltooiing van het werk immers terug naar de Lid-Staat waarvan zij komen zonder op enig ogenblik toegang te hebben tot de arbeidsmarkt van de gaststaat. Dit laatste was voor het Hof duidelijk een belangrijk element, aangezien de uitzondering wel van toepassing zou zijn in het geval waarin de activiteit van de dienstverrichter precies zou bestaan in het ter beschikking stellen van werknemers. Hierdoor zouden de werknemers immers precies wél toegang krijgen tot de arbeidsmarkt van de gaststaat. In die zin behouden de Lid-Staten volgens het Hof wel het recht om te onderzoeken of de vreemde dienstverrichter zich in werkelijkheid niet beroept op het vrije dienstenverkeer met andere doeleinden, nl. om werknemers ter beschikking te stellen op het grondgebied van de gaststaat.

10. In de zaak *Vander Elst* diende het Hof te oordelen over de vraag of een Belgische onderneming van afbraakwerken diensten kon verrichten in Frankrijk met behulp van haar wettig in België verblijvende Marokkaanse werknemers, voor wie zij in Frankrijk een verblijfsvergunning van korte duur maar geen arbeidsvergunning had aangevraagd. Met een verwijzing naar het arrest *Rush Portuguesa* oordeelde het Hof dat een dienstverrichter gevestigd in een andere Lid-Staat wel degelijk een beroep kan doen op zijn in die Lid-Staat wettig verblijvende werknemers die onderdaan zijn van landen vreemd aan de Europese Unie, in de mate waarin deze werknemers na voltooiing van het werk terugkeren naar hun verblijfsstaat en zij mitsdien geen toegang hebben tot de arbeidsmarkt van de gaststaat.²⁰

Merkwaardig is dat het Hof hieraan een verwijzing toevoegde naar het verbod van discriminatie gebaseerd op nationaliteit tussen werknemers uit de Unie en Marokkaanse werknemers, vervat in de artikelen 40 en 41 van het Samenwerkingsakkoord tussen de Gemeenschappen en het Koninkrijk Marokko van 27 april 1976, en dat het vervolgens opmerkte dat de werknemers door rechtsgeldige Belgische arbeidsovereenkomsten met hun werkgever waren verboden. De toepassing van het Belgische systeem zou volgens het Hof elk substantieel risico uitsluiten voor uitbuiting van de werknemers of voor concurrentievervalsing.

11. Uit de arresten *Rush Portuguesa* en *Vander Elst* blijkt dat het recht op vrij verkeer van diensten voor degene die zich erop beroept het recht behelst om zich naar het grondgebied te begeven van de Lid-Staat waar de dienst dient te

dienstverrichter: H.v.J., 17 december 1981, *Webb*, 279/80, *Jur.*, 1981, 3305.

¹⁴ H.v.J., 26 februari 1991, *Commissie / Frankrijk*, C-154/89, *Jur.*, 1991, I, 659.

¹⁵ D.i. de zgn. *Cassis de Dijon*-doctrine, die teruggaat op H.v.J., 20 februari 1979, *Rewe*, 120/78, *Jur.*, 1979, 649. Zie H.v.J., 26 februari 1991, *Commissie / Frankrijk, gecit.*, en 25 juli 1991, *Säger, gecit.*

¹⁶ H.v.J., 16 december 1992, *Commissie / België*, C-211/91, *Jur.*, 1992, I, 6757.

¹⁷ H.v.J., 24 maart 1994, *Schindler*, C-275/92, *Jur.*, 1994, I, 1039.

¹⁸ H.v.J., 24 november 1993, *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, *Jur.*, 1993, I, 6097; H.v.J., 15 december 1993, *Hünemund*, C-292/92, *Jur.*, 1993, I, 6787.

¹⁹ H.v.J., 27 maart 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, *Jur.*, 1990, I, 1417.

²⁰ H.v.J., 9 augustus 1994, *Vander Elst*, C-43/93, *Jur.*, 1994, I, 3803.

worden verricht met zijn werknemers, en deze werknemers aldaar tewerk te stellen.

De Lid-Staten kunnen een dergelijke tijdelijke tewerkstelling, wat betreft de werknemers die geen onderdaan zijn van een Lid-Staat van de Europese Unie, niet afhankelijk maken van de afgifte van een arbeidsvergunning. Zij kunnen enkel nagaan of de dienstverrichter in werkelijkheid niet de bedoeling heeft om zijn werknemers op slukse wijze toegang te verschaffen tot de arbeidsmarkt van de staat waar hij voor geeft een dienst te verrichten. De werknemers zelf krijgen immers op grond van voormelde arresten geen toegang tot de arbeidsmarkt van deze Lid-Staat. Hun tijdelijke tewerkstelling op het grondgebied van de Lid-Staat waar hun werkgever een dienst verricht, is een louter gevolg van het inroepen door hun werkgever van het vrije verkeer van diensten. Het vrije verkeer van werknemers komt daarbij niet ter sprake. Indien deze werknemers tijdelijk prestaties mogen leveren op het grondgebied van een andere Lid-Staat dan die waar hun werkgever is gevestigd, dan gebeurt dit op grond van de artikelen 59 en 60 van het EEG-Verdrag, en geenszins op grond van artikel 48.

Volgens advocaat-generaal Tesauro houdt dit in dat de autoriteiten van de Lid-Staat waar de dienst zal worden verricht, vooraf moeten worden geïnformeerd van de komst van de werknemers en dat zij mogen onderzoeken of de werknemers in de Lid-Staat van vestiging door rechtsgeldige arbeidsovereenkomsten met de dienstverrichter zijn verbonden.²¹

Uit het bovenstaande volgt meteen dat de Lid-Staten de betrokken werknemers, voor zover zij regelmatig verblijven in de Lid-Staat waar de dienstverrichter is gevestigd, dienen toe te laten op hun grondgebied. Vereist de nationale wet een verblijfsvergunning voor niet-onderdanen van de Europese Unie, dan dient deze automatisch te worden afgegeven. Een dergelijke vergunning mag enkel worden geweigerd op grond van redenen verband houdend met openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.²²

12. Indien hieruit blijkt dat België in het kader van het vrije verkeer van diensten ook onderdanen van derde landen die in dienst zijn van een in een andere Lid-Staat gevestigd dienstverrichter vrijwel automatisch op zijn grondgebied moet toelaten, en de wetgeving inzake tewerkstelling van vreemdelingen niet mag worden toegepast, dan is nochtans de zorg ongegrond dat deze werknemers hierdoor toegang zouden verkrijgen tot de Belgische arbeidsmarkt. De betrokken werknemers kunnen zich immers niet beroepen op de artikelen 48 e.v. van het EEG-Verdrag. Voor de toepassing van

de nationale wetgeving inzake tewerkstelling van vreemdelingen is de periode van tewerkstelling in België in het kader van het vrije dienstenverkeer van hun werkgever voor deze werknemers van geen tel. Deze periode van tewerkstelling in België kan hen inderdaad op grond van artikel 13, 2°, derde lid, van het K.B. van 6 november 1967 geen rechten laten verwerven met betrekking tot een arbeidskaart A, aangezien zij tijdens deze periode in dienst blijven van een in het buitenland gevestigde werkgever.

13. Is de zorg voor ongecontroleerde immigratie ten gevolge van een consequente toepassing van het principe van vrij dienstenverkeer grotendeels ongegrond, dan kunnen zorgen met betrekking tot de door in andere Lid-Staten gevestigde dienstverrichters voor hun werknemers toegestane arbeidsvoorwaarden daarentegen wél gegrond zijn.

Eigen aan het vrije dienstenverkeer is immers dat de dienstverrichter gebruik mag maken van het concurrentievoordeel dat voortvloeit uit het feit dat hij in een andere Lid-Staat is gevestigd dan die waar de dienst wordt gepresteerd. In principe is er dan ook geen bezwaar tegen dat de dienstverrichter bij het tijdelijk leveren van een dienst in een andere Lid-Staat dan die waar hij gevestigd is verder toepassing maakt van de in de vestigingsstaat geldende arbeidsvoorwaarden.

Het gemeenschapsrecht belet zulks geenszins.

14. Artikel 60, lid 3, van het EEG-Verdrag bepaalt weliswaar dat degene die diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk kan uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht *onder dezelfde voorwaarden* als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt, maar dit wordt geenszins geïnterpreteerd in de zin als zou de dienstverrichter er automatisch toe gehouden zijn de lokale arbeidsvoorwaarden toe te passen. Bedoeld worden hier in het algemeen de regelen waaraan dient te worden voldaan om toegang te hebben tot de markt waarop de dienstverrichter zijn diensten kan aanbieden. Arbeidsvoorwaarden kunnen daartoe weliswaar, binnen de perken van de belemmeringen die op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie mogen worden opgeworpen tegen het vrije dienstenverkeer (de *rule of reason*), behoren, maar dan enkel op voorwaarde dat de nationale regelen inzake arbeidsvoorwaarden van de staat waar de dienst wordt verricht als dwingend moeten worden beschouwd in de hypothese van een tijdelijke tewerkstelling. Artikel 60, lid 3, kan dan ook niet op eigen kracht de toepassing van de arbeidsvoorwaarden van de staat waar de dienst wordt verricht, verplicht maken. De nationale wet zelf dient daartoe in een dergelijke toepassing te voorzien; deze nationale wet dient dan vervolgens te worden getoetst aan de *rule of reason* en dient aan de proportionaliteitstest te worden onderworpen, tenzij zij slechts bepaalde modaliteiten van dienstverlening reglementeert, van toepassing is op alle marktdeelnemers en rechtens en feitelijk dezelfde invloed heeft op diensten aangeboden door nationale dienstverleners en door dienstverleners gevestigd in andere Lid-Staten. Het hierboven geciteerde arrest *Keck en Mithouard* verleent de Lid-Staten weer wat meer beleidsruimte, die wellicht ook kan worden benut voor het tegengaan van zgn. *sociale dumping*. Niettemin blijft vanzelfsprekend allereerst vereist dat de nationale wet ook strikt tijdelijke activiteiten op het nationale grondgebied dient te reglementeren, anders bestaat er zelfs geen aanleiding toe de wet aan de communautaire voorschriften te toetsen.

²¹ Zie conclusie advocaat-generaal Tesauro in de zaak *Vander Elst*, nr. 27, *Jur.*, 1994, I, 3815-3816. Voor sommigen gaat een dergelijke controle reeds te ver: CASTILLO DE LA TORRE, F., «La libre circulation des services et les ressortissants des pays tiers: quelques réflexions au sujet de l'arrêt Vander Elst», *R.M.U.E.*, 1995, 148; zie ook DUBOIS, B., DELCOUR, M. en NEYT, K., «Tewerkstellingsfaciliteiten en -praktijken met buitenlanders: van aanwerving tot zwartwerk», referaat Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Gent, 24 november 1995, nr. 157.

²² EEG-Verdrag, art. 66 *jo.* 56, lid 1. In zijn conclusie in de zaak *Vander Elst* (nr. 23, *Jur.*, 1994, I, 3814) verwijst advocaat-generaal Tesauro ook naar art. 48, lid 3, wat overbodig lijkt, nu het vrije verkeer van werknemers niet ter zake doet.

15. Artikel 7 van Verordening 1612/68 betreffende het vrije verkeer van de werknemers binnen de Gemeenschap van 15 oktober 1968,²³ naar luid waarvan een werknemer die onderdaan is van een Lid-Staat op het grondgebied van andere Lid-Staten niet op grond van zijn nationaliteit anders mag worden behandeld dan de nationale werknemers wat betreft de voorwaarden voor tewerkstelling en arbeid, is allicht geen voldoende rechtsgrond om de toepassing van lokale arbeidsvoorwaarden af te dwingen bij strikt tijdelijke aanwezigheid van werknemers op het grondgebied in het kader van het vrije dienstenverkeer van hun werkgever. Deze bepaling past immers precies in het kader van het vrij verkeer van werknemers, dat ter zake niet relevant is.

Ook de werknemers die de nationaliteit hebben van een Lid-Staat en die in dienst zijn van een dienstverrichter die in een andere Lid-Staat dan die op wiens grondgebied hij is gevestigd tijdelijk diensten verricht, en die in het kader van deze dienstverrichting tijdelijk in de gaststaat worden tewerkgesteld, maken hierdoor niet *ipso facto* gebruik van hun recht op vrij verkeer als werknemer. Door aldus tijdelijk in een andere Lid-Staat arbeid te verrichten stellen deze werknemers zich evenmin als hun collega's die onderdaan zijn van derde landen, ter beschikking van de arbeidsmarkt van de gaststaat. Er is dan ook geen enkele reden om op dit stuk een onderscheid te maken tussen de communautaire onderdanen en de onderdanen van andere landen. Ook op de onderdanen van een Lid-Staat vindt Verordening 1612/68 geen toepassing wanneer zij tijdelijk door hun werkgever worden tewerkgesteld op het grondgebied van een andere Lid-Staat dan die waar hij gevestigd is. Er anders over oordelen zou erop neerkomen dat een regel van secundair gemeenschapsrecht getroffen ter uitvoering van het vrije verkeer van werknemers in de weg zou gaan staan aan het vrije dienstenverkeer gewaarborgd door het EEG-Verdrag zelf. De anti-discriminatieregel van artikel 7 van de verordening is in deze hypothese dan ook niet toepasselijk. Ook het algemene discriminatieverbod van artikel 7 van het EEG-Verdrag kan trouwens alsdan niet worden ingeroepen om de arbeidsvoorwaarden van de gaststaat af te dwingen met betrekking tot de werknemers van de dienstverrichter die de nationaliteit hebben van een Lid-Staat. Deze werknemers bevinden zich in de beschouwde hypothese immers niet in dezelfde omstandigheden als de werknemers die normaal en gewoonlijk op het grondgebied van de gaststaat werkzaam zijn, nu zij niet ter beschikking zijn van de lokale arbeidsmarkt. Aangezien de werknemers van de vreemde dienstverrichter en de op de nationale arbeidsmarkt aanwezige werknemers zich niet in hetzelfde geval bevinden, kan er van discriminatie geen sprake zijn louter en alleen op grond van het feit dat op de eerste categorie niet de arbeidsvoorwaarden van de gaststaat worden toegepast. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt immers dat verschillende gevallen wel degelijk op verschillende wijze mogen worden behandeld, en dat het gelijk behandelen van verschillende gevallen precies zélf op discriminatie zou kunnen neerkomen.²⁴ Er mag dan ook worden ge-

steld dat er ter zake van arbeidsvoorwaarden geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen de werknemers van de vreemde dienstverrichter op grond van hun nationaliteit. De essentie van het vrije dienstenverkeer heeft precies tot gevolg dat deze werknemers alle in beginsel worden onderworpen aan de arbeidsvoorwaarden van de Lid-Staat op wiens grondgebied hun werkgever is gevestigd. In die zin worden werknemers met verschillende EU-nationaliteit precies gelijk behandeld op grond van de voorwaarden geldend in de staat van vestiging van hun werkgever.

Overigens rijst het probleem hier niet in de eerste plaats met betrekking tot werknemers die de nationaliteit hebben van een Lid-Staat, maar wel met betrekking tot de onderdanen van derde landen die zich vanzelfsprekend niet op Verordening 1612/68 kunnen beroepen. Daarbij komt nog dat de gelijke behandeling in de zin van artikel 7 maar kan worden toegepast in de mate waarin de wetgeving van het land van tewerkstelling als toepasselijk kan worden beschouwd.²⁵

16. Ook de communautaire regelen inzake mededinging brengen geen uitkomst. De artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag strekken er immers uitsluitend toe om de vrije concurrentie te bevorderen en beogen dan ook enkel de belemmeringen van deze concurrentie voortvloeiend uit ondernemersafspraken of uit misbruik van machtsposities op de gemeenschappelijke markt uit te schakelen. Nergens voorziet het communautair mededingingsrecht in regelen die de vrije concurrentie zouden beperken met het oog op de bescherming van de werknemers of, *a fortiori*, van de nationale werkgevers die de nadelige effecten zouden ondervinden van de werking van het principe van de vrijheid van diensten als bedoeld in de artikelen 59 en 60 van het Verdrag.

17. Anderzijds verzet het gemeenschapsrecht er zich volgens het Hof van Justitie niet tegen dat de Lid-Staten bepaalde wettelijke regelen toepassen op iedereen die op hun grondgebied werkzaam is. Aldus oordeelde het Hof in het arrest *Rush Portuguesa*²⁶ dat het gemeenschapsrecht er zich niet tegen verzet dat de Lid-Staten hun wetgeving en de door de sociale partners gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten toepasselijk verklaren op eenieder die, zelfs tijdelijk, op hun grondgebied werkzaam is, ongeacht het land waar de werkgever gevestigd is. Het gemeenschapsrecht verbiedt de Lid-Staten evenmin om dergelijke regelen met behulp van passende maatregelen af te dwingen. Merkwaardig is evenwel dat het Hof deze uitspraak in *Seco* en in *Vander Elst*²⁷ uitdrukkelijk beperkt tot de wetgeving en de collectieve arbeidsovereenkomsten betreffende minimumlonen. Of hieraan veel belang dient te worden gehecht is niet duidelijk, zeker niet nu in het arrest *Vander Elst* uitdrukkelijk verwezen wordt naar de dienovereenkomstige uitspraak in de zaak *Rush Portuguesa* zonder dat daarbij aandacht wordt geschonken aan het verschil in formulering. Anderzijds kan het feit dat het Hof in *Vander Elst* opnieuw teruggrijpt op de letterlijke formulering van het arrest *Seco*, uiteraard te denken geven, in de mate waarin dit de indruk kan wekken dat het Hof

²³ Pb. L., nr. 257/2 van 19 oktober 1968; err., Pb. L., nr. 295/12 van 7 december 1968.

²⁴ Zie o.a. H.v.J., 17 juli 1963, *Commissie t. Italië*, 13/63, *Jur.*, 349; H.v.J., 27 september 1979, *Eridania*, *Jur.* 230/78, *Jur.*, 2749; H.v.J., 23 februari 1983, *Wagner*, 8/82, *Jur.*, 371.

²⁵ LYON-CAEN, A., «Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives», *R.M.C.*, 1991, 111.

²⁶ R.o. 18, met verwijzing naar het arrest *Seco*.

²⁷ Resp. r.o. 14 en r.o. 23. In *Vander Elst* wordt merkwaardig genoeg nochtans uitdrukkelijk verwezen naar *Rush Portuguesa*.

van oordeel is dat het zich in *Rush Portuguesa* wat te ver heeft gewaagd.

Dat de mogelijkheid voor de Lid-Staten om hun nationale wet mede toe te passen op tijdelijk op hun grondgebied tewerkgestelde werknemers geen totale vrijbrief inhoudt om het vrije verkeer van diensten uit te hollen, is vanzelfsprekend. Niet onbelangrijk is dat het Hof er in *Seco* trouwens uitdrukkelijk op heeft gewezen dat het algemeen opleggen van sociale-zekerheidsbijdragen of gelijksoortige lasten aan personen die diensten verrichten op hun grondgebied, niet als een passende maatregel mag worden beschouwd, nu een dergelijke maatregel de dienstverrichters niet ertoe kan aansporen de wetgeving na te leven en ook niet van nut is voor de betrokken werknemers.

In ieder geval dient rekening te worden gehouden met de beperkingen die voor dergelijke maatregelen voortvloeien uit het principe van het vrij verkeer van diensten. Het moet derhalve gaan om beperkingen ingegeven door de *rule of reason*, en dus door het algemeen belang, die de dienstverrichters gevestigd in andere Lid-Staten geen dubbele last opleggen in vergelijking met de nationale dienstverrichters en die de proportionaliteitstest met succes doorstaan.

18. Of België zijn wetgeving en collectieve arbeidsovereenkomsten toepasselijk kan maken op dienstverrichters gevestigd in andere Lid-Staten die in België tijdelijk hun werknemers tewerkstellen, zal in de meeste gevallen bepaald worden door het Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst,²⁸ en door de wet van 14 juli 1987,²⁹ waarbij dit verdrag werd bekrachtigd en de inhoud ervan meteen in het Belgisch recht werd geïncorporeerd.

In principe worden overeenkomsten krachtens artikel 3 van het verdrag beheerst door het recht dat de partijen hebben gekozen. Hebben de partijen geen rechtskeuze gedaan, dan wordt de overeenkomst op grond van artikel 4 beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst is verbonden. Dit is in beginsel het land waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst haar gewone verblijfplaats heeft. Voor arbeidsovereenkomsten echter geldt bij gebreke van rechtskeuze het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land is tewerkgesteld, of het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, in welk geval het recht van dit laatste land toepasselijk is. Is in de arbeidsovereenkomst een rechtskeuze gedaan, dan bepaalt artikel 6 dat deze er niet toe kan leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat bij gebreke van rechtskeuze op hem toepasselijk zou zijn.

Daarnaast laat artikel 7 van het verdrag nog toe dat gevolg wordt toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land, waarmee het geval nauw is verbonden, dan dat waarvan het recht wordt toegepast, indien en voor

zover deze bepalingen volgens het recht van dit andere land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Bij de beslissing of aan deze dwingende bepalingen gevolg moet worden toegekend, wordt rekening gehouden met hun aard en strekking, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing ervan zouden voortvloeien. Ten slotte kan de rechter nog de dwingende bepalingen van het forum toepassen, ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht.

Het Verdrag van 1980 is niet door alle Lid-Staten geratificeerd. Toch is dit voor België van ondergeschikt belang, aangezien de wet van 14 juli 1987 de tekst van het verdrag in het nationale recht heeft opgenomen, zodat dezelfde regelen ook gelden met betrekking tot werknemers uit niet door het verdrag gebonden landen. Wel zullen de bepalingen van de wet van 14 juli 1987 op hun beurt uiteraard aan de *rule of reason* moeten worden getoetst.

19. Worden werknemers in België tewerkgesteld op grond van het inroepen door hun werkgever van het principe van het vrije verkeer van diensten, dan betekent zulks per definitie dat deze tewerkstelling slechts tijdelijk kan zijn, en dat de betrokken werknemers na het voltooiën van hun taken teruggaan naar de Lid-Staat waar zij normaal hun werkzaamheden verrichten. In dergelijke omstandigheden zal, bij gebreke van rechtskeuze, het recht toepasselijk zijn van het land waar de werknemer gewoonlijk ter uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst arbeid verricht, d.w.z. in beginsel het land waar zijn werkgever gevestigd is. Het Belgische recht zal bij het tijdelijk verrichten door de werkgever van diensten op Belgisch grondgebied dan ook in de regel niet toepasselijk zijn op de arbeidsverhouding tussen de vreemde dienstverrichter en zijn werknemers.

Blijkt het toepasselijke recht voor de werknemers aanzienlijk minder gunstig dan het Belgische recht, dan kan enkel worden gedacht aan toepassing van Belgische dwingende wetbepalingen voor zover deze naar Belgisch recht toepasselijk mogen worden geacht, en dit overeenkomstig artikel 7 van het verdrag. Bedoeld zijn hier uiteraard de wetten van politie en veiligheid in de zin van artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek. Deze wetten verbinden, zoals bekend, elkeen die op het grondgebied woont, met dien verstande dat het begrip *wonen* moet worden geïnterpreteerd met inachtneming van de concrete rechtsbetrekking.³⁰ Aangenomen wordt dat de tewerkstelling in België de noodzakelijke band schept die vereist is voor toepassing van de wetten van politie en veiligheid, al bestaat er geen volledige duidelijkheid over de graad en de intensiteit van de tewerkstelling in België die is vereist om tot toepassing van deze wetten te leiden.³¹ Volgens het Hof van Cassatie echter zijn de wetten van politie en veiligheid slechts van toepassing op de werknemers die *gewoonlijk*

²⁸ *Pb. L.*, nr. 266 van 9 oktober 1980.

²⁹ *B.S.*, 9 oktober 1987; err., *B.S.*, 18 april 1989.

³⁰ DUMORTIER, J., *Arbeidsverhoudingen in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, 1981, 73; DE CEUSTER, J., «Het arbeidsrechtelijk statuut van Belgen tewerkgesteld in het buitenland en van buitenlanders tewerkgesteld in België», in RIGAUX, M. (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 2, Antwerpen, 1987, nr. 487, 361, nr. 487.

³¹ Zie hierover MASSANT, B. en TILLEMANS, F., «Grensoverschrijdende arbeidsrelaties in het internationaal privaatrecht», in VAN HOOGENBEMPT, H. (red.), *Werken zonder Grenzen. Fiscale en juridische aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling*, Kalmthout, 1990, 40-41, nr. 56.

hun arbeid in België verrichten, althans met betrekking tot de regels ter zake van ontslag van bedienden.³² Gaat men ervan uit dat de rechtspraak van het Hof een meer algemene toepassing kan vinden, en niet enkel beperkt is tot het ontslagrecht,³³ dan dient aangenomen te worden dat de wetten van politie en veiligheid slechts toepassing vinden indien duidelijk blijkt dat het in de bedoeling ligt van de partijen om de tewerkstelling met een zekere regelmaat of standvastigheid in België te lokaliseren.³⁴ Dit is in de hier behandelde hypothese van vrije dienstverlening per definitie niet het geval, zodat de nochtans vrij talrijke arbeidsrechtelijke wetten van politie en veiligheid naar Belgisch recht niet toepasselijk moeten worden geacht. Mitsdien kan ook artikel 7 van het verdrag niet worden ingeroepen om deze wetten toepasselijk te verklaren.

Enkel indien de werknemers van de vreemde dienstverrichter gewoonlijk, d.w.z. met een zekere langdurigheid of op grond van de duidelijk bedoeling om in België te blijven in België worden tewerkgesteld, kunnen zij aanspraak maken op de minimale maar toch reeds vrij uitgebreide bescherming die wordt geboden door de Belgische wetten van politie en veiligheid. Precies in die gevallen heeft België evenwel het recht om toepassing te maken van zijn wetgeving inzake tewerkstelling van vreemde arbeidskrachten. De betrokken werknemers zullen in deze hypothese dan ook geacht moeten worden illegaal in België te zijn tewerkgesteld, zodat een beroep op de Belgische wetten van politie en veiligheid hun allicht van weinig nut zal zijn.

Wat de collectieve arbeidsovereenkomsten betreft, die voor de arbeidsvoorwaarden uiteraard van groot belang zijn, kan bovendien allicht wellicht bezwaarlijk worden betoogd dat deze in het algemeen als wetten van politie en veiligheid mogen worden beschouwd.³⁵ Uitzondering kan ten hoogste worden gemaakt voor bv. bepaalde algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten in de Nationale Arbeidsraad.

Louter praktisch beschouwd zou toepassing ervan trouwens bijzonder moeilijk zijn, aangezien de vreemde dienstverrichter per definitie in een andere Lid-Staat is gevestigd, derwijze dat de minister van Tewerkstelling en Arbeid ten enen male de bevoegdheid en de controlemiddelen mist om te bepalen welk paritair comité bevoegd is. In dergelijke om-

standigheden kan dan ook niet worden bepaald welke collectieve arbeidsovereenkomsten de arbeidsvoorwaarden van de werknemers van een vreemde dienstverrichter zouden kunnen beheersen, zelfs in de veronderstelling dat deze overeenkomsten al als dwingende bepalingen zouden kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 7 van het verdrag.

20. De regel vervat in de wetgeving betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers naar luid waarvan de vreemde werknemers moeten worden tewerkgesteld overeenkomstig de loon- en arbeidsvoorwaarden geldend voor de Belgische werknemers³⁶ biedt ten slotte al evenmin een oplossing. Deze regel wordt immers uitgehold door het feit dat geen arbeidsvergunning kan worden geëist, zodat de voorwaarde bepaalde arbeidsvoorwaarden na te leven om een dergelijke vergunning te krijgen uiteraard volkomen zinloos is. Bovendien zou deze wetgeving enkel gelden bij tewerkstelling van een vreemde werknemer door een in België gevestigde werkgever.³⁷

Er mag dan ook worden geconcludeerd dat België van de mogelijkheid waarvan gewag wordt gemaakt in de arresten *Seco*, *Rush Portuguesa* en *Vander Elst* om de eigen wetgeving en collectieve arbeidsovereenkomsten toepasselijk te verklaren in geval van tijdelijke tewerkstelling, geen gebruik heeft gemaakt.

21. De werknemers van een dienstverrichter gevestigd in een andere Lid-Staat kunnen op grond van het bovenstaande dan ook enkel een beroep doen op arbeidsvoorwaarden en de bescherming van het land waar hun werkgever is gevestigd en waar zij normaal hun arbeid uitvoeren. Dit geldt zowel voor communautaire als voor niet-communautaire werknemers.

Is dit een land met aanzienlijk minder gunstige arbeidsvoorwaarden dan België, dan kan dit uiteraard voor de buitenlandse dienstverrichter een aanzienlijk concurrentieel voordeel uitmaken, waardoor hij zich meteen in een betere uitgangspositie bevindt dan zijn Belgische concurrenten. Zoals hierboven reeds werd opgemerkt, verzet het Europese mededingingsrecht zich daartegen hoegenaamd niet.

De vraag rijst dan ook of de Belgische mededingers van de buitenlandse dienstverrichter zich niet op het Belgisch mededingingsrecht zouden kunnen beroepen, en met name op de algemene regel van artikel 93 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument.³⁸ Artikel 93 verbiedt elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad, waardoor een verkoper de beroepsbelangen van een of meer andere verkopers schaadt of kan schaden. Verboden zijn wetsinbreuken en inbreuken op de algemene zorgvuldigheidsnorm in het commercieel verkeer.

Hierboven werd reeds aangetoond dat de in een andere Lid-Staat gevestigde dienstverrichter die t.a.v. zijn in België tewerkgestelde werknemers minder gunstige dan de Belgische arbeidsvoorwaarden toepast, daardoor geen wetsinbreuk begaat. Of zulks als een inbreuk op de algemene zorg-

³² Cass., 4 december 1989, *J.T.T.*, 1990, 77; – zie ook Arbh. Brussel, 21 maart 1989, *J.T.T.*, 391. In dezelfde zin, DE CEUSTER, J., o.c., 364, nr. 492, en BLONDIAU, P., CLAEYS, Th., MAINGAIN, B. en SCHEYVAERTS, H., «La rupture du contrat de travail», *J.T.T.*, 1986, 105. Zie nochtans, voor kritische commentaar, BLONDIAU, P., CARLIER, E., CLAEYS, Th. en MAINGAIN, B., «La rupture du contrat de travail», *J.T.T.*, 1993, 453.

³³ Wat volgens Blondiau e.a. (o.c., *J.T.T.*, 1993, 453) niet onlogisch zou zijn. Volgens deze auteurs is het immers onaanvaardbaar dat bv. de regelen inzake arbeidsveiligheid enkel bij gewoontelijke tewerkstelling toepassing zouden vinden. De verregaande veralgemening van het begrip wetten van politie en veiligheid die deze auteurs in deze recentere bijdrage voorstaan, dreigt echter in de context van het vrije dienstenverkeer onverenigbaar te zijn met de *rule of reason* die aan elke beperking van deze vrijheid ten grondslag dient te liggen.

³⁴ MASSANT, B. en TILLEMANS, F., o.c., 41, nr. 56, alsmede het in voetnoot 66 aldaar geciteerde arrest van Arbh. Antwerpen, 2e k., 20 maart 1990, A.R., nr. 545/87, niet gepubl.

³⁵ Zie hierover MASSANT, B. en TILLEMANS, F., o.c., 48-49, nr. 68.

³⁶ K.B. 6 november 1967, art. 7; K.B. nr. 34 van 20 juli 1967 betreffende de tewerkstelling van werknemers van vreemde nationaliteit, art. 27, 2°, a.

³⁷ DUBOIS, B., DELCOUR, M. en NEYT, K., o.c., nr. 173.

³⁸ B.S., 29 augustus 1991; err., B.S., 10 oktober 1991.

vuldigheidsnorm kan worden beschouwd, is twijfelachtig. Het behoort immers tot het wezen van de vrije markt en van de mededinging dat elke marktdeelnemer gebruik maakt van een kostenvoordeel. Zolang de vreemde dienstverrichter zich houdt aan de arbeidsvoorwaarden voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomsten die hij in de Lid-Staat van vestiging met zijn werknemers heeft gesloten, kan allicht bezwaarlijk worden betoogd dat hij zich aan onrechtmatige mededinging bezondigt.

22. De vragen die op het vlak van de arbeidsvoorwaarden en de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers van een in een andere Lid-Staat gevestigde dienstverrichter die zich beroept op het vrije verkeer van diensten zijn gerezen, rijzen zeker niet in dezelfde mate wat betreft de toepassing van de sociale zekerheid.

In zoverre de betrokken werknemers de nationaliteit hebben van een Lid-Staat, zal de toepasselijke wetgeving namelijk worden aangewezen door Verordening 1408/71. In de regel zullen deze werknemers kunnen worden gedetacheerd overeenkomstig artikel 14, lid 1, a, van de verordening, aangezien zij slechts tijdelijk op het grondgebied van een andere Lid-Staat voor rekening van hun werkgever prestaties verrichten.

Dat de betrokken werknemers geen gebruik maken van hun recht op vrij verkeer krachtens artikel 48 e.v. van het EEG-Verdrag, doet daaraan geen afbreuk, nu Verordening 1408/71 sedert de uitbreiding van haar toepassingsgebied tot degenen die anders dan in loondienst arbeid verrichten, niet langer enkel het vrij verkeer van werknemers, maar ook het vrije verkeer van diensten beoogt te bevorderen.³⁹

Voor werknemers die niet de nationaliteit hebben van een Lid-Staat, ligt de zaak allicht iets ingewikkelder. Het beginsel van het vrij dienstenverkeer heeft tot gevolg dat de onderwerping van deze werknemers en hun werkgever aan de sociale zekerheid van de Lid-Staat waar de dienst tijdelijk verricht wordt, moet worden getoetst aan het algemeen belang en aan het proportionaliteitsvereiste. Aangezien het hier per definitie gaat om het tijdelijk verrichten van een dienst, lijkt het algemeen belang geenszins te zijn gebaat bij een onderwerping aan de sociale zekerheid van de staat op wiens grondgebied de werknemers prestaties verrichten. Een dergelijke onderwerping zou de bescherming van de betrokken werknemers geenszins doen toenemen, aangezien zij in de regel geen aanspraken kunnen laten gelden op de voordelen verstrekt door de sociale zekerheid van de gaststaat. Anderzijds moet ervan worden uitgegaan dat de in een andere Lid-Staat gevestigde dienstverrichter voor zijn werknemers reeds bijdragen dient te betalen in de Lid-Staat waar hij is gevestigd, derwijze dat een onderwerping aan de sociale zekerheid van de gaststaat onvermijdelijk een dubbele last voor

hem zou uitmaken. Er mag dan ook worden aangenomen dat het principe van het vrije verkeer van diensten zich ertegen verzet dat de werknemers van de dienstverrichter die geen onderdanen van een Lid-Staat zijn, aan de sociale zekerheid van de gaststaat worden onderworpen.

Daarbij rijst evenwel de vraag naar de invloed van eventuele bilaterale verdragen inzake sociale zekerheid die de gaststaat zou hebben gesloten met het derde land waarvan de betrokken werknemers de nationaliteit hebben. In de regel voorzien dergelijke verdragen in onderwerping van de werknemer aan de sociale zekerheid van het land waar metterdaad arbeid wordt gepresteerd.⁴⁰ Een conflict kan alsdan ontstaan tussen de communautaire regel, die de Lid-Staat verbiedt om de werknemer van een in een andere Lid-Staat gevestigde dienstverrichter aan de nationale sociale zekerheid te onderwerpen, en het bilateraal verdrag dat de gaststaat heeft gesloten met het derde land waarvan de werknemer een onderdaan is. Dit bilateraal verdrag zal er immers precies van uitgaan dat de gaststaat zijn nationale sociale zekerheid toepast; de verzekeringstijdvakken die aldus worden volbracht kunnen later voor de werknemer van belang zijn wanneer hij naar zijn vaderland terugkeert, aangezien zij door de administratie aldaar in aanmerking zullen dienen te worden genomen bij de bepaling van zijn rechten. De Lid-Staat waar de dienst tijdelijk wordt gepresteerd, bevindt zich dan ook tussen twee vuren: enerzijds zal de dienstverrichter kunnen weigeren zijn werknemers aan de sociale zekerheid van de gaststaat te onderwerpen, tenminste in zoverre zij aan de sociale zekerheid van de vestigingsstaat werden onderworpen, maar anderzijds zou de werknemer zich kunnen beroepen op het bilateraal verdrag dat de gaststaat met zijn vaderland heeft gesloten om de periode van tijdelijke tewerkstelling in de gaststaat als verzekeringsperiode te beschouwen. De enig mogelijke oplossing voor dit conflict tussen deze twee moeilijk met elkaar te verzoenen normen bestaat er allicht in dat de gaststaat de op zijn grondgebied verrichte prestaties desgevraagd gelijkstelt met een verzekeringsperiode zonder daarvoor evenwel bijdragen te kunnen invorderen. Het valt evenwel sterk te betwijfelen of zulks mogelijk is zonder aangepaste nationale wetgeving.

23. Inzake de aanvullende voordelen die veelal op het niveau van de bedrijfstak worden toegekend, en waarvan het beheer in België meer bepaald aan fondsen voor bestaanszekerheid is toevertrouwd, kan allicht toepassing worden gemaakt van de algemene regel van toetsing aan het algemeen belang en aan de proportionaliteitsregel.

Vaak zijn dergelijke voordelen geënt op het wettelijk stelsel van sociale zekerheid, in die zin dat het gaat om aanvullende werkloosheidsuitkeringen, aanvullende uitkeringen bij arbeidsongeschiktheid, enz. In veel gevallen is de band met de wettelijke sociale zekerheid zo sterk dat het aanvullend voordeel slechts wordt toegekend op voorwaarde dat de werknemer metterdaad aanspraak kan maken op een wettelijke uitkering. In België is dit zeker vaak het geval. De band

³⁹ In haar aanhef verwijst de verordening evenwel nog steeds enkel naar de artikelen 2, 7 en 51 van het verdrag. Deze artikelen volstaan evenwel niet langer als rechtsgrond, nu de verordening niet alleen rechten verleent aan de familieleden van de werknemers, maar sedert 1983 ook de zelfstandigen betreft. Vgl. PIETERS, D., «Enquiry into the legal foundations of a possible extension of community provisions on social security to thirdcountry nationals legally residing and/or working in the European Union», in X, *Social Security in Europe. Equality between nationals and non-nationals*, Verslagboek van het Eerste Europees Congres over Sociale Zekerheid, Porto, 1995, 199 e.v.

⁴⁰ Zie hierover VAN HOOGENBEMT, H., «Aanwijzing van de toepasselijke wet inzake sociale zekerheid», in VAN HOOGENBEMT, H. (red.), *Werken zonder Grenzen. Fiscale en juridische aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling*, Kalmthout, 1990, 91, nr. 117; DELANNOO, P., «De sociale zekerheid van migrerende werknemers in de bilaterale verdragen», *B.T.S.Z.*, 1969, 1029.

met het wettelijk stelsel gaat zelfs zover dat in de meeste gevallen de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid optreedt als inrichtingsorganisme voor de fondsen voor bestaanszekerheid.

In dergelijke omstandigheden is het duidelijk dat het algemeen belang er niet mee gediend is dat de vreemde dienstverrichter en zijn werknemers aan het stelsel van de werkstaat worden onderworpen, nu het risico bestaat dat de werknemers, die in beginsel aan de sociale zekerheid van de staat van vestiging van hun werkgever onderworpen blijven, nooit enig beroep op de aanvullende voordelen toegekend door de gaststaat zullen kunnen doen.

Kan het aanvullend voordeel ook buiten de toelating tot de sociale zekerheid van de gaststaat worden genoten, dan kan daarentegen aan de voorwaarde van het algemeen belang zijn voldaan. Alsdan dient evenwel te worden nagegaan of de werknemer in de staat van vestiging niet reeds een analoog voordeel kan genieten, aangezien alsdan aan de werkgever een dubbele last zou worden opgelegd die niet met het vrije verkeer van diensten te verzoenen is.⁴¹

Wat België betreft zij vastgesteld dat de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid de neiging vertoont om de inning van de bijdragen voor de fondsen voor bestaanszekerheid te koppelen aan de onderwerping aan de Belgische sociale zekerheid. In de praktijk zou bij tijdelijke dienstverlening in België dan ook geen probleem mogen rijzen. Strikt genomen gaat het hier evenwel om een arbeidsrechtelijke regeling waarop noch Verordening 1408/71 noch de bilaterale verdragen inzake sociale zekerheid van toepassing zijn. Afgezien nog van de implicaties van het vrije verkeer van diensten kan België de regeling inzake fondsen voor bestaanszekerheid dan ook slechts toepassen in de mate waarin ofwel het Belgische arbeidsrecht van toepassing mag worden geacht ofwel de desbetreffende bepalingen als wetten van politie en veiligheid kunnen worden aangemerkt. Aan de eerste voorwaarde is per hypothese reeds niet voldaan; de tweede kan, zoals hierboven reeds werd aangetoond, slechts worden vervuld in het geval van een *gewoonlijke* tewerkstelling.⁴² Ook deze is er welhaast per definitie niet, zodat moet worden aangenomen dat België, ongeacht nog de Europese regels, de werknemers van een in een andere Lid-Staat gevestigde dienstverrichter niet aan de regeling inzake fondsen voor bestaanszekerheid kan onderwerpen bij gebreke van dwingende nationale regelen daartoe.

24. Uit het bovenstaande volgt dat, gelet op de steeds concretere invulling van het vrije dienstenverkeer door het Hof van Justitie, het risico voor zgn. sociale dumping aanzienlijk is toegenomen nu minder welvarende Lid-Staten tot de Europese Unie zijn toegetreden, en er associatieakkoorden zijn gesloten met een aantal Oost-Europese landen. Het kan voor de Belgische afnemer van diensten in dergelijke omstandigheden een aantrekkelijk alternatief worden om een beroep te doen op in andere Lid-Staten gevestigde dienstverrichters. Dat de arbeidsvoorwaarden in België daardoor

op termijn onder druk kunnen komen te staan, lijkt onvermijdelijk. De huidige Belgische wetgeving kan hiertegen geen afdoende bescherming bieden.

De Europese Commissie, die zich bewust is van dit probleem, dat uiteraard niet alleen België treft, diende in 1991 een voorstel in van richtlijn betreffende de uitzending van werknemers in het kader van het vrije verkeer van diensten, waarvan de bedoeling was de dwingende arbeidsrechtelijke bepalingen van de staat op wiens grondgebied een dienst wordt verricht toepasselijk te maken ongeacht welk recht op de arbeidsverhouding van toepassing is.⁴³ Dit voorstel stuitte op tegenstand, en de Raad kon noch op 6 noch op 21 december 1994 hierover tot een akkoord komen.

Twijfels zijn overigens gerezen over de bevoegdheid van de Europese Unie om een regeling uit te vaardigen waarbij de nationale arbeidsvoorwaarden van de Lid-Staat op wiens grondgebied een dienst wordt verricht, afdwingbaar worden gemaakt van de vreemde dienstverrichter. Met name is de vraag gerezen aan welke verdragsbepaling de Raad deze bevoegdheid zou ontlelen.

De artikelen 66 en 57, lid 2, die het vrije dienstenverkeer betreffen, zijn op zichzelf zeker geen rechtsgrond, nu een regel die ertoe strekt de dienstverrichter andere regels te dezen naleven dan die van de vestigingsstaat zeker het vrije verkeer niet bevordert, maar veeleer beperkt.⁴⁴ Eenzelfde probleem geldt met betrekking tot artikel 100 van het verdrag, nu de voorgestelde maatregel er niet toe strekt de gemeenschappelijke markt beter te doen functioneren maar juist de als te verregaand ervaren gevolgen ervan te bestrijden.⁴⁵ Enkel artikel 118A zou als rechtsgrond in aanmerking kunnen komen.⁴⁶ Er zij evenwel opgemerkt dat artikel 118A enkel betrekking heeft op de verbetering van het arbeidsmilieu met het oog op de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers. Enkel op dit weliswaar essentiële maar toch vrij beperkte gebied zou dus een rechtsgeldige gemeenschapsrechtelijke beschermingsregel kunnen worden verwacht.

25. De enige doeltreffende bescherming tegen de dreiging van *sociale dumping* is dan ook wellicht een nationale wet die voorziet in een minimale bescherming zonder de toegelaten beperkingen van het vrije dienstenverkeer te buiten te gaan.

Een wettelijke bepaling naar luid waarvan alle bepalingen van het Belgische arbeidsrecht en alle relevante Belgische arbeidsvoorwaarden toepasselijk zouden zijn op een dienstverrichter gevestigd in een andere Lid-Staat en op zijn werknemers, zou zonder enige twijfel in strijd zijn met de artikelen 59 e.v. van het EEG-Verdrag omdat zij de negatie zou zijn van het principe van het vrije dienstenverkeer.⁴⁷ In een minimale bescherming zou evenwel kunnen worden voorzien, zoals blijkt uit de arresten *Seco*, *Rush Portuguesa* en *Vander Elst*. Dat het afdwingbaar maken van minimumlonen daarbij zeker mogelijk is, volgt expliciet uit de tekst van de drie ar-

⁴¹ Zie hierover BRIERS, I. en JORENS, Y., «Detachering en het collectieve arbeidsrecht: een probleemstelling», in VAN REGENMORTEL, A. en JORENS, Y. (red.), *Internationale detachering*, Brugge, 1993, 272-275, nrs. 518-520.

⁴² Waarbij nog voor ogen dient te worden gehouden dat de werking van de fondsen voor bestaanszekerheid door collectieve arbeidsovereenkomsten wordt beheerst.

⁴³ Pb. C., nr. 225 van 30 augustus 1991, 6. Voor het aangepaste voorstel van 1993, zie Pb. C., nr. 187/07 van 9 juli 1993.

⁴⁴ EICHENHOFER, E., «Posting of employed persons and labour conditions», referaat 2e Europese conferentie over Sociale Zekerheid, Kreta, 11-15 oktober 1995, 19.

⁴⁵ EICHENHOFER, E., o.c., 20.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ EICHENHOFER, E., o.c., 24.

resten.⁴⁸ Wat verder mogelijk is dient allicht wetgeving per wetgeving te worden nagegaan. In ieder geval ziet het er sedert het arrest *Keck en Mithouard* naar uit dat de nationale overheid meer beleidsruimte heeft gekregen doordat niet-discriminatoire regelen die bepaalde modaliteiten van dienstverlening reglementeren of verbieden, als toelaatbaar kunnen worden beschouwd.

IV. HET SOCIAAL STATUUT VAN DE IN EEN ANDERE LID-STAAT GEVESTIGDE DIENSTVERRICHTER ZELF

26. Aan artikel 59, lid 3, van het EEG-Verdrag ontleent de dienstverrichter het recht om tijdelijk zijn werkzaamheden uit te oefenen in het land waar de dienst wordt verricht.

Teneinde dergelijke mobiliteit te bevorderen bepaalt artikel 14bis, lid 1, van Verordening 1408/71 betreffende de toepassing van de sociale-zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen⁴⁹ dat op degene die op het grondgebied van een Lid-Staat gewoonlijk werkzaamheden anders dan in loondienst uitoefent en op het grondgebied van een andere Lid-Staat arbeid verricht, de wetgeving van eerstbedoelde Lid-Staat van toepassing blijft, mits de te verwachten duur van die arbeid niet meer dan twaalf maanden bedraagt.

In haar oorspronkelijke versie had Verordening 1408/71 enkel tot doel het vrije verkeer van werknemers te bevorderen. Sinds de Raad de toepassingsfeer met toepassing van artikel 235 van het EEG-Verdrag verruimde tot de zelfstandigen, moet zij eveneens geacht worden het vrij verkeer van diensten te bevorderen, al wordt dit nergens met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht.⁵⁰

Degene die zich op artikel 14bis, lid 1, van de verordening wenst te beroepen, dient in de praktijk bij de bevoegde instelling van de Lid-Staat aan wiens wetgeving inzake sociale zekerheid hij is onderworpen, de afgifte te vragen van een formulier E 101, aan de hand waarvan hij in de Lid-Staat op wiens grondgebied hij tijdelijk diensten gaat verrichten, kan aantonen dat hij regelmatig verzekerd is in de staat waar hij is gevestigd. Dit formulier vermeldt uiteraard dat hij als niet-loontrekkende aan de sociale zekerheid is onderworpen.

Voor de duur van het verrichten van de dienst op het grondgebied van de andere Lid-Staat blijft de dienstverrichter alsdan verzekerd in het stelsel van sociale zekerheid dat normaal op hem van toepassing is, indien tenminste deze duur één jaar niet overschrijdt. Verlenging is weliswaar mogelijk, maar de bevoegde autoriteit van de gaststaat moet daartoe haar instemming verlenen.

27. Recentelijk is in een aantal gevallen betwisting ontstaan naar aanleiding van het feit dat de Belgische autoriteiten op grond van nationale criteria beslisten dat bepaalde dienstverrichters uit de Europese Unie in werkelijkheid werknemers waren, en mitsdien aan het Belgisch arbeids-

recht en aan de Belgische sociale zekerheid dienden te worden onderworpen.

Problemen deden zich o.a. voor met betrekking tot schouwspelartiesten die in België een aantal optredens kwamen verzorgen. Op grond van artikel 3, 2°, van het K.B. van 28 november 1969, dat de toepassing van de wetgeving inzake sociale zekerheid voor werknemers verruimt tot de schouwspelartiesten (zonder hen overigens als werknemers aan te merken) oordeelde de Belgische overheid dat de betrokkenen in weerwil van hun klaarblijkelijke onderwerping als zelfstandige aan de sociale zekerheid van andere Lid-Staten aan de Belgische sociale zekerheid voor werknemers dienden te worden onderworpen.

Wellicht in het kader van haar strijd tegen de koppelbazen trof de overheid analoge maatregelen met betrekking tot onderdanen van andere Lid-Staten die werkzaam waren o.a. in de vleessector en in de opruiming van asbest. In deze gevallen werden de betrokkenen zonder meer als werknemer beschouwd en werd de afnemer van hun diensten als werkgever aangemerkt.

28. Dit optreden van de Belgische overheid doet uiteraard allereerst vragen rijzen die verband houden met de toepassing van Verordening 1408/71 zelf. Meer bepaald kan men zich afvragen of het een Lid-Staat vrijstaat om zonder enige voorafgaande discussie een attest van onderwerping aan de sociale zekerheid opgesteld door de bevoegde autoriteit van een andere Lid-Staat op het daartoe bestemde formulier E 101 terzijde te schuiven.

De vraag of een dergelijk attest een declaratieve dan wel een constitutieve werking heeft, werd tot dusver door het Hof van Justitie niet beslecht. In de recente zaak *Calle Grenzshop* was de vraag weliswaar aan de orde, maar door het antwoord van het Hof op de eerste vragen van de verwijzende rechter werd zij zonder voorwerp.⁵¹ Voor het Hof was de Commissie van oordeel dat alleen aan de hand van de feitelijke omstandigheden kan worden beoordeeld of aan de voorwaarden van de verordening is voldaan, zodat het formulier E 101 de bewijskracht van andere bewijsstukken niet kan opheffen. Voor de Commissie heeft het formulier dan ook slechts een declaratieve werking.⁵² Volgens advocaat-generaal Lenz daarentegen bindt het formulier de autoriteiten van de gaststaat zolang niet wordt bewezen dat het gebaseerd is op objectief onjuiste gegevens. De advocaat-generaal baseert zijn visie op de juiste overweging dat, indien het tegendeel wordt aangenomen, het risico bestaat dat de betrokken Lid-Staten elk hun eigen wetgeving zullen toepassen, wat *de facto* tot een dubbele verzekering leidt die in strijd is met het principe van de uniciteit van de toepasselijke wet. De vraag rijst trouwens welke zin het formulier E 101 nog kan hebben indien de Lid-Staten er geen bewijswaarde aan dienen te hechten. Overigens zij erop gewezen dat artikel 11

⁴⁸ Vgl. DUBOIS, B., DELCOUR, M. en NEYT, K., o.c., nr. 190.

⁴⁹ Pb. L., nr. 149 van 5 juli 1971. Voor een gecoördineerde versie, zie Pb. L., nr. 230 van 22 augustus 1983.

⁵⁰ Vgl. PIETERS, D., «Situering van het Europees sociale zekerheidsrecht», in PIETERS, D. (red.), *Europees Sociaal Zekerheidsrecht. Commentaar.*, Antwerpen, 1988, 21.

⁵¹ H.v.J., 16 februari 1995, *Calle Grenzshop*, C-425/93, J.T.T., 297; zie, voor een korte commentaar, JORENS, Y., in R.W., 1995-96, 514-516.

⁵² Zie ook, in die zin, CORNELISSEN, R., «Detachering binnen de Europese Gemeenschap. Juridisch kader», in VAN REGENMORTEL, A. en JORENS, Y. (red.), *Internationale Detachering*, o.c., 33, en DUBOIS, B., DELCOUR, M. en NEYT, K., o.c., nr. 142.

van Verordening 574/72 naar het formulier E 101 verwijst als naar het *bewijs* van onderwerping.⁵³

Het is derhalve bijzonder twijfelachtig of het de Belgische overheid en de Belgische rechter staat het attest van verdere onderwerping aan de sociale zekerheid afgegeven door een andere Lid-Staat zonder meer terzijde te schuiven.

29. Behalve in het hierboven gesignaleerde geval van de schouwspelartiesten beperkt de Belgische overheid er zich overigens niet toe de in een andere Lid-Staat gevestigde dienstverrichters aan de Belgische sociale zekerheid te onderwerpen, maar beschouwt zij hen tevens als werknemers in de arbeidsrechtelijke zin, met alle gevolgen van dien.

Dit alles heeft uiteraard tot gevolg dat de in een andere Lid-Staat gevestigde dienstverrichter, die op grond van de wetgeving van de vestigingsstatuut een zelfstandig statuut heeft, in België opnieuw aan de sociale zekerheid wordt onderworpen, maar dan als werknemer. De dubbele verzekering waarvoor advocaat-generaal Lenz waarschuwde in de zaak *Calle Grenzshop*, is dan ook een feit. Een dergelijke dubbele onderwerping is niet alleen in strijd met artikel 13, lid 1, van Verordening 1408/71, maar kan onmiskenbaar het vrij verkeer van diensten belemmeren. Dit geldt des te meer nu uiteraard ook aan de afnemer van de dienst op Belgisch grondgebied verplichtingen worden opgelegd van arbeidsrechtelijke aard en inzake sociale zekerheid.

Hiertegen zou allicht kunnen worden geargumenteed dat er in dezen geen sprake is van een dienst, maar van een activiteit als werknemer die in België als zodanig is gereguleerd.

Het is inderdaad zo dat het EEG-Verdrag zich uiteraard niet inlaat met de nationale kwalificatie die aan een bepaalde activiteit wordt gegeven, en dat de afbakening tussen het vrij verkeer van werknemers en het vrij verkeer van diensten mitsdien niet altijd even duidelijk is.

Er zij niettemin aan herinnerd dat een activiteit als een dienst wordt beschouwd, ook al is zij in bepaalde Lid-Statens streng gereguleerd.⁵⁴ De reglementering in de Lid-Staat waar de dienst tijdelijk zal worden uitgeoefend, zal uiteraard op de dienstverrichter toepasselijk zijn in de mate waarin deze reglementering verenigbaar is met het beginsel van het vrij verkeer. In die zin kan dan ook worden aangenomen dat, wanneer een dienstverrichter die gevestigd is in een Lid-Staat op grond van wiens wetgeving hij als zelfstandige mag worden beschouwd, beslist om tijdelijk een dienst te verlenen op het grondgebied van een andere Lid-Staat, hij aldaar slechts onder de reglementering voor werknemers zal vallen voor zover zulks door de gaststaat kan worden gerechtvaardigd op grond van het algemeen belang en voor zover de beperkende regelen in verhouding staan tot het beoogde resultaat.

Inzake sociale zekerheid is al meteen duidelijk dat, gelet op de zeer tijdelijke aanwezigheid van de dienstverrichter in België en zijn verdere onderwerping aan de sociale zekerheid van de Lid-Staat waar hij normaal zijn activiteit uitoe-

fent, per hypothese aan geen van beide voorwaarden is voldaan.

Wat de arbeidsrechtelijke regelen betreft, kan als algemeen belang allicht de bescherming van de werknemers worden ingeroepen. Vraag is natuurlijk of dit belang zover reikt dat het moet leiden tot bescherming van onderdanen van een andere Lid-Staat die zelf beweren zelfstandig te zijn. In de mate waarin onrechtstreeks de bescherming wordt beoogd van de eigen nationale werknemers, rijst overigens wel de vraag of de toepassing van het Belgische arbeidsrecht er alsdan niet toe strekt deze werknemers te beschermen tegen de gevolgen van het vrije verkeer van diensten zelf, wat bezwaarlijk in overeenstemming kan worden geacht met de artikelen 59 e.v. van het EEG-Verdrag.

Bovendien rijst steeds het probleem dat de arbeidsrechtelijke wetten van politie en veiligheid volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie⁵⁵ slechts toepasselijk zijn in geval van gewoontelijke tewerkstelling, die er in de hier beschouwde gevallen welhaast per definitie niet is.

Dit neemt uiteraard niet weg dat de beperkingen inzake arbeidsrecht wel kunnen worden toegepast in de veeleer uitzonderlijke gevallen waarin zij ertoe strekken om overeenkomstig artikel 56 van het EEG-Verdrag de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid te beschermen. Men zou zich aldus bv. kunnen indenken dat bepaalde regelen ter bestrijding van koppelbazen wel zouden kunnen worden toegepast in weerwil van het beginsel van het vrij verkeer van diensten, nu dergelijke regelen er niet toe strekken private belangen te beschermen, maar de organisatie van de arbeidsmarkt in haar geheel betreffen.

V. BEPERKINGEN AAN BEPAALDE DIENSTVERLENENDE ACTIVITEITEN

30. In een onderzoek naar de relatie tussen het vrij verkeer van diensten en het Belgisch sociaal recht past ten slotte een onderzoek naar de reglementering van bepaalde dienstverlenende activiteiten die verband houden met arbeidsmarkt en met tewerkstelling en personeel. Bepaalde activiteiten zijn namelijk aan een voorafgaande erkenning onderworpen, wat impliceert dat aan een aantal voorwaarden dient te worden voldaan.

Met name dient te worden nagegaan of de voorwaarden die worden gesteld om dergelijke activiteiten te mogen uitoefenen, wel de toets doorstaan van het algemeen belang en het proportionaliteitsvereiste.

31. Om in het Vlaamse Gewest actief te zijn, dienen uitzendbureaus vooraf een erkenning te krijgen.⁵⁶ Ook buiten het Vlaamse Gewest gevestigde uitzendbureaus dienen over deze erkenning te beschikken indien zij in Vlaanderen activiteiten wensen uit te oefenen. Om de erkenning te krijgen, dient aan een hele reeks voorwaarden te zijn voldaan. Voor uitzendbureaus gevestigd in andere Lid-Statens is bepaald dat zij de erkenning kunnen krijgen mits zij aantonen dat zij in hun vestigingsstaat aan soortgelijke voorwaarden dienen

⁵³ VAN REGENMORTEL, A., «Inleiding en probleemstelling», in VAN REGENMORTEL, A. en JORENS, Y. (red.), *Internationale Detachering*, o.c., 8.

⁵⁴ H.v.J., 24 maart 1994, *Schindler*, C-275/92, *Jur.*, I, 1039, r.o. 31-35; zie ook LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, 1995, 170, nr. 192.

⁵⁵ Zie *supra*, nr. 19.

⁵⁶ Decreet van 6 maart 1991 houdende regeling tot erkenning van de uitzendbureaus in het Vlaamse Gewest (*B.S.*, 1 mei 1991). Voor commentaar, zie TILLEMANS, F., *Tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en terbeschikkingstelling van werknemers*, Antwerpen, 1992, 45 e.v.

te voldoen. Hierover beslist een erkenningscommissie die, indien zij tot de bevinding komt dat de voorwaarden waaraan het bureau op grond van de wet van de vestigingsstaat moet voldoen, niet geheel gelijkwaardig zijn, de minister kan voorstellen het bureau een deel of het geheel van de voor Vlaamse bureaus geldende voorwaarden op te leggen.

De voorwaarden voor nationale bureaus en voor bureaus uit een andere Lid-Staat zijn derhalve identiek. Daarbij komt dat het Hof van Justitie destijds reeds heeft geoordeeld dat het de Lid-Staten vrijstaat om de terbeschikkingstelling van personeel aan een stelsel van vergunningen te onderwerpen, wanneer er gegronde vrees bestaat dat deze activiteit de goede werking van de arbeidsmarkt zou kunnen verstoren.⁵⁷ Aangenomen mag dan ook worden dat de bepalingen van het decreet conform het principe van het vrij verkeer van diensten zijn.

De enige twijfel die zou kunnen rijzen, heeft betrekking op de verplichting voor het uitzendbureau op grond van artikel 6, § 1, om een natuurlijke persoon aan te wijzen met woon- of verblijfplaats in België die bevoegd is om het bureau tegenover derden te verbinden en in rechte te vertegenwoordigen. Dit doet immers enigszins denken aan het vereiste van een vaste inrichting, dat door het Hof van Justitie reeds vroeger als strijdig met het vrije dienstenverkeer werd beschouwd. Volgens het Hof is een dergelijke vereiste slechts aanvaardbaar als het onmisbaar is om het beoogde (en oirbare) doel te bereiken.⁵⁸ In dezen zij vastgesteld dat het doel dat wordt nagestreefd, niet erg duidelijk is. De parlementaire voorbereiding brengt nauwelijks uitsluitsel.

Een volkomen analoge redenering kan worden gevolgd wat betreft de outplacementkantoren en de kantoren van werving en selectie in het Vlaamse Gewest. Ook deze kantoren dienen over een erkenning te beschikken.⁵⁹ Voor in andere Lid-Staten gevestigde bureaus gelden regels die analoog zijn met die geldend voor uitzendbureaus. In het Brussels en het Waalse gewest, zijn tot op heden over deze materie nog geen regels opgesteld.

32. Arbeidsongevallenverzekeringen mogen enkel worden gesloten met een verzekeraar die in België gemachtigd is.⁶⁰ Buitenlandse verzekeringsmaatschappijen kunnen een machtiging krijgen, maar dienen wel in België een bedrijfszetel te vestigen en een algemene lasthebber met woon- of verblijfplaats in België aanwijzen die gemachtigd is de maatschappij te verbinden tegenover derden en haar te vertegenwoordigen tegenover de Belgische overheid en de rechter.⁶¹

Dat de verplichting om een vestiging te hebben op Belgisch grondgebied de negatie zelf is van het principe van het vrije verkeer is een evidentie.⁶²

Vraag is uiteraard of de regelen inzake vrij verkeer in dezen van toepassing zijn. Volgens bepaalde auteurs kan men zich namelijk afvragen of de activiteit van een arbeidsongevallenverzekeraar wel een private activiteit is, nu de sociale zekerheid een openbare dienst is in de functionele zin.⁶³ Toch lijkt dit niet voldoende om de uitzondering te rechtvaardigen van artikel 55 jo. 66 van het EEG-Verdrag, aangezien daarin enkel sprake is van werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in een Lid-Staat. Het lijkt nogal overdreven de taak van een arbeidsongevallenverzekeraar in verband te brengen met de uitoefening van het openbaar gezag.

Aangezien de wet voorziet in de mogelijkheid voor de werkgevers om aan te sluiten bij een overheidsinstelling, t.w. het Fonds voor Arbeidsongevallen, terwijl zij anderzijds de mogelijkheid hebben om aan te sluiten bij een private verzekeraar naar keuze, is niet duidelijk waarom het beginsel van het vrije verkeer hier niet zou spelen.

De verplichting opgelegd aan in een andere Lid-Staat gevestigde verzekeraars om in België een vestiging te hebben en om er een algemeen lasthebber op na te houden dient dan ook te worden gerechtvaardigd aan de hand van de *rule of reason* en dit met inachtneming van de proportionaliteits-test.

De enige aanwijsbare reden waarom een vestiging in België wordt geëist, schijnt betrekking te hebben op de controle over de naleving door de verzekeraar van de verplichtingen hem opgelegd door afdeling I van hoofdstuk III van de Arbeidsongevallenwet. Dat een dergelijke controle het algemeen belang dient, kan niet worden betwist. Wel rijst de vraag of hetzelfde doel niet met minder ingrijpende middelen kan worden bereikt, bv. door na te gaan of de verzekeraar in zijn vestigingsstaat niet aan gelijkwaardige voorwaarden dient te voldoen. Per slot van rekening is de bedoeling hier slechts een voldoende solvabiliteit te waarborgen en spelen hier geen meer verregaande overwegingen een rol zoals bv. de coherentie van het Belgisch sociaal of fiscaal systeem.⁶⁴ Er kan dan ook enige twijfel bestaan over de compatibiliteit van artikel 2, § 2, van het uitvoeringsbesluit met het principe van het vrije verkeer.

33. Sociale secretariaten behoeven, om hun aangesloten bij de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid te kunnen vertegenwoordigen, een erkenning van de minister van Sociale Voorzorg. Daartoe dienen zij te zijn opgericht in de vorm van een vereniging zonder winstoogmerk, dient zich onder de stichtende leden een vereniging van werkgevers te bevinden die een niet winstgevend doel nastreeft en die representatief is op economisch en sociaal gebied (of tenminste een natuurlijk persoon handelend in naam van een dergelijke vereniging als zij geen rechtspersoonlijkheid heeft)

⁵⁷ H.v.J., 17 december 1981, *Webb*, 279/80, *Jur.*, 198.

⁵⁸ H.V.J., 4 december 1986, *Commissie / Duitsland*, 205/84, *Jur.*, 3755.

⁵⁹ Decreet van 3 maart 1993 houdende regeling tot erkenning van de outplacement-, wervings- en selectiebureaus in het Vlaamse Gewest (*B.S.*, 22 juni 1993).

⁶⁰ Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, art. 49.

⁶¹ K.B. van 21 december 1971 houdende uitvoering van sommige bepalingen van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, art. 2 § 2.

⁶² Zie o.a. H.v.J., 25 juli 1991, *Säger*, C-76/90, *Jur.*, I, 4221, r.o. 13; H.v.J., 26 februari 1991, *Commissie / Frankrijk*, C-154/89, *Jur.*, I, 659, r.o. 12; H.v.J., 4 december 1986, *Commissie / Duitsland*, *gecit.*

⁶³ VAN LANGENDONCK, J., *Handboek sociaal zekerheidsrecht*, 2e uitg., Antwerpen, 1991, 252-253.

⁶⁴ De coherentie van het fiscaal systeem rechtvaardigt volgens het Hof van Justitie bepaalde afwijkingen op het vrije verkeer van diensten, inzonderheid wat betreft de aftrekbaarheid van bijdragen betaald in het kader van pensioenverzekeringen, waarvoor mag worden geëist dat deze bijdragen werden betaald aan een verzekeringsinstelling met vestiging in België: H.v.J., 28 januari 1992, *Bachmann*, C-204/90, *Jur.*, I, 249. Zie hierover o.a. FOSSELD, D., «L'obstacle fiscal à la réalisation du marché intérieur», *Cah. Dr. Eur.*, 1993, 472-500.

en dienen zij een minimaal aantal werkgevers te groeperen.⁶⁵

De wet bevat geen bijzondere bepalingen voor dienstverrichters gevestigd in een andere Lid-Staat. Aangezien het sociaal secretariaat een vereniging zonder winstoogmerk moet zijn, dient het evenwel zijn zetel in België te hebben.⁶⁶ Uit de redactie van de wet is duidelijk af te leiden dat een sociaal secretariaat per definitie een Belgische vereniging moet zijn.

Overigens zijn er twee gronden waarop kan worden besloten tot niet-toepasselijkheid van het principe van het vrije dienstenverkeer. Allereerst kan worden betoogd dat de sociale secretariaten deelnemen aan de taken van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, en dat zij deze met name behulpzaam zijn bij de inning van de bijdragen, zodat het vrije verkeer zou zijn uitgesloten ingevolge artikel 55 *jo.* 66 van het EEG-Verdrag. Dit is wellicht geen al te sterk argument, aangezien de uitzondering inzake openbaar gezag enkel de werkzaamheden betreft van een beroep dat op zichzelf een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag meebrengen.⁶⁷ Of de activiteiten van een sociaal secretariaat als zodanig mogen worden beschouwd is twijfelachtig. Belangrijker is wellicht dat zou kunnen worden betoogd dat het vrije verkeer van diensten niet ziet op *non-profit* activiteiten. Aangezien een sociaal secretariaat verplicht de vorm aanneemt van een vereniging zonder winstoogmerk, bestaat het vermoeden dat het wel degelijk om een *non-profit*-organisatie gaat.

Niettemin eist artikel 60 van het EEG-Verdrag voor de toepasselijkheid van het vrije verkeer eigenlijk slechts dat de dienst gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt. Dit is, ongeacht het *non-profit*-karakter van een sociaal secretariaat, in dezen ontegenzeggelijk het geval. Er mag dan ook allicht worden geconcludeerd dat het principe van het vrije dienstenverkeer ook hier uiteindelijk toepasselijk is.

Vraag is dan of de verplichte vestiging in België te rechtvaardigen valt in het licht van de bekende criteria. Daarbij dient ervan te worden uitgegaan dat de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid uiteraard een belang heeft bij een optimale samenwerking die o.a. voldoende controlemogelijkheden veronderstelt en de mogelijkheid om onmiddellijk contacten te leggen. Anderzijds hebben ook de aangesloten werknemers uiteraard belang bij een optimale bereikbaarheid van hun sociaal secretariaat. Daarnaast kan niet worden ontkend dat een vlotte inning van de bijdragen effectief gebaat is bij het feit dat een sociaal secretariaat verplicht zijn vestiging heeft in België. Men mag dan ook allicht concluderen dat in de huidige stand van zaken het vereiste voor een sociaal secretariaat om in België een vestiging te hebben een toelaatbare afwijking is op het principe van het vrije verkeer

van diensten, te meer daar het moeilijk is zich voor te stellen op welke andere wijze het algemeen belang zou kunnen worden gediend.

VI. CONCLUSIE

34. Hoewel het sociaal recht nog overwegend nationaal is gebleven, kan niet worden ontkend dat het Europees recht er een beperkte maar niettemin reële invloed op heeft uitgeoefend. Beginselen als de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers, het verbod van discriminatie naar nationaliteit, enz. hebben arbeidsvoorwaarden en sociale zekerheid drastisch beïnvloed.

Van de vier fundamentele vrijheden is het uiteraard het vrij verkeer van werknemers dat de belangrijkste invloed heeft uitgeoefend, zeker indien rekening wordt gehouden met het eruit voortvloeiend secundair recht, o.a. qua sociale zekerheid.

Niettemin dient thans te worden vastgesteld dat de grootste uitdagingen voor het sociaal recht heden ten dage niet afkomstig zijn van nieuwe richtlijnen of verordeningen die tot doel hebben het nationale recht te wijzigen of te harmoniseren, maar wel van de voortschrijdende vervolmaking van de gemeenschappelijke markt. Daarbij speelt het vrij verkeer van diensten een merkwaardige rol, in de mate waarin het nationale dienstverrichters confronteert met de mededinging van concurrenten uit andere Lid-Staten die arbeidsvoorwaarden in hun staat van vestiging als wapen in de concurrentiestrijd kunnen gebruiken.

Het nationale recht reageert hierop, althans in België, op een krampachtige en weinig gecoördineerde wijze. Vastgesteld dient te worden dat minimumnormen inzake arbeidsvoorwaarden die op doeltreffende wijze kunnen worden afdwongen van dienstverrichters uit andere Lid-Staten, verrassend genoeg haast volledig ontbreken. Met name zou het in de strijd tegen het gevreesde fenomeen van de *sociale dumping* aanbeveling verdienen om bepaalde minimumnormen, inzonderheid qua hoogte van het loon, ondubbelzinnig aan te duiden als zijnde van onmiddellijke toepassing, zelfs bij tijdelijke tewerkstelling. De huidige rechtspraak van het Hof van Cassatie i.v.m. de toepasselijkheid van wetten van politie en veiligheid en het feit dat de minimumlonen door gaans sectorgewijs en bij collectieve arbeidsovereenkomst zijn vastgelegd, maken een wetgevend ingrijpen noodzakelijk. Een dergelijk ingrijpen wordt door het Hof van Justitie niet strijdig geacht met het vrije verkeer van diensten, op voorwaarde dat de getroffen maatregel het algemeen belang dient en geen onevenredig zware verplichtingen oplegt aan communautaire dienstverrichters in verhouding tot het nagestreefde doel. Indien mag worden aangenomen dat de principes van de recentste rechtspraak van het Hof van Justitie inzake vrij verkeer van goederen *mutatis mutandis* mogen worden doorgetrokken naar het vrije dienstenverkeer, dan hebben de Lid-Staten trouwens meer beleidsruimte gekregen inzake de reglementering van modaliteiten van dienstverlening, op voorwaarde dat niet in discriminatoire regelen wordt voorzien.

Anderzijds kan van een land als België verwacht worden dat het bepaalde krampachtige reacties, o.a. in verband met het sociaal statuut van bepaalde communautaire dienstverrichters, achterwege laat, en dat het er zich toe beperkt om

⁶⁵ K.B. van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders (*B.S.*, 5 december 1969; *err.*, *B.S.*, 22 december 1970), art. 44.

⁶⁶ Wet van 27 juni 1921 waarbij aan de vereniging zonder winstgevend doel en aan de instellingen van openbaar nut rechtspersoonlijkheid wordt verleend (*B.S.*, 1 juli 1921), art. 2, 1°.

⁶⁷ Zie LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *o.c.*, nr. 189, en voetnoot 359 op p. 167, waarin aan de hand van rechtspraak van het Hof van Justitie een aantal voorbeelden worden opgesomd van activiteiten die niet als een deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag werden beschouwd.

slechts daar in te grijpen waar fenomenen optreden die met-
terdaad de arbeidsmarkt dreigen te verstoren.

Wat er ook van zij, het is duidelijk dat het sociaal recht mo-
menteel niet zozeer een inhoudelijke invloed ondergaat van
de beginselen van de vrije markt, maar dat het er wel een ern-
stige externe druk van ondervindt. In afwachting van meer

harmonisering zal het sociaal recht zich moeten aanpassen
teneinde zijn essentiële beginselen tegen deze druk te be-
schermen.

Herman van Hoogenbemt
Advocaat te Brussel

DE DOORWERKING VAN HET EUROPEES GEMEENSCHAPSRECHT IN DE STRAFBAARSTELLING VAN HET INTERNE BELGISCHE STRAFRECHT

«Par infiltration sournoise, le Droit communautaire commence à rogner le droit de chaque Etat à punir souverainement»¹

I. INLEIDING

1. Het uitvaardigen van strafbaarstellingen is bij uitstek verbonden aan de idee van de nationale soevereiniteit. Het is elke staat zelf die zal bepalen of gedragingen en welke (handelingen of onthoudingen) strafbaar moeten worden gesteld en welke strafrechtssanctie toepasselijk is op een schending van de strafbaarheidsnorm. Dit «Nationaal» tot stand gekomen materieel strafrecht wordt evenwel meer en meer doorkruist door regelgeving van internationale en supranationale oorsprong. Tot op heden heeft de Belgische staat nog geen strafrechtelijke bevoegdheid tot strafbaarstelling (ook niet in een specifiek en zeer sterk gelimiteerd rechts(sub)domein) op permanente wijze overgedragen aan een supranationaal organisme, zodat een zelfstandige supranationale strafrechtsbepaling (bestaande uit zowel de misdrijf- als de strafnorm) nog niet onmiddellijk voorkomt in het Belgisch strafrechtsarsenaal, doch dit neemt niet weg dat bepaalde Belgische strafrechtsbepalingen in sterke mate op rechtstreekse of onrechtstreekse wijze worden beïnvloed door internationale of supranationale rechtsregels.

2. Ook naar de Europese gemeenschap werd tot op heden nog geen strafrechtelijke bevoegdheid tot strafbaarstelling getransfereerd. De Europese gemeenschap is aldus een gemeenschap zonder strafrecht,² doch de relevantie van het gemeenschapsrecht voor het strafrecht van de lidstaten

¹ Interventie van de Franse strafrecht deskundige J.C. SOYER op een colloquium van 25 oktober 1979 aan de universiteit van Parma (zie SOYER, J.C., «Débats», in *Droit communautaire et droit pénal*, 1981, 288).

² VAN DEN WYNGAERT, C., «De internationale strafrechtelijke samenwerking bij de bestrijding van de E.E.G.-fraude», in *De juridische bescherming van de financiële belangen van de Europese gemeenschappen*, TULKENS, F., VAN DEN WYNGAERT, C. en VEROUGSTRATE, I. (red.), 1992, 73. Volgens het Europees Hof van Justitie behoort in beginsel het strafrecht – alsook het strafprocesrecht – tot de bevoegdheid van de lidstaten (H.v.J., 11 november 1981, zaak 203/80, *Jur.*, 1981, (2595), 2618, r.o. 27; H.v.J., 2 februari 1989, zaak 186/87, *Jur.*, 1989, (195), 221-223, r.o. 19; zie tevens Cass.fr., 21 juni 1984, *Bull. Crim.*, 1984, 634, nr. 238, D., 1985, I.R., 66). Raadpleeg evenwel, voor een langzame evolutie naar het tot stand komen van een gemeenschapsstrafrecht, besproken vanuit diverse invalshoeken, VAN CAMP, R., «Van nationaal naar Europees gemeenschapsrecht: wensdroom dan wel onomkeerbaar proces?», *R.W.*, 1993-94, 345-356; of, meer precies naar een «Europees bestuursstrafrecht» (i.p.v. een «Europees strafrecht»), STESENS, G., «De bevoegdheid van de Europese Gemeenschap tot het vaststellen van sancties: op weg naar een communautair strafrecht? Het arrest van het Hof van Justitie van 27 oktober 1992», *R.W.*, 1993-94, 137 e.v. Zie tevens zeer recent HUGGER, H., «The European community's competence to prescribe

wordt nog te vaak onderschat.³ De voortschrijdende ontwikkeling van het vervangen van nationaal financieel-economisch recht door communautair financieel-economisch recht heeft en zal steeds meer weerslag hebben op de nationale strafrechtelijke wetgevingen.⁴ In deze bijdrage doen we een inleidend onderzoek naar de reële invloed van het Europees gemeenschapsrecht op de interne Belgische strafrechtsnorm.⁵ Deze interne strafrechtsnorm kan hoofdzakelijk op een tweevoudige wijze in aanraking komen met het Europees gemeenschapsrecht,

enerzijds kan de interne strafrechtsnorm worden ingeschakeld als instrument tot handhaving van de Europese rechtsregels en creëert het Europees gemeenschapsrecht alzo nieuwe «geëuropeaniseerde» strafbaarstellingen in het Belgisch strafrecht (*positieve invloed door creatie van nieuwe strafbaarstellingen*),

anderzijds kunnen regels van Europees gemeenschapsrecht de concrete toepassing van een interne strafrechtsnorm verhinderen (*negatieve invloed door non-applicatie van bestaande strafbaarstellingen*).

Dit introductief onderzoek betreft dan specifiek die tweeledige (positieve en negatieve) invloed op de strafrechtsbepaling uit de interne Belgische rechtsorde, die uitgaat van de normen afkomstig van het Europees gemeenschapsrecht, waarmee bedoeld wordt het geheel van primaire en secundaire rechtsregels uit de eerste pijler van de Europese Unie, zijnde de zogenaamde gemeenschaps- of communautaire pijler. Het primair gemeenschapsrecht bestaat uit de rechtsregels die voorkomen in de gemeenschapsverdragen (in casu is van belang het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van 25 maart 1957) en die aldus tot stand komen door toedoen van de lidstaten zelf, terwijl het secundair of afgeleid gemeenschapsrecht wordt gevormd door de rechts-

national criminal sanctions», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, 241-271.

³ Twaalfde stelling bij het doctoraal proefschrift van HEUKELS, T., *Intertemporales Gemeinschaftsrecht* (gepubl. in 1990) en geciteerd door SEVENSTER, H.G., «Milieustrafrecht in EEG-verband. Het Europa van de milieucrimineel», in *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, FAURE, M.G., OUDIK, J.C.; en SCHAFFMEISTER, D., (red.), 1991, 409.

⁴ VAN CAMP, R., «Slotwoord», in *EG-fraudebestrijding in de praktijk*, FIJNAUT, C., HUYBRECHTS, L. en VAN DEN WYNGAERT, C. (red.), 1994, (313), 317.

⁵ Raadpleeg, voor de incorporatie van misdrijfbepalingen uit verdragen van internationaal strafrecht in het interne Belgische strafrecht, VAN DEN WYNGAERT, C., «Le droit pénal belge et la répression des délits internationaux: problèmes légaux surgissant de la mise en oeuvre de délits internationaux», *R.D.P.*, 1988, 603 e.v.

regels die de gemeenschapsinstellingen zelf creëren. ⁶ Deze beide types van Europees gemeenschapsrecht beïnvloeden – mede door de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie – het interne materieel strafrecht, zodat op dit vlak de soevereiniteit van het interne strafrecht niet meer onaangetaast blijft. ⁷

3. De voor de ontwikkeling van het Belgische straf(proces-) recht relevante beginselen uit de derde of justitiepijler van de Europese Unie – zoals inzake de bestrijding van de internationale fraude, de justitiële samenwerking in strafzaken en de politieke samenwerking, komen in deze bijdrage niet aan de orde. ⁸

Binnen het kader van het Europees gemeenschapsrecht besteden we evenmin aandacht aan de zogenaamde quasipenale bevoegdheid van de Europese Gemeenschap op het terrein van het mededingings- of kartelrecht, waar reeds op communautair niveau een globale regelgevende en handhavingsbevoegdheid bestaat in de zin van primo het bepalen van én de gedragsnorm én de sanctienorm en secundo het uitwerken van de opsporing, vervolging en bestraffing van communautaire kartelinbreuken, ⁹ zodat op dit specifiek terrein de interne strafrechtsnorm niet op een bijzondere of afwijkende wijze wordt beïnvloed. De interne strafbaarstellingen kunnen wel fungeren als mechanisme voor een penale bestraffing van fraudegedragingen ten nadele van de financiële belangen van de Europese Gemeenschap, doch ook dit complexe en in de doctrine reeds uitvoerig bestudeerde thema van de E.G.-fraude laten we hier buiten beschouwing. ¹⁰

⁶ LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, 1995, 489, nr. 584.

⁷ Zie ook VAN CAMP, R., *l.c.*, R.W., 1993-94, 349 en 353.

⁸ Raadpleeg, voor een bespreking van deze beginselen uit de justitiepijler, DEVROE, W. en WOUTERS, J., *De Europese Unie. Het verdrag van Maastricht en zijn uitvoering: analyse en perspectieven*, 1996, 661 e.v. en tevens FLORE, D. en TROOSTERS, R., «Maastricht in beweging. Enkele bedenkingen na het Belgisch Voorzitterschap van de Europese Unie», *Panopticon*, 1994, 301-322.

⁹ Raadpleeg daarover VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, 1994, 2ed., II, 816-817, en de aldaar uitvoerig geciteerde strafrechtswetgeving.

¹⁰ Raadpleeg aangaande de EG-fraude eveneens VAN DEN WYNGAERT, C., *o.c.*, 1994, 2ed., II, 818-820, en de aldaar uitvoerig geciteerde strafrechtswetgeving, en, zeer recent, STESSENS, G., «Nieuwe strafrechtelijke instrumenten in de strijd tegen de EG-fraude», *Panopticon*, 1995, 117 e.v., en STESSENS, G., «Akte van de Raad van 29 juni 1995 tot vaststelling van de overeenkomst betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese gemeenschappen», in Rubriek Internationaal strafrecht, *Panopticon*, 1996, 95 e.v.

Zie, specifiek voor het inschakelen van de misdrijf-bepalingen uit het interne gemeenrechtelijk en bijzonder Belgisch strafrecht ter bestrijding van EG-fraude, TULKENS, F., «Questions de droit pénal spécial: les infractions du livre II du Code pénal», in *De juridische bescherming van de financiële belangen van de Europese gemeenschappen*, TULKENS, F., VAN DEN WYNGAERT, C. en DE SMET, B., «Overzicht van de Belgische strafbaarstellingen inzake E.E.G.-fraude», in *EG-fraudebestrijding in de praktijk*, FIJNAUT, C., HUYBRECHTS, L. en VAN DEN WYNGAERT, C. (red.), 1994, 49 e.v.

II. SCHEMATISCHE VOORSTELLING

4. Doorwerking naar de interne strafbaarstelling.

POSITIEVE doorwerking door CREATIE van nieuwe strafbaarstelling (toename van strafbaarstellingen)

Partiële invulling van de objectieve delictsinhoud:

– RECHTSTREEKS

(strafrechtsintegratie door interne verwijzing)

* de EG-verordening

– ONRECHTSTREEKS

(strafrechtsintegratie door interne omzetting)

* de EG-richtlijn

NEGATIEVE doorwerking door NON-APPLICATIE van bestaande strafbaarstelling (afname van strafbaarstellingen)

Door:

– PRIMAAT van de communautaire norm t.o.v. de strijdige interne strafrechtsnorm

– RECHTSTREEKSE WERKING van de communautaire norm in de interne strafprocedure

III. POSITIEVE DOORWERKING IN HET INTERNE MATERIEEL STRAFRECHT: CREATIE VAN NIEUWE STRAFBAARSTELLINGEN

A. Strafrechtsintegratie van het Europees gemeenschapsrecht

5. Zoals reeds in de inleiding is aangestipt heeft de Europese gemeenschap tot op heden geen strafrechtelijke bevoegdheid tot strafbaarstelling; er bestaat m.a.w. geen communautair materieel strafrecht, in de betekenis van een materieel strafrecht dat volledig op communautair of supranationaal niveau tot stand komt. Indien men opteert voor een handhaving van dit Europees gemeenschapsrecht langs strafrechtelijke weg, is steeds een «nationale» strafwetgevende interventie van een lidstaat vereist, die dan met zijn interne strafrechtsnormen op het handhavingsterrein te hulp komt. Zonder zulk een strafrechtelijke interventie van de lidstaat, is het overtreden van het Europees gemeenschapsrecht niet strafbaar. ¹¹ Zo ontstaat er een tweesporenhandhaving van het Europees gemeenschapsrecht; een communautair spoor door handhaving via de sancties uit het gemeenschapsrecht zelf en een nationaal spoor via (o.m. strafrechtelijke) sancties uit het interne rechtssysteem van de lidstaten. ¹²

Een dergelijke intern-strafrechtelijke interventie is geen onafhankelijk nationale aangelegenheid, doch doet een communautairrechtelijke en intern-penaalrechtelijke coöperatie ontstaan met nadruk op het intern-penaalrechtelijk element. Ter naleving van de plicht tot zogenaamde «ge-

¹¹ PRADEL, J., *Droit pénal général*, 1992, 8ed., 174; STEFANI, G., LEVASSEUR, G. en BOULOC, B., *Droit pénal général*, 1995, 15ed., 101; bijvoorbeeld: Cass., 27 oktober 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 1252, R.W., 1994-95, 221, met noot SPRIET, B. en VERSTRAETEN, R. of Cass. fr., 7 januari 1972, *Bull. Crim.*, 1972, nr. 1, D., 1972, 497; Cass. fr., 21 juni 1984, *Bull. Crim.*, 1984, nr. 238, D., 1985, I.R., 66.

¹² Zie STESSENS, G., *l.c.*, R.W., 1993-94, 137 en 140 (met een uitvoerige bespreking van de handhaving via communautaire sancties). In ons onderzoek trachten we het nationaal-penaal handhavings-spoor te volgen.

meenschapstrouw of Bundestreue» (verwoord in artikel 5 EG-Verdrag), zijn namelijk de Europese lidstaten volgens het Europees Hof van Justitie verplicht het gemeenschapsrecht te handhaven op een analoge materiële en formele wijze als vergelijkbare en even ernstige inbreuken op het interne recht (*assimilatiebeginsel*); een handhavingsplicht die geldt wanneer een gemeenschapsregeling zelf geen specifieke sanctiebepaling bevat of daarvoor verwijst naar de interne wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen.¹³ Vaak bevat normgeving van afgeleid Europees gemeenschapsrecht een expliciete aanduiding van de handhavingsplicht van de lidstaten.¹⁴ Bij de uitvoering van deze – algemene of in een EG-verordening gespecificeerde – handhavingsplicht zijn de lidstaten dan vrij in de keuze van de aard van de sanctie (bijvoorbeeld civielrechtelijk of administratiefrechtelijk, maar ook strafrechtelijk), doch deze sancties moeten wel «doeltreffend, evenredig en afschrikkend» zijn (*afdwingbaarheid-beginsel*).¹⁵ Ook de intern uitgevaardigde *strafsancties* moeten alzo o.m. bijdragen tot de verwezenlijking van de nagestreefde communautaire doelstelling (doeltreffend), en in juiste verhouding staan tot het nagestreefde communautair belang (evenredig).¹⁶ Door verplichte uitwerking van de op

artikel 5 EG-Verdrag gefundeerde principes van assimilatie en afdwingbaarheid in de interne strafformen, wordt het intern strafrechtelijk instituut tot handhaving van het Europees gemeenschapsrecht alzo duidelijk begrensd vanuit dit gemeenschapsrecht. De interne – op het communautair recht afgestemde – bevoegdheid tot het stellen van sancties is m.a.w. een doelgebonden bevoegdheid.

6. De verplichting tot handhaving van het Europees gemeenschapsrecht en dan in het bijzonder van de verordeningen en richtlijnen als onderdeel van het afgeleid of secundair gemeenschapsrecht, resulteert bij een optie voor het strafrechtelijk handavingsinstrument in het interne strafrecht in de *CREATIE* van nieuwe strafbaarstellingen die betrekking hebben op verboden of geboden gedragingen omschreven in het communautaire recht. In die betekenis wordt de eerste modus van doorwerking «positief» genoemd; het Europees gemeenschapsrecht leidt tot een toename van interne strafbaarstellingen.¹⁷ De gedragsnormen van het Europees gemeenschapsrecht zullen dan in het interne Belgische strafrecht worden geïntegreerd en aldaar een partiële bron van strafrecht vormen, doordat deze regels op rechtstreekse of onrechtstreekse wijze voor een (groot) gedeelte de interne misdrijfomschrijving gaan bepalen; deze interne misdrijfomschrijving is m.a.w. niet langer van exclusief-nationale origine.

Afhankelijk van de aard van de strafrechtelijk te integreren communautaire rechtsregel, beschikt de strafwetgever grosso modo over twee integratietechnieken:¹⁸

- ofwel worden de communautaire normen geïntegreerd door in de interne strafrechtsnorm louter te verwijzen naar die communautaire normen (*strafrechtsintegratie door interne verwijzing*);

- ofwel worden de communautaire normen volledig overgenomen in de tekst van de interne strafrechtsnorm (*strafrechtsintegratie door interne omzetting*).

De techniek van de strafrechtsintegratie door interne verwijzing wordt toegepast voor de *EG-verordening*¹⁹ als instru-

evenredigheidstest bij de strafrechtelijke sanctionering van Europees gemeenschapsrecht: LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees procesrecht*, 1995, 64.

¹⁷ BOULOC spreekt in dezen van een «rechtstreekse» invloed van het communautair recht op de interne strafbaarstellingsnorm: BOULOC, B., «L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne», in *Mélanges offerts à Georges Levasseur – droit pénal, droit européen*, 1992, (103), 106-110; terwijl FRANCE de term «uitbreiding» van het nationaal strafrecht gebruikt: FRANCE, R.E., «The influence of European Community Law on the Criminal Law of the Member States», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1994-4, (324), 334 e.v.

¹⁸ Zie ook DESPORTES, F. en LE GUNEHEC, F., *Le nouveau droit pénal*, T. 1, *Droit pénal général*, 1994, 172; FRANCE, R.E., l.c., *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1994-4, 334 en 338; HUET, A. en KOERING-JOULIN, R., *Droit pénal international*, 1994, 1ed., nrs. 79 en 94-95; JEANDIDIER, W., *Droit pénal général*, 1991, 2ed., 118.

¹⁹ Een *verordening* heeft een algemene strekking en is verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat (artikel 189, lid 2, EG-Verdrag). De *rechtstreekse toepasselijkheid* houdt in dat de verordening automatisch behoort tot de normen van de interne rechtsorde zonder dat daartoe enige omzetting in nationaal recht nodig is, zodat de verordening zonder omzetting ten gunste of ten laste van rechtssubjecten toegepast wordt (LENAERTS,

¹³ Zie de zogenaamde Maïs-zaak: H.v.J., 21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.*, 1989, (2965), 2984-2985, r.o. 23-24, met concl. adv.-gen. G. TESAURO.

Op het vlak van de bestrijding van de EG-fraude is deze assimilatieverplichting thans uitdrukkelijk voorgeschreven in artikel 209A van het EG-Verdrag (ingevoerd door het Verdrag van Maastricht over de Europese Unie, van 7 februari 1992).

¹⁴ Zo stipuleert bijvoorbeeld artikel 17.1 van de EG-verordening nr. 3820/85 van 20 december 1985 tot harmonisatie van bepaalde voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer (*Pb.*, 1985, L 370/1 – hierna de *sociale verordening inzake rij- en rusttijden* te noemen) dat de lidstaten tijdig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen moeten vaststellen nodig voor de tenuitvoerlegging van de verordening en dat deze bepalingen o.m. betrekking hebben op de organisatie, de procedure en de controlemiddelen, alsmede op de bij overtredingen toepasselijke sancties. Eenzelfde voorschrift is terug te vinden in artikel 19.1 van de – bij de sociale verordening aansluitende – EG-verordening nr. 3821/85 van 20 december 1985 betreffende het controleapparaat in het wegvervoer (*Pb.*, 1985, L 370/8 – hierna de *tachograafverordening* te noemen).

In onze verdere studie aangaande de doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in de interne strafbaarstelling, zullen we vaak ter exemplificatie deze sociale verordening inzake rij- en rusttijden en deze tachograafverordening gebruiken. Aangezien deze beide Europese wetteksten namelijk frequent worden toegepast in de strafrechtspraktijk, bestaat hieromtrent relevante Europese en Belgische jurisprudentie. Mutatis mutandis, geldt deze uiteraard eveneens voor andere rechtstreeks toepasselijke normen uit het afgeleid Europees gemeenschapsrecht.

¹⁵ Zie de reeds geciteerde Maïs-zaak van het Europees Hof van Justitie: H.v.J., 21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.*, 1989, (2965), 2985, r.o. 24; alsmede herhaaldelijk op het vlak van de handhaving van de Europese sociale verordening inzake rij- en rusttijden: H.v.J., 10 juli 1990, zaak C-326/88, *Jur.*, 1990, I, (2911), 2935, r.o. 17, met concl. adv.-gen. W. VAN GERVEN; H.v.J., 2 oktober 1991, zaak C-7/90, *Jur.*, 1991, I, (4371), 4387, r.o. 11, met concl. adv.-gen. W. VAN GERVEN, *J.T.T.*, 1992, 124.

¹⁶ Raadpleeg, voor een inhoudelijke bespreking van dit doeltreffend, evenredig en afschrikkend karakter van de straffen: WOUTERS, J. en WYTINCK, P., «Het begrip onderneming en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in het Europees gemeenschapsrecht», *TRV*, 1992, (163), 170-173; tevens, op het vlak van de

ment van het secundair Europees gemeenschapsrecht, waarbij de concrete normstelling rechtstreeks gebeurt op communautair niveau en het interne strafrecht enkel de abstracte misdrijfnorm en de concrete strafsanctienorm levert.²⁰ Recent oordeelde het Hof van Cassatie bij de beoordeling van de strafrechtelijke integratie van de (reeds in voetnoot vermelde) Europese transportverordeningen, dat geen enkele wetsbepaling verbiedt in een strafbepaling de bestanddelen van een misdrijf te omschrijven door naar een andere

K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, 1995, 555-556). Een toepassing in het interne strafrecht van de gedragsnormen uit de verordening vereist evenwel het bestaan van een intern-strafrechtelijke integratie- of incorporatiemaatregel, gelet op de afwezigheid van strafrechtelijke competentie op het communautair-legislatief niveau.

²⁰ Zo wordt bijvoorbeeld de Europese sociale verordening inzake rij- en rusttijden in het wegtransport (nr. 3820/85) strafrechtelijk geïntegreerd in het Belgisch transportstrafrecht door artikel 3, eerste lid, van het K.B.; van 13 mei 1987 (*B.S.*, 4 juni 1987), luidens hetwelk: «artikel 2 van de wet van 18 februari 1969 ... van toepassing is bij overtreding van de bepalingen van voormelde verordening ...» (zijnde EG-verordening nr. 3820/85). De Koning verkrijgt deze uitvoeringsbevoegdheid in artikel 1 van de strafwet van 18 februari 1969. Overtreding van de voorschriften van deze sociale verordening (bijvoorbeeld aangaande de dagelijkse maximale rijtijd, de verplichte minimale onderbreking of de verplichte dagelijkse of wekelijkse rusttijd) is dan ook strafbaar met de correctionele strafsancities die zijn voorgeschreven in artikel 2, § 1, van de Transportstrafwet van 18 februari 1969 (zie recent Cass., 27 oktober 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, 1252). Door ook het overtreden van de (niet omgezette) verordeningbepalingen strafbaar te stellen, breidt artikel 3 van het K.B. van 13 mei 1987 het toepassingsgebied van artikel 2 niet uit (Cass., 16 november 1994, *Arr.Cass.*, 1994, 964). Een identieke strafrechtelijke integratiemaatregel komt voor de Europese tachograafverordening nr. 3821/85 voor in artikel 10, eerste lid, van het K.B.; van 13 juli 1984 (*B.S.*, 4 oktober 1984, als gewijzigd door het K.B. van 10 november 1987, *B.S.*, 19 december 1987). Het overtreden van de rechtstreeks in deze Europese tachograafverordening vastgelegde gedragsnormen (bijvoorbeeld inzake de juiste werking en bediening van het controleapparaat of inzake de de bewaring van de tachograafschijven), is dan eveneens strafbaar met de correctionele straffen uit artikel 2, § 1, van de interne Transportstrafwet van 18 februari 1969 (zie recent Cass., 26 juni 1991, *Arr.Cass.*, 1990-91, 1063, *R.W.*, 1991-92, 539, met noot SPRIET, B.; Cass., 16 februari 1993, *Arr.Cass.*, 1993, 195). De interne strafbaarstelling van de communautaire vergripen tegen de tachograafverordening is dus te vinden in dit artikel 10 van het (aan de nieuwe verordening aangepaste) K.B. van 13 juli 1984, zodat een strafrechtelijke veroordeling wegens een tachograafmisdrijf dan ook met toepassing van artikel 195 Sv. deze wetsbepaling dient te vermelden (Cass., 16 februari 1993, *gecit.*; tevens voor de uitvoeringsK.B.'s aangaande zowel de sociale- als de tachograafverordening: Cass., 16 november 1994, *Arr.Cass.*, 1994, 964).

Uit dit voorbeeld van strafrechtelijke integratie door interne verwijzing naar twee Europese verordeningen inzake wegtransport, blijkt dat de interne integratiemaatregel die de abstracte misdrijfnorm bevat («overtreding van de EG-verordening») niet altijd zelf tevens de concrete strafnorm bevat, maar hiervoor kan verwijzen naar een andere interne strafwettekst. Aldus kan de strafrechtelijke integratiemaatregel een dubbele referentie inhouden, ten eerste aan de concrete (communautaire) gedragsnorm (de EG-verordening) en ten tweede aan de concrete (interne) strafnorm. Enig strafrechtelijk puzzelwerk is dan zeker nodig, waarbij moet worden nagegaan of de gehele strafbaarstelling wel voldoet aan het «lex certa»-beginsel (zie infra).

wettelijke of verordenende tekst te verwijzen.²¹ Deze verwijzingsomschrijving dient wel voldoende precies en nauwkeurig te zijn om te voldoen aan het fundamenteel «lex certa»-beginsel of Bestimmtheitsgebot.²² De tweede vermelde techniek van strafrechtsintegratie geldt voor de incorporatie van een EG-richtlijn.²³ Na interne omzetting of implementatie van een EG-richtlijn en interne handhaving via strafsancities, gaat de gecreëerde strafrechtsbepaling niet veel verschillen van de exclusief-nationale strafrechtsbepaling.

Het toepassen van beide strafrechtelijke integratietechnieken doet een «communautairrechtelijk gekleurde» straf-

²¹ Cass., 16 november 1994, *Arr.Cass.*, 1994, 964.

²² Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel en dan meer bepaald de legaliteits eis aangaande de strafbaarstelling (nullum crimen sine lege) vereist een precieze en nauwkeurige omschrijving van de strafbaar gestelde gedraging (DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, 103, nr. 100; zijnde het zogenaamd «lex certa»-beginsel of Bestimmtheitsgebot). Dit beginsel wordt ook benadrukt door de rechtsleer bij de bespreking van artikel 7 EVRM (zie o.m. COHEN-JONATHAN, G., *La convention européenne des droits de l'homme*, 1989, 446; VAN DIJK, P. en VAN HOOF G.J.H., *De Europese conventie in theorie en praktijk*, 1990, 3ed., 398). Zie voor een recente toepassing Cass.fr., 1 februari 1990, *Bull. Crim.*, 1990, nr. 56, 153; *Rev.Sc.Crim.*, 1991, 555, met noot VITU, A.; Cass.fr., 29 oktober 1991, *Bull. Crim.*, 1991, nr. 386, 967, *Dr. pénal*, 1992, 7, nr. 88, met noot VERON, M.).

Hierbij dient het standpunt in dezen van de Raad van State te worden vermeld, uitgebracht in het advies aangaande een bepaling in het Vlaamse decreet (tot wijziging van het Vlaams afvalstoffen-decreet) bevattende de strafrechtelijke integratie van de EG-verordening nr. 2259/93 van 1 februari 1993 betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap (*Pb.*, 1993, L 30/1). Volgens de Raad van State moet de interne wetgever om de integratiebepaling te laten overeenstemmen met artikel 9 Gw. (thans artikel 14 Gw. van 1994) en artikel 7 EVRM, met grote nauwkeurigheid de gebods- en verbodsbepalingen van de EG-verordening aanwijzen waarvan de overtreding als misdrijf strafbaar zal zijn; een nauwkeurige aanwijzing die bij voorkeur moet geschieden in de basistekst zelf, doch ook desnoods opgedragen mag worden aan het uitvoerend orgaan (R.v.St., advies, 22 september 1993, *Gedr. St., Vl.R.*, 1993-94, nr. 485/1, 143-144). In de aan de Raad voorgelegde wettekst werd aanvankelijk enkel «het overtreden van de voorschriften van de EG-verordening ...» strafbaar gesteld.

²³ Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen (artikel 189, lid 3, EG-Verdrag). Deze wijze van indirecte integratie van het Europees gemeenschapsrecht komt het meest voor (FRANCE, R.E., *l.c.*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1994-4, 334) en is niet steeds gesitueerd op het economisch-financieel domein. Op het gebied van de reglementering van de technische eisen voor voertuigen somt zo bijvoorbeeld GULDENMUND maar liefst 53 EG-richtlijnen op met betrekking tot de typegoedkeuring van motorvoertuigen en de harmonisatie van technische eisen in de periode 1970-1989 (m.a.w. bijna drie per jaar!; zie GULDENMUND, R.M.A., *Strafrechtelijke handhaving van gemeenschapsrecht. Een analytisch overzicht van de strafrechtelijke handhaving van het afgeleide gemeenschapsrecht in de Nederlandse rechtsorde*, 1992, 205). In het Belgisch strafrecht zal dan de strafrechtsintegratie door interne omzetting van deze secundaire gemeenschapsregels inzake technische eisen voornamelijk geschieden door een wijziging of aanvulling van de interne voorschriften uit het basis-K.B. van 15 maart 1968, dat strafrechtelijk gehandhaafd wordt via de interne strafwet van 21 juni 1985.

baarstelling ontstaan in het interne materieel strafrecht, waarbij deze communautaire kleuring bij de techniek van de integratie door interne omzetting niet meer onmiddellijk zichtbaar is in de concrete strafbepaling.²⁴ Een dergelijke nieuwe en geëuropeaniseerde strafbaarstelling ontstaat dan voornamelijk in de interne Belgische rechtsorde in het domein van het (federaal, maar ook regionaal) bijzonder strafrecht,²⁵ zoals in het economisch, sociaal, gezondheids-, milieu-, verkeers- en transportstrafrecht; een ontwikkeling die zeker niet bevorderlijk is voor de noodzakelijke afremming van de explosieve inflatie van strafrechtsbepalingen in dit actueel bijzonder strafrecht. Doch ook gemeenrechtelijke misdrijfvoorschriften uit boek II van het Belgisch strafwetboek kunnen (tot op heden onrechtstreeks) positief worden beïnvloed mede vanuit het afgeleid Europees gemeenschapsrecht.²⁶

B. Gevolgen van strafrechtsintegratie

7. Indien de strafrechtelijke integratie voldoet aan de twee supra in nr. 5 geschetste vereisten van assimilatie en afdwingbaarheid, kunnen de communautaire overtredingen worden bestraft overeenkomstig de grondbeginselen van het nationale strafrecht.²⁷ Eenmaal geïntegreerd in het interne straf-

recht (ook bij de integratie door interne verwijzing), zijn aldus de communautaire rechtsregels als substantiële (expliciete of impliciete) component van de interne strafbaarstelling mede onderworpen aan de basisregels van het interne strafrecht,²⁸ zoals de beginselen inzake de temporele werkingssfeer van de strafwet of het vereiste van een geheel van bestaansvoorwaarden tot vorming van een strafrechtelijke verantwoordelijkheid wegens het overtreden van het Europees gemeenschapsrecht. De twee panale basisregels zijn (o.m.) van groot belang wanneer men in de Belgische strafrechtspraktijk wordt geconfronteerd met de toepassing van een strafrechtsbepaling die een belangrijke communautaire component bevat (en dan zeker bij een expliciete component ingevolge strafrechtsintegratie door interne verwijzing, waarbij de communautaire norm principieel geen interne omzetting vereist), zodat het ons interessant lijkt deze twee basisregels hierna even verder toe te lichten vanuit de invalshoek van het «Europees» misdrijf (in de betekenis van een misdrijfnorm waarin Europees gemeenschapsrecht is geïntegreerd).

1° Temporele gelding van de «Europese» misdrijfnorm

8. Geïntegreerd in het interne strafrecht zijn de voorschriften van het Europees gemeenschapsrecht mede onderworpen aan de fundamentele beginselen inzake de werking van de Belgische strafwet in de tijd, als uitgedrukt in artikel 2 Sw., artikel 7 EVRM en artikel 15 IVBPR, namelijk de niet-retroactiviteit van de (strengere) strafwet en de retroactiviteit van de mildere strafwet.²⁹ Luidens de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie moet ook in het kader van

²⁴ Bij integratie door interne omzetting, zal de concrete strafrechtsbepaling namelijk gericht zijn op het overtreden van de materiële voorschriften uit het interne recht, ontstaan weliswaar door de verplichte omzetting of implementatie van de regels uit het Europees gemeenschapsrecht. Eventueel zal een (inleidings)bepaling uit de interne wettekst wel wijzen op deze omzetting of uitvoering, zodat de communautaire herkomst van de strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften op deze wijze expliciet blijft aangegeven; een wetgevingsprocédé dat zeker aanbeveling verdient, daar op deze wijze een toetsing aan de materiële grondslag van de globale interne strafwettekst wordt vergemakkelijkt.

²⁵ Het bijzonder strafrecht bestaat uit het geheel van strafwetten die niet in het Belgisch strafwetboek zijn ingevoerd, noch geacht worden er logisch en integraal deel van uit te maken (DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., o.c., 1990, 87, nr. 71). Door toekenning van strafrechtelijke bevoegdheid aan de Gemeenschappen en Gewesten in het kader van de Belgische staatsvorming (artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980) ontstaat er in België ook regionale strafwetgeving (DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, 1994, I, 38), waarin eveneens afgeleid Europees gemeenschapsrecht door middel van interne verwijzing of interne omzetting kan worden geïntegreerd. We denken hierbij op de eerste plaats aan het geregionaliseerd milieustrafrecht, met als recent voorbeeld van strafrechtelijke integratie in het Vlaams milieustrafrecht de reeds supra in voetnoot 22 geciteerde EG-verordening nr. 259/93 van 1 februari 1993 inzake de grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen, in artikel 56 van het Vlaams afvalstoffendecreet (als gewijzigd door het decreet van 20 april 1994, B.S., 29 april 1994).

²⁶ Zie bijvoorbeeld, voor de supranationale referentiepunten van het (thans) eerste witwasmisdrijf uit artikel 505, eerste lid, 2°, van het Strafwetboek, CORNELIS, L. en VERSTRAETEN, R., «Mag er nog worden witgewassen?», T.B.H., 1992, (176), 215 e.v.

²⁷ H.v.J., 2 oktober 1991, zaak C-7/90, Jur., 1991, I, (4371), 4388, r.o. 13, met concl. adv.-gen. W. VAN GERVEN, J.T.T., 1992, 124, trv., 1992, 158, met noot WOUTERS, J. en WYTTINCK, P. (betreft de sociale EG-verordening 3820/85). Noch artikel 5 EG-Verdrag, noch artikel 17 EG-verordening 3820/85 (expliciete vermelding van handhavingplicht) verplichten dan de lidstaten om bijvoorbeeld in hun nationale rechtsorde het beginsel van de strafrechtelijke aansprake-

lijkheid van rechtspersonen in te voeren (H.v.J., 2 oktober 1991, *ibid.*). Het Belgisch strafrecht kent tot op heden – in tegenstelling tot bijvoorbeeld het Nederlandse (artikel 51 W.v.S.) of Franse (artikel 121-1 N.C.P.) strafrecht geen strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, zodat de strafbare inbreuken door rechtspersonen begaan op het Europees gemeenschapsrecht, moeten worden toegerekend aan de natuurlijke personen, organen of aangestelden die zijn opgetreden voor de rechtspersoon. Zo rust bijvoorbeeld de strafrechtelijke verantwoordelijkheid wegens inbreuk op de belangrijke organisatieplicht uit artikel 15 EG-verordening 3820/85, bij degene die namens de vervoeronderneming verantwoordelijk is voor de organisatie van het werk van de bestuurders (Cass., 27 september 1994, Arr.Cass., 1994, 786, Rec.Cass., 1995, 148, met noot FAURE, M., «Strafrechtelijke toerekening bij overtreding van de rij- en rusttijdenwetgeving» – in casu de zaakvoerder van de onderneming).

²⁸ MERLE, R. en VITU, A., *Traité de droit criminel, I, Droit pénal général*, 1988, 6ed., nr. 221 in fine. Dit geldt eveneens bij een interne strafrechtelijke integratie van voorschriften uit verdragen inzake internationaal strafrecht (VAN DEN WYNGAERT, C., «Le droit pénal belge et la répression des délits internationaux: problèmes légaux surgissant de la mise en oeuvre de délits internationaux», R.D.P., 1988, (603), 606).

Zo is in het Belgisch strafrecht een misdaad of een wanbedrijf enkel verschoonbaar in de gevallen bij de wet bepaald (artikel 78 Sw.). De strafrechter kan dan ook niet beslissen dat het overtreden van de sociale EG-verordening 3820/85 (in casu rij- en rusttijden) niet strafbaar is wegens de strafuitsluitende verschoningsgrond van het bevel van de werkgever, daar zo'n bevel in het Belgisch strafrecht geen wettelijke verschoningsgrond oplevert (Cass., 16 februari 1993, Arr.Cass., 1993, 191).

²⁹ Reeds in 1975 benadrukte eerste advocaat-generaal DUMON dat de fundamentele beginselen van artikel 2 Sw. mede gelden voor

het Europees gemeenschapsrecht rekening worden gehouden met de beginselen die aan het EVRM ten grondslag liggen.³⁰ De strafrechtelijke handhaving van dit gemeenschapsrecht is dan mede onderworpen aan de in het EVRM neergelegde algemene rechtsbeginselen.³¹ Van belang is dan op te merken dat in deze lijn het Europees Hof van Justitie beslist heeft dat het verbod van terugwerkende kracht van strafbepalingen een *algemeen rechtsbeginsel* is dat deel uitmaakt van het *gemeenschapsrecht*³² en waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, met als fundering een uitdrukkelijke verwijzing naar het gemeenschappelijk karakter van het beginsel in de rechtsstelsels van alle lidstaten én naar artikel 7 van het EVRM, waarin het beginsel als grondrecht is erkend;³³ een rechtsbeginsel dat ten aanzien van strafbepalingen geen uitzondering toelaat, zodat het verbod van retroactieve werking op het strafrechtelijk domein een *absoluut karakter* verkrijgt.³⁴ De terugwerkende kracht van een com-

munautaire bepaling kan dan ook – aldus het Europees Hof – in geen geval leiden tot een rechtvaardiging a posteriori van nationale strafmaatregelen die sancties opleggen voor een handeling die niet strafbaar was op het ogenblik dat ze verricht werd.³⁵

9. In geval van strafrechtelijke integratie door interne omzetting (EG-richtlijn), moet men zich voor de toepassing van het non-retroactiviteitsbeginsel uitsluitend richten naar de penale integratiemaatregel die de gedragsnormen van het secundair Europees gemeenschapsrecht omzet in het interne strafrecht, bijvoorbeeld een K.B. waarin de voorschriften van een EG-richtlijn worden omgezet. Alleen deze penale integratiemaatregel zal namelijk rechtstreeks en geheel de inhoud van de interne strafbaarstelling invullen. De strafsancties – voorgeschreven in de integratiemaatregel of in een andere interne strafwettekst – zijn dan enkel toepasselijk bij overtreding van de interne uitvoeringswetgeving, waarbij dan deze overtreding begaan moet zijn ná de inwerkingtreding van de interne omzettingsmaatregel, zelfs bij een te late omzetting van de richtlijn. Een EG-richtlijn kan namelijk niet uit zichzelf en onafhankelijk van een nationale uitvoeringsmaatregel de strafrechtelijke aansprakelijkheid bepalen of verzwaren van degenen die handelen in strijd met de richtlijn bepalingen.³⁶

het Europees recht (DUMON, F., concl. voor Cass., 16 juni 1975, R.D.P., 1975-76, (67), 76).

³⁰ H.v.J., 15 mei 1986, zaak 222/84, *Jur.*, 1986, 1651, r.o. 18, met concl. adv.-gen. M. DARMON; raadpleeg tevens H.v.J., 14 mei 1974, zaak 4/73, *Jur.*, 1974, 491, r.o. 13, met concl. adv.-gen. A. TRABUCCHI. Deze jurisprudentie van het Hof werd nadien officieel bevestigd in artikel F2 van het Verdrag van Maastricht van 7 februari 1992 betreffende de Europese Unie (zie ook BURKENS, M.C., «Gemeenschapsrecht en het EVRM», in *EG en grondrechten. Gevolgen van de Europese integratie voor de nationale grondrechtenbescherming*, BURKENS, M.C. en KUMMELING, H.R.B.M. (red.), 1993, 76).

³¹ GULDENMUND, R.M.A., *Strafrechtelijke handhaving van gemeenschapsrecht*, 1992, 21. Alle EG-lidstaten zijn namelijk partij bij het EVRM en aangezien de EG-rechtsorde in belangrijke mate steunt op de werkzaamheid van de nationale rechtsordes, is ook deze EG-rechtsorde gebonden aan de rechtsbeginselen neergelegd in het EVRM (*ibid.*).

³² H.v.J., 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Jur.*, 1987, 3969, r.o. 13, met concl. adv.-gen. J. MISCHO; *R.W.*, 1987-88, 741, *E.L.Rev.*, 1988, 42, met noot ARNULL, A., A.A., 1988, 329, met noot TIMMERMANS, C.W.A.; betreft een prejudiciële vraag in een Nederlandse strafzaak inzake het in de handel brengen van onregelmatig samengesteld mineraalwater. Het Hof hanteert in casu dit beginsel ter begrenzing van de verplichting tot gemeenschapsrechtsconforme interpretatie van de nationale strafrechter.

³³ H.v.J., 10 juli 1984, zaak 63/83 (Kirk), *Jur.*, 1984, 2689, r.o. 22, met concl. adv.-gen. M. DARMON, *E.L.Rev.*, 1985, 276, met noot FOSTER, N., *S.E.W.*, 1985, 388, met noot TIMMERMANS, C.W.A. (betreft de retroactieve werking van een EG-verordening). In dit arrest Kirk van 10 juli 1984 heeft het Europees Hof voor de eerste maal uitdrukkelijk het verbod van retroactieve werking van strafbepalingen erkend als een autonoom EG-rechtsbeginsel, bindend voor de Europese normstellingsactiviteit (HEUKELS, T., *Intertemporales Gemeinschaftsrecht*, 1990, 235); raadpleeg aangaande dit arrest Kirk tevens BIANCARELLI, J., «Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale», *Rev.Sc.Crim.*, 1987, (131), 146-148. Het standpunt van het arrest Kirk werd nadien bevestigd in H.v.J., 13 november 1990, zaak C-331/88 (Fedesa), *Jur.*, 1990, I, 4023, r.o. 42, met concl. adv.-gen. J. MISCHO (betreft de retroactieve werking van een EG-richtlijn).

Hierbij is het interessant op te merken dat ook naar de opvatting van het Europese Parlement de niet-retroactiviteit een grondrecht uitmaakt (zie artikel 21 van de door het Europese Parlement aangenomen verklaring van de grondrechten en fundamentele vrijheden van 12 april 1989, *Pb.C.*, 1989, nr. 120/51).

³⁴ Raadpleeg H.v.J., 13 november 1990, zaak C-331/88 (Fedesa), geciteerd in vorige voetnoot. In dit arrest Fedesa maakt namelijk het

Europees Hof op het vlak van het verbod van terugwerkende kracht uitdrukkelijk een onderscheid tussen enerzijds de terugwerkende kracht van strafbepalingen en anderzijds de terugwerkende kracht buiten strafrechtelijk gebied (r.o. 41). Het Hof oordeelt dat enkel buiten strafrechtelijk gebied bij wijze van gemotiveerde uitzondering een communautair besluit terugwerkende kracht kan verkrijgen (r.o. 45). A contrario kan er aldus *geen uitzondering* worden gemaakt op het verbod van de retroactieve werking van strafbepalingen. Op het strafrechtelijk domein geldt het verbod van terugwerkende kracht m.a.w. onverkort, wat een erkenning inhoudt van de bijzondere positie van het strafrecht (SEVENSTER, H.G., «I.C.», in *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, FAURE, M.G., OUDJIK, J.C. en SCHAFFMEISTER, D. (red.), 1991, (409), 424). Ook vóór dit arrest van 13 november 1990 sprak HEUKELS reeds van een «*ausnahmslosen Rückwirkungsverbot im Strafrechtsbereich*» (HEUKELS, T., *Intertemporales Gemeinschaftsrecht*, 1990, 235).

Het beginsel van de niet-retroactiviteit van communautaire regelgeving heeft enkel op het strafrechtelijk domein een grondrechtskarakter (zie HEUKELS, T., commentaar bij H.v.J., 11 juli 1991, zaak C-368/89, *S.E.W.*, 1993, 172), waardoor het Hof buiten dit domein een meer flexibele houding aanneemt (raadpleeg hieromtrent behoudens HEUKELS tevens o.m. CEREXHE, E., *Le droit européen. Les objectifs et les Institutions*, 1989, 311; SCHERMERS, H.G. en WAELBROECK, D., *Judicial protection in the European Communities*, 5ed., 1992, 58-63, § 101-107).

³⁵ H.v.J., 10 juli 1984, zaak 63/83, *Jur.*, 1984, 2689, r.o. 21, met concl. adv.-gen. M. DARMON, *E.L.Rev.*, 1985, 276, met noot FOSTER, N., *S.E.W.*, 1985, 388, met noot TIMMERMANS, C.W.A. Dit reeds supra geciteerde principearrest Kirk betreft de toepassing in een Britse strafzaak van een nationale en strafrechtelijk gesanctioneerde visserijmaatregel, waarvan de rechtsgeldigheid afhankelijk was van de retroactieve werking van een EG-verordening; op het ogenblik van de feitelijke visserij-overtreding was de nationale maatregel in strijd met het gemeenschapsrecht en aldus ongeldig, met op dat ogenblik een niet-strafbaarheid van de handeling tot gevolg.

³⁶ H.v.J., 11 juni 1987, zaak 14/86, *Jur.*, 1987, (2545), 2570, r.o. 20, met concl. adv.-gen. G.F. MANCINI; H.v.J., 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Jur.*, 1987, (3969), 3986, r.o. 13, met concl. adv.-gen. J. MISCHO, *R.W.*, 1987-88, 741, *J.T.T.*, 1988, 43, *European Law Review*, 1988, 42, met

10. Ook de in het strafrecht (via verwijzing) geïntegreerde voorschriften van een communautaire verordening zijn dus onderworpen aan de penale grondregel van de niet-retroactiviteit van de strengere strafbepaling.³⁷

Wanneer dan strengere en rechtstreeks toepasselijke verordeningbepalingen in het reeds vigerend interne strafrecht worden ingevoerd (bijvoorbeeld bij wijziging van een reeds geïntegreerde EG-verordening), zijn deze nieuwe communautaire regels als essentieel onderdeel van de interne (bestaande) strafbaarheid enkel toepasselijk op gedragingen die verricht worden *nadat* deze regels overeenkomstig de Europese wetgeving van kracht zijn geworden.³⁸ Indien de rechtstreeks toepasselijke Europese voorschriften evenwel niet kunnen worden geïntegreerd in een bestaand strafrechtelijk kader uit het interne strafrecht, maar nog een nationale strafrechtelijke maatregel vereisen (in de vorm van een expliciete strafbaarstelling), dan kunnen de communautaire voorschriften in penalibus slechts gelden voor de gedragingen die worden verricht *nadat* mede de nationale integratie- of uitvoeringsmaatregel in werking is getreden. Ingeval de inwerkingtreding van de Europese voorschriften die van de nationale integratiemaatregel antecedeert, kan de bindende strafbepaling pas ontstaan op het tijdstip waarop de nationale strafrechtsmaatregel van kracht wordt.³⁹ Het gebeurt niet zelden dat de interne Belgische (federale of regionale) wetgever (tijdelijk) verzuimt een strafrechtelijke integratiemaatregel uit te vaardigen voor rechtstreeks toepasselijk en reeds in werking getreden Europees gemeenschapsrecht, waardoor overtredingen van de EG-verordening (tijdelijk) niet strafbaar zijn.⁴⁰ Wanneer

noot ARNULL, A. (in casu bijvoorbeeld een inbreuk op een EG-richtlijn ná de inwerkingtreding, doch vóór de interne omzetting, waarbij het Europees Hof mede refereert aan het verbod van terugwerken de kracht); H.v.J., 13 november 1990, zaak C-331/88, *Jur.*, 1990, I, (4023), 4068, r.o. 43, met concl. adv.-gen. J. MISCHO; tevens HUET, A. en KOERING-JOULIN, R., *Droit pénal international*, 1994, 1ed., 153.

³⁷ MERLE, R. en VITU, A., o.c., 1988, 6ed., nr. 221 in fine.

³⁸ Artikel 191 EG-verdrag bepaalt de inwerkingtreding van het afgeleid of secundair gemeenschapsrecht. Zo treedt een EG-verordening in werking op de in de verordening bepaalde datum of, bij gebreke daarvan op de 20e dag volgend op die van de bekendmaking.

³⁹ Een voorbeeld: de actueel geldende sociale verordening inzake rij- en rusttijden (nr. 3820/85) is in werking getreden op 29 september 1986 (artikel 19 van de verordening). De strafrechtelijke handhaving van de transportvoorschriften uit deze sociale verordening werd – zoals reeds supra aangestipt – doorgevoerd bij artikel 3 van het K.B. van 13 mei 1987 (*B.S.*, 4 juni 1987, in werking op de dag van publicatie). De bindende strafrechtsbepaling inzake de rij- en rusttijden, waarvan de concrete gedragsnormen rechtstreeks voorgescreven zijn in de EG-verordening 3820/85, ontstond zodoende in het Belgisch transportstrafrecht op 4 juni 1987 (datum inwerkingtreding K.B., als strafrechtelijke integratiemaatregel) en niet op 29 september 1986 (datum inwerkingtreding verordening). Het Hof van Cassatie heeft dan ook terecht beslist dat het K.B. van 13 mei 1987 geen toepassing vindt op overtredingen van de EG-verordening 3820/85 die gepleegd werden vóór 4 juni 1987 (*Cass.*, 9 januari 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, 611; *Cass.*, 27 oktober 1992, *Arr.Cass.*, 1992, 1252, *R.W.*, 1994-95, 221, met noot SPRIET, B. en VERSTRAETEN, R.).

⁴⁰ Dat echter het strafrechtelijk integratiewerk ook zeer goed kan worden verricht, bewijst de Vlaamse milieuwetgever met de – reeds supra geciteerde – EG-verordening nr. 259/93 van 1 februari 1993 inzake de grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen; de EG-verordening en de interne strafrechtelijke integra-

deze gemeenschapsregels dan vervolgens de plaats innemen van nationale – en strafrechtelijk gehandhaafde – gedragsregels, bestaat er geen continuïteit van strafbaarheid.

Quid indien nu een Europese verordening de vorige communautaire regeling opheft en de lidstaat nog geen nieuwe interne penale integratiemaatregel heeft genomen ter uitvoering van het nieuwe Europese besluit op het ogenblik van de inwerkingtreding ervan conform de Europese regels? Kan dan de strafrechtelijke integratiemaatregel van de nauwkeurig geïdentificeerde vorige EG-verordening tijdelijk zijn gelding behouden en aldus (tijdelijk) zijn penaliseringfunctie blijven waarnemen? In de communautaire transportmaterie van de rij- en rusttijden heeft het Hof van Cassatie deze vraag – na een prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie – negatief beantwoord.⁴¹ Het later (en dus te laat) uitgevaardigd intern integratiebesluit kan ingevolge het strafrechtelijk non-retroactiviteitsbeginsel

tiemaatregel zijn namelijk precies op dezelfde datum in werking getreden (te weten 7 mei 1994; zie respectievelijk artikel 44 van de EG-verordening en artikel 15 van het decreet van 20 april 1994).

⁴¹ Zie *Cass.*, 27 oktober 1992, *Arr.Cass.*, 1992, 1252, *R.W.*, 1994-95, 221; alsmede SPRIET, B. en VERSTRAETEN, R., «Tijdelijk ontbreken van rechtsgrond tot bestraffing van overtreding van het Europees transportrecht», *R.W.*, 1994-95, 222-225.

Artikel 18 van de huidige sociale verordening 3820/85 heeft de vorige (en eerste) sociale verordening – de EG-verordening nr. 543/69 van 25 maart 1969 (*Pb.*, 1969, L 77/49) – opgeheven. Deze eerste Europese verordening inzake de rij- en rusttijden werd in het interne Belgisch strafrecht geïntegreerd door het K.B. van 23 maart 1970 (*B.S.*, 1 april 1970), dat refereerde in artikel 3 voor een bestraffing van de communautaire overtreding aan de strafbepaling uit artikel 2 van de transportstrafwet van 18 februari 1969; dit vorig strafrechtelijk uitvoeringsbesluit van 23 maart 1970 werd opgeheven door het actueel geldend besluit van 13 mei 1987. De vraag was nu of deze nationale penale uitvoeringsmaatregel (het K.B. van 23 maart 1970) van specifiek de vorige sociale EG-verordening 543/69 niet tijdelijk zijn gelding kon behouden (te weten tot 4 juni 1987, de datum van opheffing door het nieuwe uitvoeringsbesluit) en aldus (tijdelijk) als penaal handhavingsinstrument kon blijven fungeren (maar nu t.a.v. de nieuwe sociale verordening 3820/85, in werking sinds 29 september 1986). Interessant hierbij was dat artikel 18, lid 2, van de actuele sociale verordening bepaalt dat de verwijzingen naar de vorige ingetrokken verordening nr. 543/69 gelden als verwijzingen naar de verordening nr. 3820/85. Het Hof van Cassatie heeft dan aan het Europees Hof van Justitie de prejudiciële vraag voorgelegd of dit artikel 18.2 mede slaat op de verwijzingen naar de verordening nr. 543/69 in bepalingen van intern recht die de betreffende verordening uitvoeren (te weten in artikel 3 van het K.B. van 23 maart 1970, *Cass.* 9 januari 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, 611). Het Hof van Justitie heeft deze vraag ontkennend beantwoord. Artikel 18.2 van de huidige sociale verordening nr. 3820/85 vormt louter de vertaling van de gevolgen die op het communautaire vlak uit de intrekking van de vorige sociale verordening nr. 543/69 voortvloeien – met name een verwijzing naar die verordening in andere communautaire handelingen – en heeft geenszins betrekking op verwijzingen naar de ingetrokken verordening 543/69 in de nationale uitvoeringsbepalingen van die verordening (H.v.J., 2 oktober 1991, zaak C-8/90 (Kennes), *Jur.*, 1991, I, 4391, *J.T.T.*, 1992, 123, *Turnh.Rechtsl.* 1992, 178). Het K.B. van 23 maart 1970 werd dan vervolgens in de interne penale rechtsorde niet toepasselijk verklaard op de vergrijpen tegen de huidige sociale verordening nr. 3820/85 die werden begaan vóór 4 juni 1987, aangezien deze interne maatregel van 1970 enkel de strafrechtelijke integratie van de vorige en ingetrokken verordening nr. 543/69 betreft (zie *Cass.*, 27 oktober 1992, *gecit.*).

evenmin met terugwerkende kracht worden toegepast. Het niet-tijdig uitwerken van de nodige strafrechtelijke integratiemaatregelen aangaande het rechtstreeks toepasselijke Europees gemeenschapsrecht resulteert dan in een (tijdelijk) rechtsvacuüm op het vlak van de strafrechtelijke handhaving, doch het komt niet aan de strafrechter toe om dit strafrechtvacuüm op te vullen. Het is de taak van de interne wetgever een tijdelijke depenaliseringsperiode te vermijden door tijdig de vereiste strafrechtelijke uitvoeringsmaatregelen te nemen of door een meer aangepaste strafbaarstelling aangaande deze supranationale wetgeving in het intern materieel strafrecht in te voeren ⁴² teneinde te kunnen beschikken over een efficiënt strafrechtelijk handhavingsinstrumentarium.

2° Bestaansvoorwaarden van het «Europees» misdrijf

11. Wanneer een niet-naleving van rechtstreeks toepasselijke voorschriften uit een Europese verordening in het Belgisch interne recht wordt bestreden met strafsancities (strafrechtsintegratie door interne verwijzing), zullen deze (vermoedelijk uitgebreide en technische) communautaire rechtsregels een integrerend onderdeel vormen van de objectieve delictsinhoud van de Belgische strafbaarstelling. De interne strafrechtsbepaling bevat dan eerst de omschrijving van het misdrijf in abstracto (overtreding van een bepaalde Europese verordening of een onderdeel hiervan) – naast de eigenlijke strafnorm door het vastleggen van de toepasselijke straf en strafmaat –, terwijl de verordeningsbepaling met haar gedragsnormen de (zeer belangrijke) concrete objectieve delictsinhoud omschrijft. Deze abstracte en concrete bepalingen van zowel de interne strafrechtsnorm als de communautaire regelgeving stofferen en construeren samen en onlosmakelijk deze objectieve delictsinhoud uit de strafbaarstelling. Het bestaan van het Europees misdrijf vereist dan ten eerste dat een feitelijke gedraging beantwoordt aan deze *gehele* objectieve delictsinhoud, ⁴³ waardoor het mate-

rieel misdrijfbestanddeel wordt gerealiseerd. ⁴⁴

12. Het beantwoorden aan die objectieve delictsinhoud – door het materieel overtreden van de communautaire norm – is evenwel niet voldoende in het Belgisch strafrecht om het Europees misdrijf te vormen. Elk misdrijf vereist namelijk behoudens het bestaan van een materieel bestanddeel, tevens een moreel of schuldbestanddeel, zelfs wanneer dit laatste bestanddeel niet uitdrukkelijk in de misdrijfomschrijving is vermeld. ⁴⁵ Deze fundamentele grondregel uit het Belgisch strafrecht (*nullum crimen sine culpa*) geldt dus ook voor een misdrijf uit het bijzonder strafrecht, waarvan de concrete objectieve delictsinhoud rechtstreeks wordt ingevuld door instrumenten uit het afgeleid Europees gemeenschapsrecht (te weten een Europese verordening) en waarvan de subjectieve delictsinhoud meestal niet wordt geëxpliciteerd in de interne strafrechtsnorm. ⁴⁶ Een vergrijp tegen een voorschrift uit een Europese verordening is m.a.w. slechts strafbaar indien ook het – door het interne Belgische

se toepassing van Europese transportregels voor het analyseren van de objectieve delictsinhoud van een transportmisdrijf inzake rijtijd, Cass., 27 september 1994, *Arr.Cass.*, 1994, 786 (begrip rijtijd) of van een gecombineerde toepassing van communautaire en interne regels om het materieel toepassingsgebied van de «Europese» strafbaarheid af te bakenen, Cass., 13 oktober 1993, *Arr.Cass.*, 1993, 832 (welke voertuigen uitgerust moeten worden met een tachograaf als controleapparaat voor de rij- en rusttijden).

Bij een moeilijk en ernstig interpretatieprobleem inzake een communautair gedragsvoorschrift dat strafrechtelijk geïntegreerd is door interne verwijzing, kan de Belgische strafrechter in het kader van de interne strafprocedure een *prejudiciële vraag* stellen aan het Europees Hof van Justitie overeenkomstig artikel 177 EG-Verdrag. Zo heeft het Europees Hof verschillende interessante arresten gewezen aangaande de objectieve delictsinhoud van transportmisdrijven inzake rij- en rusttijden en inzake tachograaf na de strafprocedures (zie bijvoorbeeld recent H.v.J., 2 oktober 1991, zaak C 7/90, *Jur.*, 1991, I, 4371, met concl. adv.-gen. W. VAN GERVEN, *J.T.T.*, 1992, 124, *trv.*, 1992, 158 (de belangrijke algemene organisatie- en controleplicht van de vervoeronderneming uit de sociale EG-verordening); H.v.J., 13 oktober 1991, zaak C 158/90, *J.T.T.*, 1992, 122 (begrip «laatste dag van de voorafgaande week waarin de bestuurder heeft gereden» uit de tachograafverordening) of H.v.J., 9 juni 1994, zaak C 394/92, *Jur.*, 1994, I, 2497, met concl. adv.-gen. G. TESAURO (begrip «dagelijkse werktijd» uit de tachograafverordening en het begrip «dag» uit de sociale EG-verordening). Indien in een strafzaak tijdens de procedure voor het Hof van Cassatie een verzoek tot prejudiciële vraag wordt geformuleerd, moet het Hof deze vraag stellen (zie artikel 177, laatste lid, EG-Verdrag), tenzij het Europees Hof reeds over eenzelfde vraag een prejudiciële beslissing heeft gewezen en het Belgisch Hof zich aansluit bij deze uitleggingsbeslissing (zie recent: Cass., 1 december 1993, *Arr.Cass.*, 1993, 1007; Cass., 1 februari 1995, *Arr.Cass.*, 1995, nr. 61).

⁴⁴ Elk misdrijf in het Belgisch strafrecht vereist ten eerste een materieel bestanddeel (Cass., 2 november 1993, *Arr.Cass.*, 1993, nr. 441).

⁴⁵ Cass., 13 december 1994, *Arr.Cass.*, 1994, 1104, *R.W.*, 1995-96, 533, met noot SPRIET, B. (betreft een misdrijfnorm uit het verkeersstrafrecht); tevens Cass., 12 mei 1987, *Arr.Cass.*, 1986-87, 1194, *R.W.*, 1987-88, 538, met concl. adv.-gen. J. DU JARDIN (het ongeijkte-balansarrest).

⁴⁶ Bijvoorbeeld aangaande de Europese verordening nr. 3820/85 inzake de rij- en rusttijden: «Artikel 2 van de wet van 18 februari 1969 betreffende ... is van toepassing bij overtreding van de bepalingen van de voormelde verordening ... (artikel 3, eerste lid, van het K.B. van 13 mei 1987 – eigen cursivering).

⁴² We zouden hierbij kunnen denken aan het opnemen van de strafbaarstelling van het rechtstreeks toepasselijk Europees gemeenschapsrecht in de misdrijfnorm van de basisstrafwet zelf, waarbij dan de interne verwijzing betrekking heeft op de aangeduide inhoud van de Europese wettekst zonder evenwel precisering naar de tijds- of nummeridentificatie ervan. Een interne strafrechtelijke uitvoeringsmaatregel kan dan vervolgens een differentiatie van de misdrijfnorm met een onderscheiden strafmaat doorvoeren, met als gevolg op het vlak van de strafrechtelijke handhaving een onderscheid tussen beginselbepalingen en detailbepalingen en eventueel zelfs een louter partiële criminalisering. Hierbij moet uiteraard rekening worden gehouden met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, dat aangaande de strafbaarstelling (*nullum crimen sine lege*) een precieze en nauwkeurige omschrijving vereist van de strafbare gedraging; dit is het zogenaamd «lex certa»-beginsel of Bestimmtheitsgebot, reeds supra (voetnoot 22) bij de voorstelling van de twee strafrechtelijke integratietechnieken aangestipt (met inbegrip van het belangrijk standpunt daarover van de Raad van State).

⁴³ Gelet op het vaak uitgebreid en technisch karakter van dit afgeleid Europees gemeenschapsrecht, zal het controleren van het beantwoorden aan de objectieve misdrijfinhoud dikwijls een grondige analyse door de interne strafrechter vergen van het materieel Europeesrechtelijk voorschrift, gecombineerd met de (communautaire en soms ook interne uitvoerings)bepalingen die het toepassingsgebied vastleggen. Zie, voor een recent voorbeeld van een rechtstreek-

strafrecht – vereiste schuldbestanddeel (hetzij opzet, hetzij onachtzaamheid) is gerealiseerd.⁴⁷ Het zij benadrukt dat het vereiste van de aanwezigheid van een schuldbestanddeel zeer duidelijk voortvloeit uit de basisregels van het Belgisch strafrecht. De algemene beginselen van het Europees gemeenschapsrecht verzetten zich niet tegen de invoering van een objectieve strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁴⁸

⁴⁷ Raadpleeg, voor het nagaan welke precieze schuldvorm voor het Europees misdrijf vereist is, o.m. SPRIET, B., «Elk misdrijf – ook dat uit het bijzonder strafrecht – vereist een moreel of schuldbestanddeel», *R.W.*, 1995-96, 533-537. Overtreding van het Europees gemeenschapsrecht zal in België hoofdzakelijk bestraft worden met correctionele straffen, zodat vaak de schuldvorm van de *onachtzaamheid* zal ontstaan. Deze meestal impliciete schuldvorm van de onachtzaamheid uit de europeesrechtelijk ingevulde incriminatie zal dan inhoudelijk worden geassimileerd met het civielrechtelijk foutbegrip uit artikel 1383 B.W., met een toetsing van de concrete gedraging aan het abstract referentiecriterium van de goede huisvader of *bonus ac diligens pater familias* tot gevolg. Het naleven van het strafrechtelijk gehandhaafd Europese gemeenschapsrecht is dan vaak te situeren in een bepaalde professionele context, waarmee rekening moet worden gehouden bij een toetsing aan de referentiegedraging van de normaal zorgvuldige en omzichtige persoon, die namelijk wordt geplaatst in dezelfde externe omstandigheden. Een dergelijke professionele situering houdt niet noodzakelijk een verstrenging in van de referentiegedraging, aangezien aldus ook onder meer de specifieke kenmerken en geplogenheden van een beroepsuitoefening in aanmerking komen (zie CORNELIS, L., *Beginselen van het Belgisch buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, 1989, 35, noot 57).

Indien de strafbare overtrekking van de dwingende voorschriften uit een Europese verordening uit onachtzaamheid is begaan, dan is een strafbare deelneming aan dit Europees misdrijf bij een derde niet mogelijk, aangezien de strafbare deelnemingsconstructie uitgesloten is bij onopzettelijke misdrijven (Cass., 16 oktober 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 165; Cass., 15 oktober 1986, *R.W.*, 1987-88, 21, met noot DE SWAEF, M.).

Tot slot zij opgemerkt dat, wanneer belangrijke gemeenrechtelijke misdrijven uit boek II van het Belgisch strafwetboek worden aangewend voor een bestraffing van EG-fraude, al deze misdrijven een *opzet* (hetzij algemeen, hetzij bijzonder) vereisen (zie MESSINE, J., «Questions de droit pénal général», in *De juridische bescherming van de financiële belangen van de Europese gemeenschappen*, TULKENS, F., VAN DEN WYNGAERT, C. en VEROUGSTRATE, I. (red.), 1992, (105), 111-112).

⁴⁸ Bijvoorbeeld in de persoon van de werkgever bij een overtrekking begaan door zijn chauffeur van de communautaire regels inzake rij- en rusttijden uit de sociale EG-verordening 3820/85 (H.v.J., 10 juli 1990, zaak C-326/88 (Hansen), *Jur.*, 1990, I, 2911, met concl. adv.-gen. W. VAN GERVEN; H.v.J., 2 oktober 1991, zaak C-7/90 (Van de Venne), *Jur.*, 1991, I, 4371, met concl. adv.-gen. W. VAN GERVEN, *J.T.T.*, 1992, 124 (de sociale EG-verordening en de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht verplichten noch verbieden een objectieve strafrechtelijke aansprakelijkheid in te voeren; de zaak C-326/88 Hansen had betrekking op het Deense strafrecht dat de werkgever strafbaar stelt voor overtreding van rij- en rusttijden begaan door de chauffeur, ook indien de werkgever m.b.t. die overtrekking geen opzet of nalatigheid kan worden verweten). Het arrest Hansen bevat wel geen aanduidingen over een eventuele verenigbaarheid van een stelsel van objectieve penale aansprakelijkheid met de door de lidstaten te eerbiedigen communautaire grondrechten van de justitiabelen (GILLIAMS, H., «Rechtspraak van het Europees Hof van Justitie», *R.W.*, 1990-91, (197), 201; raadpleeg daaromtrent de conclusie van advocaat-generaal W. Van Gerven bij het arrest Hansen, *Jur.*, 1990, I, (2919), 2925-2928, nrs. 11-15).

Er moet wel een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds het schuldbestanddeel als bestaansvoorwaarde van het Europees misdrijf en anderzijds het bewijs van dit moreel misdrijfbestanddeel. Wanneer de interne misdrijf-norm waarin de communautaire norm is geïntegreerd, de vereiste schuldvorm niet preciseert, kan het bestaan van het moreel bestanddeel worden afgeleid uit de vaststelling dat de objectieve delictsinhoud (in concreto aangebracht door het Europees gemeenschapsrecht) werd gerealiseerd.⁴⁹ Deze realisatie van de objectieve delictsinhoud door het begaan van een materiële overtrekking van een verordeningsbepaling, indiceert dan in feite een onachtzaamheid. Wanneer dan de beklaagde vervolgd uit hoofde van een strafbare inbreuk op het Europees gemeenschapsrecht met een zekere graad van geloofwaardigheid de naleving van de voor hem geldende algemene zorgvuldigheidsplicht kan aantonen, zal dit de eventueel bestaande eerste feitelijke foutindicatie onmiddellijk ontzenuwen en vervolgens een expliciet bewijs vergen van de kant van de strafvervolgende partij.

13. Bij de aanwezigheid van het (expliciet en in concreto door het Europees gemeenschapsrecht voorgeschreven) materieel bestanddeel én (het vaak impliciete) moreel bestanddeel uit de communautair gefundeerde strafbaarstelling, is de eerste algemene misdrijfbestaansvoorwaarde van «*delictstypiciteit*» vervuld.⁵⁰ Vervolgens moet de finale strafbaarheid van de overtrekking van de rechtstreeks toepasselijke communautaire gedragsnormen onderzocht worden vanuit de drie andere (door de delictstypische gedraging reeds geïndiceerde) algemene bestaansvoorwaarden van het Europees misdrijf, zijnde de wederrechtelijkheid, de schuld en de strafwaardigheid.⁵¹

⁴⁹ Zo is bijvoorbeeld de strafbare overtrekking van de Europese tachograafverordening – bestaande in concreto uit o.m. het niet toezien op de juiste werking van de tachograaf (in het actueel recht een overtrekking van artikel 13 van de EG-verordening 3821/85 – wettig bewezen door de enkele materiële vaststelling van de bij de wet strafbaar gestelde feiten (Cass., 6 november 1985, *Arr.Cass.*, 1985-86, 310; betreft in casu nog een overtrekking van artikel 15 van de vorige tachograafverordening nr. 1463/70 van 20 juli 1970 en artikel 9 van het strafrechtelijk integratiebesluit, het K.B. van 23 april 1971).

⁵⁰ DUPONT heeft in een recente studie waarin hij het misdrijfbegrip verder verfijnt, dit begrip van de «*delictstypiciteit*» geïntroduceerd, waaronder hij het materieel en moreel misdrijfbestanddeel onderbrengt. Delictstypiciteit van een gedraging betreft dan het geheel van de voor het specifiek misdrijf typische voorwaarden van strafbaarheid zoals deze volgen uit de wettelijke misdrijfomschrijving (zie DUPONT, L., «De constitutieve elementen van het misdrijf», in *Om deze redenen, Liber Amicorum Armand Vandeplas*, 1994, 214, nr. 22, en DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, 1994, I, nrs. 185 e.v.). Bij de strafrechtelijke integratie van het rechtstreeks toepasselijke Europees gemeenschapsrecht door verwijzing in de interne strafrechtsnorm, zal deze delictstypiciteit van het Europees misdrijf in grote mate, doch niet exclusief vastgelegd worden door de communautaire gedragsvoorschriften.

⁵¹ Zie verder DUPONT, L., «De constitutieve elementen ...», *l.c.*, 213, nr. 21 en 217, nr. 24, en *Beginselen*, 1994, I, nrs. 152, 187 en 256 e.v. Zie specifiek voor de misdrijfbestaansvoorwaarde van de wederrechtelijkheid tevens DUPONT, L., «De situering van het begrip wederrechtelijkheid in de theorie van het misdrijf», in *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, 1993, 127 e.v. In het reeds supra geciteerde arrest van 2 november 1993 waarin het Hof van Cassatie het vereiste stelt van een materieel bestanddeel voor elk misdrijf, omschrijft het Hof dit materieel bestanddeel als een uiterlijk waarneembare gedraging

IV. NEGATIEVE DOORWERKING IN HET INTERNE MATERIEEL STRAFRECHT: NON-APPLICATIE VAN BESTAANDE STRAFBAARSTELLINGEN

14. Behoudens het creëren van nieuwe interne strafbaarstellingen na een strafrechtelijke integratie van Europees gemeenschapsrecht, kan ditzelfde gemeenschapsrecht tevens een negatieve uitwerking hebben op bestaande strafbaarstellingen uit het interne materieel strafrecht door een toepassing van deze interne strafbaarstellingen uit te schakelen. In deze betekenis spreken we van «negatieve» doorwerking: het Europees gemeenschapsrecht leidt tot een afname van interne strafbaarstellingen.⁵²

A. Primaat van het Europees gemeenschapsrecht

15. Ingevolge de beginselen inzake het primaat en de rechtstreekse werking van het (zowel primair als secundair) Europees gemeenschapsrecht, moeten interne normen die strijdig zijn met communautaire normen wijken voor deze

die krenkend of gevaarlijk wordt geacht voor beschermde waarden of rechtsgoederen (Cass., 2 november 1993, *Arr. Cass.*, 1993, nr. 441). Deze terminologie gaat in de richting van de wederrechtelijkheid als algemene bestaansvoorwaarde. Zo is bijvoorbeeld een delictstypische gedraging niet wederrechtelijk, wanneer ze onder geen enkel opzicht het door de wetgever in de specifieke delictomschrijving beschermd rechtsgoed of rechtsbelang heeft geschonden of in gevaar gebracht (DUPONT, L., *Beginnselen*, 1994, I, nr. 262, 131).

Bij een strafrechtsintegratie van het rechtstreeks toepasselijk en afgeleid Europees gemeenschapsrecht door interne verwijzing, zal het te beschermen rechtsgoed of rechtsbelang meestal uitsluitend worden weergegeven in de Europese wetteksten, zoals in de motivering uit de preambule van een Europese verordening (zie voor de motiveringsplicht artikel 190 EG-Verdrag).

Zo worden met de communautaire voorschriften inzake de rij- en rusttijden uit de EG-verordening nr. 3820/85 van 20 december 1985 drie doelstellingen nageleefd: de harmonisatie van de concurrentievoorwaarden, de sociale vooruitgang en de verhoging van de verkeersveiligheid. Deze communautaire voorschriften hebben hoofdzakelijk betrekking op de bescherming van de arbeidsvoorwaarden in het wegtransport (o.m. Cass.fr., 20 april 1982, *Bull. Crim.*, 1982, nr. 95; Cass.fr., 11 mei 1989, *Bull. Crim.*, 1989, nr. 190), doch de drie doelstellingen worden gedekt door het EG-Verdrag (H.v.J., 28 november 1978, *Jur.*, 1978, 2311, concl. adv.-gen. J.P. WARNER; zie tevens TROMM, J.J.M., *Juridische aspecten van het communautair vervoerbeleid*, 1990, 356-358 en 339-340). Een strafbare overtreding van deze gemeenschapsregels kan zodoende simultaan meerdere rechtsgoederen en -belangen aantasten, zodat dit Europees misdrijf getypeerd kan worden als een zogenaamd «*pluri-offensief*» misdrijf (een term die volgens de Franse penalisten MERLE en VITU afkomstig is van het Italiaanse strafrecht; MERLE, R. en VITU, A., *Droit pénal spécial*, 1982, 30).

⁵² Deze uitwerking wordt ook genoemd de «*onrechtstreekse*» invloed van het communautair recht op de interne strafbaarstellingsnorm (zie BOULOC, B., «L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne», in *Mélanges offerts à Georges Levasseur – droit pénal, droit européen*, 1992, (103), 106-110) of de «*beperkende*» invloed van het gemeenschapsrecht op de nationale strafwetgeving (zie FRANCE, R.E., «The influence of European Community Law on the Criminal Law of the Member States», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1994-4, (324). Men raadplege tevens de twee geciteerde studies op het vlak van de invloed van het communautair recht op de interne sanctienorm (BOULOC, 114-199 en FRANCE, 330-333), alsmede SEVENSTER, H.G., *l.c.*, 431-432.

communautaire normen en kunnen de strijdige interne normen dan ook geen toepassing vinden.⁵³ Het Europees gemeenschapsrecht heeft aldus voorrang op elke nationale rechtsregel die onverenigbaar is met een direct werkende communautaire rechtsregel, ongeacht of de nationale rechtsregel van vroegere of latere datum is dan de gemeenschapsregel.⁵⁴ De rechtstreekse werking van een voorschrift uit het Europees gemeenschapsrecht betreft specifiek de vraag of dit voorschrift op basis van zijn inhoud rechtstreeks door particulieren kan worden aangevoerd in de interne rechtsorde teneinde alzo de aan het voorschrift ontleende rechten te kunnen afdwingen; het communautair voorschrift moet dan «duidelijk en onvoorwaardelijk zijn en niet afhankelijk van een discretionaire uitvoeringsmaatregel.»⁵⁵ In penalibus is voornamelijk van belang de zogenaamde *verticale rechtstreekse werking*, waarbij de particulier zich kan beroepen op de gemeenschapsregel tegenover de (communautaire en) nationale overheid, en die kan worden toegekend aan regels uit zowel het primair (bijvoorbeeld het EG-Verdrag) als het secundair of afgeleid (bijvoorbeeld verordeningen en richtlijnen) gemeenschapsrecht.

Het Belgische Hof van Cassatie heeft in het principearrest Franco-Suisse Le Ski (of het zogenaamd smeerkaas- of smeltkaasarrest) van 27 mei 1971 inzake de voorrang van de internationale norm op de interne norm, uitdrukkelijk de voorrang van het Europees gemeenschapsrecht op de strijdige internrechtelijke bepaling aanvaard.⁵⁶ Ook in de latere cassatiejurisprudentie is beslist dat in geval van conflict tussen een regel van een internationaal verdrag met rechtstreekse werking in de in België toepasselijke rechtsorde en een nationaalrechtelijke regel, de verdragsregel voorrang moet krijgen.⁵⁷

B. Toepasselijkheid in het interne materieel strafrecht

16. De beginselen van primaat en directe werking van het primair en secundair Europees gemeenschapsrecht gelden evengoed in het domein van het interne materieel straf-

⁵³ Zie daarover LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *o.c.*, 1995, 489-512; VAN DEN HENDE, L., «Overzicht van rechtspraak. Europees gemeenschapsrecht: rechtsbescherming 1979-1994», *T.P.R.*, 1995, (151), 157 e.v.

⁵⁴ Aldus het Simmenthal-arrest van het Europees Hof van Justitie van 9 maart 1978, zaak 106/77, *Jur.*, 1978, (629), 644, r.o. 21, besproken door LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *o.c.*, 1995, 491, e.v.

⁵⁵ LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *o.c.*, 1995, 509 e.v. Het begrip «*rechtstreekse werking*» moet alzo onderscheiden worden van het begrip «*rechtstreekse toepasselijkheid*», dat – zoals reeds supra in het onderdeel inzake de positieve doorwerking werd aangestipt –, de vraag betreft of de bepaling als rechtsinstrument al dan niet interne omzetting vereist (LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *o.c.*, 1995, 512, voetnoot 102, en 556, nr. 676).

⁵⁶ Cass., 27 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 959, *Pas.*, 1971, I, 886, met concl. proc.-gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *R.W.*, 1972-73, 424 (betreft artikel 12 EG-Verdrag); zie eveneens voor een strijdigheid met dezelfde primaire gemeenschapsregel Cass., 14 januari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 547.

⁵⁷ Zie bv. meer recent Cass., 4 april 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 1029; Cass., 20 januari 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 611; Cass., 10 mei 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 1053; Cass., 14 maart 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, 737; Cass., 1 april 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 350 (al deze jurisprudentie betreft artikel 5 of 6 EVRM).

recht.⁵⁸ De primerende en rechtstreeks werkende voorschriften uit het Europese gemeenschapsrecht kunnen dan ook resulteren in een *non-applicatie van de met dit gemeenschapsrecht strijdige voorschriften uit een interne strafbaarstelling*. Deze strijdige interne strafbaarstelling wordt aldus in de specifieke confrontatie met de communautaire norm in de penale ijskast gestopt.⁵⁹ In geval van een onverenigbaarheid met bepalingen uit het EG-Verdrag of uit een Europese verordening of richtlijn (en alleen uiteraard bij zo'n effectieve strijdigheid), mag de strafrechter dan ook geen toepassing maken van de interne strafrechtsbepaling die voor- of nadien is uitgevaardigd.⁶⁰ Deze negatieve doorwerking door non-applicatie vormt dan een belangrijk verdedigingsmiddel voor personen die strafrechtelijk vervolgd worden wegens overtreding van een interne strafbepaling en die van oordeel zijn dat de interne strafrechtelijke grondslag van de tegen hen ingestelde strafvervolgning zich niet conformeert aan het Europees gemeenschapsrecht.⁶¹

17. Op het vlak van het primair Europees gemeenschapsrecht en de hierin omschreven fundamentele vrijheden, wordt in de strafrechtspraktijk regelmatig de strijdigheid aangevoerd van een interne – strafrechtelijk gesanctioneerde – bepaling die een verbod tot of een beperking (via het opleggen van materiële of formele voorwaarden) van het verhandelen van goederen in België inhoudt die dan in de concrete strafcasus werden geïmporteerd vanuit een andere Europese lidstaat, met artikel 30 EG-Verdrag luidens hetwelk kwantitatieve invoerbeperkingen of maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten verboden zijn.⁶² De beklagde

die de strijdigheid van de interne penale norm met artikel 30 EG-Verdrag aanvoert, moet zijn stelling staven met elementen die deze geloofwaardig maken.⁶³ Interne – penaal gehandhaafde – handelsbelemmerende voorschriften kunnen evenwel gerechtvaardigd zijn door bepaalde belangen opgesomd in het uitzonderingsstelsel van artikel 36 EG-Verdrag, namelijk de bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde,⁶⁴ de openbare veiligheid,⁶⁵ de gezondheid en het leven van personen,⁶⁶ dieren of planten, het nationaal

ropéen, 1992, (103), 110 e.v., en FRANCE, R.E., l.c., *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1994-4, (324), 325-327.

Zie bijvoorbeeld recent, voor het aanvoeren van artikel 30 EG-verdrag tegenover een interne Belgische strafrechtsbepaling, Cass., 1 december 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 1007 (betreft de nationale wet van 22 juni 1960 tot invoering van een wekelijkse rustdag in nering en ambacht – in casu bij de exploitatie van een tankstation) of Cass., 1 februari 1995, *Arr. Cass.*, nr. 61 (betreft een nationale prijsbeheersingsregeling en specifiek de prijsstop voor nationale en ingevoerde producten, opgelegd bij M.B. van 24 juni 1988); of voor een recente toepassing op een – in het interne Franse strafrecht omschreven – verbod tot verkoop van levensmiddelen, die afkomstig zijn uit een andere Europese lidstaat en toevoegingsmiddelen bevatten die toegelaten zijn in de lidstaat van herkomst, doch niet in Frankrijk, Cass.fr., 27 februari 1995, *Bull. Crim.*, 1995, 202 e.v. nr. 83 (drie arresten), en tevens reeds besproken door BOULOC, B., «Incidence du droit communautaire sur le droit pénal interne», *Chronique de jurisprudence, Droit pénal général, Rev.Sc.Crim.*, 1995, 810-811. Zo werd een interne – met artikel 30 EG-Verdrag strijdige – Franse strafrechtsnorm niet toegepast op de gedraging van het commercialiseren in Frankrijk van vanuit België ingevoerde chocolade met bewaarsmiddelen die in het interne Franse strafrecht gereguleerd zijn (tweede arrest, p. 205); op dezelfde datum werd een soortgelijk arrest uitgesproken aangaande ingevoerde Italiaanse kaas (eerste arrest, p. 204) en ingevoerde Duitse salades (derde arrest, p. 210). Op deze wijze penetreert het Europees gemeenschapsrecht in het interne materieel strafrecht en heeft de interne strafwet niet altijd de door de interne strafwetgever gewilde toepassing (cf. BOULOC, B., *ibid.*).

⁶³ Cass., 1 februari 1995, *Arr. Cass.*, nr. 61 (door dat vereiste worden noch de regels inzake de bewijslast in strafzaken, noch het vermoeden van onschuld geschonken).

⁶⁴ Hierdoor wordt bijvoorbeeld gerechtvaardigd het strafrechtelijk verkoopverbod inzake de zogenaamde verklingsapparaten die de aanwezigheid van een snelheidsmeter van de politie aangeven of de werking ervan verstoren (Cass.fr., 17 februari 1988, *Bull. Crim.*, 1988, 207, nr. 81; penaal verbod omschreven in artikel R 242-4 van het Franse wegverkeersreglement).

⁶⁵ Bijvoorbeeld recent Cass., 21 september 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 767 (de Belgische wetbepaling van artikel 3, eerste lid, van de wet van 3 januari 1933 op de vervaardiging van, de handel in en het dragen van wapenen en op de handel in munitie krachtens hetwelk dolken en dolkessen geacht worden verboden wapenen te zijn, is gerechtvaardigd door redenen van openbare veiligheid). Raadpleeg, voor een bespreking van het verbodstelsel inzake verboden wapens, DEBERSAQUES, G., «Verboden wapens», in *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*.

⁶⁶ Zie daarover o.m. BOULOC, B., «Incidence des dispositions européennes sur le droit interne», *Chronique de jurisprudence, Droit pénal général, Rev.Sc.Crim.*, 1995, 94, en «Influence du Traité de Rome sur le droit interne», *Chronique de jurisprudence, Droit pénal général, Rev.Sc.Crim.*, 1993, 540; alsmede voor een concreet voorbeeld aangaande interne strafrechtsnormen inzake de verkoop van geneesmiddelen: Cass.fr., 10 maart 1993, *Bull. Crim.*, 1993, 261, nr. 108.

⁵⁸ Nog recent benadrukt door SOULARD, C., «Le droit communautaire et les situations purement internes», *Chronique internationale – droit communautaire, Rev.Sc.Crim.*, 1995, 647-648.

⁵⁹ Cf. MERLE, R. en VITU, A., o.c., 1988, 302-303; STEFANI, G., LEVASSEUR, G. en BOULOC, B., *Droit pénal général*, 1995, 15ed., 101. De interne strafbaarstelling wordt dan wel niet afgeschaft of vernietigd en kan nog worden toegepast wanneer de communautaire norm zelf niet toepasselijk is (JEANDIDIER, W., *Droit pénal général*, 1991, 2ed., 115, en «Principe de légalité criminelle. Sources de droit pénal/Art. 111-2, 111-3 et 111-5», nr. 52, in *Juris Classeurs Pénal*; MERLE, R. en VITU, A., *ibid.*).

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld recent in het Franse strafrecht Cass.fr., 21 februari 1994, *Bull. Crim.*, 1994, 159, nr. 74; Cass.fr., 10 april 1995, *Bull. Crim.*, 1995, 425, nr. 152; Cass.fr., 12 juni 1995, *Bull. Crim.*, 1995, 584, nr. 213; alsmede voor het principearrest (voor een anterieure strafrechtsnorm) Cass.fr., 22 oktober 1970, *Bull. Crim.*, 1970, nr. 276, D., 1971, 221, J.C.P., 1971, II, 16671; tevens uitvoerig besproken in PRADEL, J. en VARINARD, A., «Les grands arrêts du droit criminel, T. 1, Les sources du droit pénal – L'infraction», 1995, 46 e.v., of voor een posterieure strafrechtsnorm Cass.fr., Ch.mixe, 24 mei 1975, D., 1975, 497.

⁶¹ Een vergelijkbare ontwikkeling is in de interne Belgische rechtsorde waar te nemen in het domein van het strafprocesrecht, waar meer en meer strafprocedurale regels worden aangevochten wegens strijdigheid met het grondwettelijk en non-discriminatiebeginsel (de artikelen 10 en 11 van de Grondwet), met vaak een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof tot gevolg (cf. artikel 26, § 1, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof).

⁶² Dit artikel 30 EG-Verdrag heeft rechtstreekse werking (LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., o.c., 1995, 510, voetnoot nr. 94); raadpleeg voor een inhoudelijke bespreking van deze direct werkende communautaire verbodsbepaling LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., o.c., 132-144 of vanuit een strafrechtelijke invalshoek: BOULOC, B., l.c., in *Mélanges offerts à Georges Levasseur – droit pénal, droit eu-*

artistiek historisch en archeologisch bezit en de bescherming van industriële en commerciële eigendom.

18. Het lijkt ons interessant tot slot even in te gaan op de negatieve doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in het interne materieel strafrecht vanuit de specifieke invalshoek van een Europese richtlijn die door België niet tijdig is omgezet in nationale regels.

Zo kunnen volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie particulieren een beroep doen op bepalingen van een EG-richtlijn die inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn en die niet tijdig zijn uitgevoerd, tegenover elk nationaal voorschrift dat niet met de EG-richtlijn in overeenstemming is.⁶⁷ Op deze wijze verkrijgt de EG-richtlijn – zoals reeds algemeen (supra nr. 15) aangestipt – rechtstreekse of directe werking,⁶⁸ met eventueel ingrijpende gevolgen voor een interne strafprocedure. De nationale strafrechter dient namelijk in zo'n geval de strijdige nationaalrechtelijke strafbepaling buiten toepassing te laten.⁶⁹ Een Europese lidstaat mag immers zijn nationale, nog niet aan de richtlijn aangepaste, strafwetgeving na de voor de uitvoering van die richtlijn gestelde termijn niet toepassen op degene die overeenkomstig de richtlijn bepalingen handelt.⁷⁰ De strafbaarheid van een gedraging kan niet gegrond worden op een nationale maatregel die ongeldig is wegens overeenigbaarheid met het Europees gemeenschaps-

recht⁷¹ en een strafrechtelijke veroordeling op grond van een met het gemeenschapsrecht strijdig bevonden nationale wettelijke bepaling, is dan eveneens onverenigbaar met dit gemeenschapsrecht.⁷²

Er bestaat naar onze mening niet onmiddellijk een beletsel om in zo'n geval toepassing te maken van de strafrechtelijke retroactiviteitsregel uit artikel 2 Sw. en artikel 15 BUPO en alzo een dergelijke niet-uitgevoerde en per hypothese mildere EG-richtlijn met terugwerkende kracht – na het verstrijken van de uitvoeringstermijn – toe te passen bij de beoordeling van de gegrondheid van een op een interne strafbaarstelling gebaseerde strafvordering in een Belgische strafcasus.⁷³⁻⁷⁴ Een belangrijke hinderpaal kan wel opdui-

⁷¹ Zie H.v.J., 10 juli 1984, zaak 63/83, *Jur.*, 1984, 2689, r.o. 21, met concl. adv.-gen. M. Darmon.

⁷² H.v.J., 16 februari 1978, zaak 88/77, *Jur.*, 1978, 473, r.o. 16, met concl. adv.-gen. G. REISCHL; H.v.J., 16 december 1981, zaak 269/80, *Jur.*, 1981, 3079, r.o. 16, met concl. adv.-gen. G. REISCHL.

⁷³ Ook eerste advocaat-generaal DUMON kende in beginsel een retroactieve werking toe aan een rechtstreekse werkende EG-richtlijn die op een gunstige wijze de elementen van een strafbaarstelling wijzigt en de beklagde kan zich voor de rechter hierop beroepen (DUMON, F., conclusie voor Cass., 16 juni 1975, *R.D.P.*, 1975-76, (67), 77). In dit arrest van 16 juni 1975 (ook *Arr.Cass.*, 1975, 1096) paste het Hof van Cassatie uiteindelijk de bepalingen van de EG-richtlijn niet toe met een terugwerkende kracht op grond van artikel 2, tweede lid, Sw., daar deze EG-bepalingen slechts betrekking hadden op de manier van vaststelling van de misdrijven en deze manier noodzakelijk wordt geregeld door de ten tijde van de vaststelling vigerende wetgeving.

Ter exemplificatie kunnen we in het transportstrafrecht denken aan een EG-richtlijn betreffende de technische afmetingen en massa's waaraan de vrachtwagens dienen te voldoen. Het voorschrijven van een maximale afmeting of massa lijkt ons te beantwoorden aan de inhoudelijke voorwaarde van de «voldoende nauwkeurigheid». De strafrechter kan dan ook ons inziens een dergelijke en niet tijdig uitgevoerde richtlijn – die (onrechtstreeks) een gunstige wijziging van de interne strafbaarstelling bevat – met terugwerkende kracht toepassen op een concrete transportgedraging, die gepleegd is vóór het verstrijken van de termijn ter omzetting van de richtlijn en die een overtreding inhoudt op een met de EG-richtlijn strijdige nationale bepaling uit het technisch reglement van 15 maart 1968 (de strafrechtsgrond voor een dergelijke overtreding is te vinden in artikel 4 van de wet van 21 juni 1985, zie ook supra, voetnoot 23).

⁷⁴ In het reeds geciteerde arrest Ratti van 5 april 1979 (zaak 148/78, *Jur.*, 1979, 1627) besliste het Europees Hof van Justitie evenwel dat een EG-richtlijn voor een particulier die – vóór afloop van de termijn waarbinnen de lidstaat zich dient aan te passen – handelt in overeenstemming met de bepalingen ervan, geen enkel gevolg kan hebben dat door de nationale rechters in aanmerking kan worden genomen.

In casu (een Italiaanse strafzaak aangaande het etiketteren van gevaarlijke preparaten) was echter de omzettingstermijn van de EG-richtlijn niet alleen op het moment van het begaan van de ten laste gelegde feiten, maar eveneens tijdens de straf- en prejudiciële procedure *nog niet* verstreken. In de motivering van het arrest oordeelt het Hof dat een richtlijn de specifieke werking van een niet-toepassing van een strijdige nationale strafbepaling eerst kan hebben aan het einde van deze uitvoeringstermijn en de lidstaat in gebreke is gebleven (r.o. 43). Ook advocaat-generaal REISCHL benadrukt in zijn conclusie dat de nationale bepalingen eerst buiten toepassing mogen blijven, wanneer de in de richtlijn gestelde termijn verstreken is (*Jur.*, 1979, (1647), 1653-1655).

⁶⁷ H.v.J., 19 januari 1982, zaak 8/81, *Jur.*, 1982, 53, r.o. 25, met concl. van adv.-gen. GORDON SLYNN; H.v.J., 26 februari 1986, zaak 152/84, *Jur.*, 1986, 723, r.o. 46, met concl. adv.-gen. GORDON SLYNN; H.v.J., 8 oktober 1987, zaak 80/86, *Jur.*, 1987, 3969, r.o. 7, met concl. adv.-gen. J. MISCHO, *J.T.T.*, 1988, 43; H.v.J., 20 september 1988, zaak 31/87, *Jur.*, 1988, 4635, r.o. 40, met concl. adv.-gen. M. DARMON; H.v.J., 25 juli 1991, zaak C-345/89, *Jur.*, 1991, I, 4066, r.o. 12, met concl. adv.-gen. G. TESAURO, *D.*, 1991, 443, met noot HUGLO, J.G. en besproken door SOULARD, C., «Droit communautaire. L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres», *Rev.Sc.Crim.*, 1992, 155-156.

⁶⁸ Zie algemeen o.m. BRINKHORST, L.J. en BARENTS, R., *Grondlijnen van Europees recht*, 1988, 212-213; LAUWAARS, R.H. en TIMMERMANS, C.W.A., *Europees Gemeenschapsrecht in kort bestek*, 1989, 82-83; LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., o.c., 559-566; VAN HEUVEN, D., «Omtrent richtlijnen», *R.W.*, 1989-90, (1207), 1212-1217, of in elk geval een daaraan analoog werking (zie KAPTEYN, P.J.G. en VERLOREN VAN THEMATAAT, P., *Inleiding tot het recht van de Europese gemeenschap*, 1987, 238).

⁶⁹ GULDENMUND, R.M.A., *Strafrechtelijke handhaving van gemeenschapsrecht*, 1992, 12-13 en 27; zie eveneens BIANCARELLI, J. en MAIDANI, D., «L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres», *Rev.Sc.Crim.*, 1984, (225), 228, en DE ANGELIS, F., «L'effet de convergence du droit communautaire sur la procédure pénale des Etats membres», in *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, DELMAS-MARTY, M. (red.), 1992, 286; voor een recent voorbeeld van dergelijke negatieve doorwerking van de EG-richtlijn op de interne incriminatie Cass., fr., 21 april 1994, *Bull.Crim.*, 1994, 159, nr. 74.

⁷⁰ H.v.J., 5 april 1979, zaak 148/78 (Ratti), *Jur.*, 1979, 1629, met concl. adv.-gen. G. REISCHL. In casu mocht een nationale Italiaanse strafwet inzake de etikettering van bepaalde gevaarlijke preparaten niet toegepast worden in een Italiaans strafgeding, daar de beklagde een niet-tijdig uitgevoerde en voldoende nauwkeurige EG-richtlijn had nageleefd; raadpleeg aangaande dit arrest tevens CAPELLI, F., «Directives communautaires et droit pénal des Etats membres», in *Droit communautaire et droit pénal*, 1981, (93), 101-104.

ken indien deze bepalingen van de EG-richtlijn dienen te worden beschouwd als vallende onder de belangrijke jurisprudentieel gecreëerde uitzondering op het strafrechtelijk beginsel van de retroactiviteit in mitius, te weten de gunstige wijziging van een uitvoeringsreglementering van een onveranderd gebleven basisstrafwet.⁷⁵ Deze jurisprudentiële uitzondering is evenwel ons inziens sterk bekritiseerbaar zowel vanuit artikel 2 Sw. als vanuit artikel 15 BUPO of IVBPR.⁷⁶

Een noodzakelijke tijdsvoorwaarde voor de «rechtstreekse of directe» werking van de EG-richtlijn is zodoende dat de termijn voor de uitvoering van de richtlijn verstreken is (zie, alsmede voor de andere voorwaarden, o.m. BOULOUIS, J., *Droit institutionnel des communautés Européennes*, 1991, 220; LAUWAARS, R.H. en TIMMERMANS, C.W.A., o.c., 1989, 82-83); slechts bij realisatie van deze voorwaarde kan een communautaire richtlijn in onderhavige hypothese als het ware «in werking treden» in een nationaal strafgeding, kan de richtlijn op het strafrechtelijk terrein een normatieve waarde verkrijgen. Zodra dat ogenblik is bereikt, zal de direct werkende richtlijn de strijdige of onverenigbare interne strafbepaling uitschakelen, zodat op dat ogenblik de nationale strafrechter deze strafbepaling buiten toepassing dient te laten, naar onze mening eveneens voor richtlijnconforme feiten die gepleegd zijn vóór het verstrijken van de uitvoeringstermijn.

Het aangehaalde arrest van 5 april 1979 lijkt ons geen hinderpaal te vormen voor een dergelijke toepassing van een reeds rechtstreeks werkende richtlijn in een nationale strafcasus op een retroactieve wijze, in de zin van een toepassing op feiten die in de tijd voorafgaan aan het ogenblik waarop de richtlijn deze (specifieke) rechtstreekse werking verkrijgt.

⁷⁵ Luidens de rechtspraak van het Hof van Cassatie is artikel 2, tweede lid, Sw. dan niet toepasselijk (zie meer recent Cass., 29 oktober 1985, *Arr.Cass.*, 1985-86, 279; Cass., 10 december 1991, *Arr.Cass.*, 1991-92, 326; Cass., 27 mei 1992, *R.D.P.*, 1992, 875, *J.L.M.B.*, 1993, 27; Cass., 21 februari 1995, *A.J.T.*, 1995-96, 139, met noot VAN MUYLEM, E.).

In de zojuist geciteerde conclusie voor het cassatiearrest van 16 juni 1975 sluit eerste advocaat-generaal DUMON niet uit dat het Europees gemeenschapsrecht (en dan in casu specifiek een EG-richtlijn inzake de technische eisen voor de voertuigen) deel kan uitma-

Een dergelijk retroactief ingrijpen van een voldoende nauwkeurige en niet-tijdig uitgevoerde (en m.a.w. rechtstreeks werkende) EG-richtlijn op een interne strafbaarstelling uit het Belgisch strafrecht vormt ons inziens een mooie illustratie van de – in de aanhef van ons introductief onderzoek geciteerde – opmerking van de Franse penalist J.C. SOYER dat «*par infiltration sournoise, le Droit communautaire commence à rogner le droit de chaque Etat à punir souverainement*».

Bart SPRIET
Deeltijds docent K.U.Leuven
Advocaat

ken van het tijdelijk en veranderlijk karakter van een nationale reglementering (*R.D.P.*, 1975-76, (67), 77-78). Het afgeleid of secundair Europees gemeenschapsrecht dat dient te worden omgezet in interne normen, zal in de Belgische strafrechtsorde vaak geïntegreerd worden in een uitvoeringsreglement van een nationale en ongewijzigd gebleven blanco-strafwet (bijvoorbeeld de omzetting van de EG-richtlijnen inzake de technische eisen in de bepalingen van het nationale K.B. van 15 maart 1968, waarbij de strafwet van 21 juni 1985 niet zal worden gewijzigd), zodat de getransformeerde Europese normen op het strafrechtelijk domein zeker in het toepassingsgebied van deze jurisprudentiële uitzondering kunnen terechtkomen. In een arrest van 29 april 1969 kende het Hof van Cassatie zelfs het kenmerk van de veranderlijke en tijdelijke reglementering uitdrukkelijk toe aan een EG-verordening, met een uitsluiting van artikel 2, tweede lid, Sw. tot gevolg (Cass., 29 april 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 821). Ook het Franse Hof van Cassatie heeft dezelfde uitzondering uitgebreid tot EG-verordeningen (zie bijvoorbeeld Cass.fr., 10 november 1970, *Bull.Crim.*, 1970, nr. 293, *D.*, 1971, 509, met noot MAZARD, J. (zijnde het bekende Von-Saldern-arrest); Cass.fr., 23 november 1973, *Bull.Crim.*, 1973, nr. 435; Cass.fr., 9 januari en 3 mei 1974, *Bull.Crim.*, 1974, nr. 13 en nr. 175, *D.*, 1974, I.R., 139, *Rev.Sc.Crim.*, 1975, 403 e.v., met noot LARGUIER, J.).

⁷⁶ Zie voor een uitvoeriger bespreking: SPRIET, B., «Het strafrechtelijk retroactiviteitsbeginsel toegepast op een gunstige wijziging van de uitvoeringsreglementering», in *Om deze redenen. Liber Amicorum Armand Vandeplas*, 1994, 349-378.

DE DOORWERKING VAN HET EUROPEES GEMEENSCHAPSRECHT IN HET PROCESRECHT

DE CIVIELE RECHTSINGANG IN EUROPEES PERSPECTIEF

INLEIDING

1. De Gentse rechtshistoricus R.C. Van Caenegem onderscheidt drie grote fasen in de Europese periodisering van het burgerlijk procesrecht.¹ De beginfase was die van het primitieve procesrecht (5e – 12e eeuw). Hierop volgde een fase van modernisering (12e eeuw – 1500), waarin de wetenschap van het procesrecht ontstond. De derde fase liep van de 16e eeuw tot de grote codificaties van de 18e en 19e eeuw. Terwijl het procesrecht in de Middeleeuwen en het Ancien Régime streek- en stadsgebonden was, kreeg het in het 19e-eeuws Europa een uitgesproken nationaal karakter. Weliswaar vertoonden de nationale procesrechtelijke regels gelijklopende trends.²

Thans is een nieuwe historische periode aangebroken. De toename van het grensoverschrijdend rechtsverkeer en het streven naar een verregaande staatkundige unificatie verwerkten een schaalvergroting van het burgerlijk procesrecht. Onvermijdelijk gaf de juridische mobiliteit van de rechtssubjecten aanleiding tot internationale geschillen van privaatrechtelijke aard. De internationalisering van het privaatrechtelijk procesrecht is ontegenzeggelijk een vaststaand feit.

3. Aanvankelijk boden enkel de nationale wetgevingen een oplossing voor deze internationale geschillen. Het verdragsrecht werd echter weldra als een noodzakelijke aanvulling beschouwd.³ Een belangrijke stap naar unificatie⁴ werd tevens gezet bij de totstandkoming van eenvormige wetten. De wetgeving inzake arbitrage en die inzake de dwangsom zijn hiervan treffende voorbeelden.⁵

¹ VAN CAENEGEM, R.C., «Kanttekeningen bij een periodiseringsprobleem: de evolutie van het Burgerlijk Procesrecht», in *Recht in beweging*, Antwerpen, 1973, (1975), 1080-1081.

² VAN CAENEGEM, R.C., «History of European Civil Procedure», in *International Encyclopedia of Comparative Law*, XVI, *Civil Procedure*, 1973; zie tevens STORME, M., «Honderd jaar procesrecht. Een terugblik en een nieuw geluid. Een gerecht met menselijk gelaat», in BAERT, G. (red.), *Gedenkboek. De Vlaamse Conferentie der balie van Gent 1873-1973*, Gent, 1974, (411), 414.

³ STERK, T.A.W., «Honderdvijftig jaar Nederlands burgerlijk procesrecht», in *Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland 1830-1980*, SPANOGHE, Eg. en FEENSTRA, R. (red.), Leiden, 1981, (101), 105-107.

⁴ Zie, over de unificatie in het algemeen, KERAMEUS, K.D., «Procedural Unification: The Need and the Limitations», in *International Perspectives on Civil Justice. Essays in honour of Sir Jack I.H. Jacob q.c.*, SCOTT, I., (red.), London, 1990, 47-66.

⁵ Europese Overeenkomst houdende een eenvormige wet inzake arbitrage, 20 januari 1966, Wet 4 juli 1972 tot goedkeuring en invoering in het Ger.W. van een zesde deel betreffende de arbitrage (B.S., 8 augustus 1972); Beneluxovereenkomst houdende een eenvormige wet inzake dwangsom, 26 november 1973, Wet 31 januari 1980 hou-

4. Het Europese recht neemt bij deze unificatie gewis een bijzondere plaats in. Doordat het geen internationaal recht,⁶ doch integendeel het interne recht van de Europese Unie is, creëert het een autonome communautaire rechtsorde die een gemeenschappelijk rechtssysteem uitmaakt, dat overal in de lidstaten van de Europese Unie dezelfde gelding moet hebben en op dezelfde wijze moet worden toegepast.

5. Een Europees procesrecht werd uitgewerkt.⁷ Het privaatrechtelijk procesrecht verliest aldus zijn louter nationale karakter.⁸ Het behoeft geen nader betoog dat het Europese Bevoegdheids- en Executieverdrag 27 september 1968 (EEX) in dezen een mijlpaal is geweest.⁹ Het versnelde de uniformisering en de wisselwerking tussen het nationale en het Europese procesrecht.¹⁰ De uniforme uitlegging door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te Luxemburg heeft daarenboven in belangrijke mate het civiele proces in de lidstaten op Europese leest geschoeid.¹¹ Dit Hof heeft immers in antwoord op prejudiciële vragen¹² geopteerd voor een consequente verdragsautonome interpretatie.¹³

dende invoering van de dwangsom door inlassing in het Ger.W. (artt. 1385bis e.v. Ger.W.) (B.S., 20 februari 1980).

⁶ Zie LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 1995, 16-23, nrs. 17-24.

⁷ STORME, M., «Van internationaal naar Europees procesrecht», in *Exequatur van vriendschap. Liber Discipulorum et Amicorum Egied Spanoghe*, Antwerpen, 1981, 165-178, en «Rechtsvereinheitlichung in Europa. Ein Plädoyer für ein einheitliches europäisches Prozessrecht», *Rabels Zeitschrift*, 1992, 290-298.

⁸ STORME, M., «Ik die bij de sterren sliep en 't haar der ruimten droeg», *Metablitica van het procesrecht. Afscheidscollege*, Mys & Breesch, Gent, 1995, 49; HABSCHEID, W.J., «Die Europäisierung des Zivilprozessrechts», in *Unity of Civil Procedural Law and its National Divergencies*, Sawczuk, M. (red.), Lublin, 1994, 76-93.

⁹ SPELLENBERG, U., «Das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen als Kern eines Europäischen Zivilprozessrechts», *Europarecht*, 1980, 329.

¹⁰ SCHACK, H., «Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Zivilprozessrecht», *ZZP*, 1994, 279-300.

¹¹ Zie bijvoorbeeld, i.v.m. het begrip «gewoon rechtsmiddel», H.v.J., 22 november 1977 (Diamond/Riva, nr. 43/77), *Jur. H.v.J.*, 1977, 2175, R.W., 1977-78, 1493, noot LAENENS, J.

¹² Zie, m.b.t. de bindende werking van het uitleggingsarrest, LENAERTS, K. en ARTS, D., *Europees procesrecht*, Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 1995, 123-125, nrs. 210-212 en 331, nr. 610.

¹³ KOHLER, Chr., «La jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes sur la convention (CEE) du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Fondements et aspects essentiels», *Ann.Dr.*, 1983, 177-217, en «Practical experience of the Brussels jurisdiction and judgments convention in the six original contracting states», *International and Comparative Law Quarterly*, 1985, 563-583; MARTINY, D., «Autonome und einheitliche Ausle-

6. De jurisprudentie van het Hof van Justitie kan echter ook leiden tot een verfijning van de jurisprudentiële rechtsvinding in eigen land, wat een nationaal wetgevend initiatief eventueel zelfs kan uitsluiten.¹⁴ De grens tussen rechtspraak en wetgeving wordt aldus erg smal, zodat de vraag rijst of het wel verantwoord is aan een rechtsprekende instantie een in wezen wetgevende taak over te laten.¹⁵

7. Kennisneming van de arresten van het Europese Hof is bijgevolg onontbeerlijk.¹⁶ Hierna volgt een overzicht van de jurisprudentie over de kwaliteitseisen inzake de civiele procesgang, inzonderheid wat de akte van rechtsingang betreft. Onderzocht zal worden of het Hof van Justitie te Luxemburg al dan niet «geseteskorrigerend» optreedt.¹⁷

I. HET VRIJE VERKEER VAN VONNISSEN

8. Het EEX-Verdrag wordt een «traité double» genoemd. Het betreft namelijk een verdrag dat bevoegdheidsregels bevat waarop rechtstreeks een beroep kan worden gedaan, zodra een internationaal geschil moet worden beslecht. Een verdrag met directe bevoegdheidsregels biedt ongetwijfeld de gelegenheid tot een verder gaande harmonisatie van de wetgevingen, biedt een grotere rechtszekerheid en vermijdt discriminaties.¹⁸ Daarenboven bevordert een dergelijk verdrag *het vrije verkeer van rechterlijke beslissingen*,¹⁹ aangezien deze in de verdragsluitende staten erkend moeten worden en ten uitvoer gelegd kunnen worden wanneer zij afkomstig zijn van een rechter die zijn internationale rechtsmacht aan het verdrag zelf ontleent.²⁰

9. Het vrije verkeer van vonnissen berust ongetwijfeld op een verregaand vertrouwen in de «Europese rechters».²¹ Zij vormen «het geruisloze Europa» waarover zelden of nooit

gesproken wordt.²² De beslissingen van deze rechters worden *zonder vorm van proces* in de andere verdragsluitende staten erkend (art. 26 EEX). In geen geval wordt overgegaan tot een onderzoek van de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing (art. 34 EEX).

10. Het vertrouwen in de Europese rechter is nochtans niet grenzeloos. Het beginsel van de tegenspraak (*Audiat et altera pars*)²³ beheerst ook het Europese procesrecht.²⁴ Het is het grondrecht bij uitstek dat de hele civiele rechtspleging beheerst.²⁵ De eerbiediging van het recht van verdediging moet de Europese rechter te allen tijde in acht nemen; anders wordt de erkenning en de tenuitvoerlegging van zijn vonnis in een andere EU-staat geweigerd (art. 27.2 EEX). Inzake het recht van verdediging is een onderzoek van de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing bijgevolg wél toegelaten.²⁶ Weliswaar blijft deze controle beperkt tot de vonnissen bij verstek.²⁷

11. De vraag rijst echter of de weigeringsgrond in art. 27.2 EEX het vrije verkeer van vonnissen niet aanzienlijk belemmert, ja zelfs onmogelijk maakt.²⁸⁻²⁹ Men mag hierbij niet uit het oog verliezen dat art. 27.2 EEX – in strijd met wat M.

van de rechter in het Europees Gemeenschapsrecht», Gent, 1993, (181), 183-189, nrs. 314-324.

²² STORME, M., «Het geruisloze Europa, dat van de rechters», *Rechtspraak in opspraak*, Kluwer, Antwerpen, 1980, 105-120.

²³ De eerbiediging van het recht van verdediging is een algemeen rechtsbeginsel (MAES, B., *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Mys & Breesch, Gent, 1993, 85, nr. 103). Zie tevens STURNER, R., «Förmlichkeit und Billigkeit bei der Klagzustellung im Europäischen Zivilprozess», *JZ*, 1992, (325), 326.

²⁴ HAARDT, W.L., «Audi et alteram partem. Nieuw licht op een oud beginsel», in *Liber Amicorum Jan Ronse*? Antwerpen, 1986, (31), 36, nr. 7.

²⁵ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, 1970, en «Le droit de défense, principe général du droit. Réflexions sur des arrêts récents», in *Mélanges Jean Dabin*, Brussel, 1963, 569-614; HAYOIT DE TERMICOURT, W., «Un aspect de la défense», *J.T.*, 1956, 505; MOTULSKY, H., «Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile», in *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Parijs, 1973, 60-84; zie tevens STORME, M., «Algemene beginselen van behoorlijke procesvoering», in *Algemene rechtsbeginselen*, VAN HOECKE, M., (red.), Antwerpen, 1991, (159), 179.

²⁶ GOTHOT, P. en HOLLEAUX, D., *La convention de Bruxelles du 27.9.1968*, Parijs, 1985, 155, nr. 270; zie nochtans de kritiek van G. DROZ, *R.C.D.I.P.*, 1983, 528; vgl. Kh. Antwerpen, 19 oktober 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 184.

²⁷ Voor een restrictieve interpretatie van «verstek»: H.v.J., 21 april 1993 (Sonntag/Waidman), *Jur. H.v.J.*, 1993, I, 1963; T.B.H., 1993, 1105, *J.L.M.B.*, 1994, 459, noot KOHL, A., *J.D.I.*, 1994, 528, noot J.M.B., *R.C.D.I.P.*, 1994, 112, noot GAUDEMET-TALLON, H.; DROZ, G.A.L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Parijs, 1972, 315, nr. 501; VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., *Internationaal privaatrecht*, in *A.P.R.*, 1989, 81, nr. 132; VAN HOVE, E., *De Europese Executieverdragen Brussel (1968) en Lugano (1988)*, Die Keure, 1994, 135. Zie echter, m.b.t. een vonnis dat geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen, Rb. Charleroi, 10 oktober 1979, *Rev. Rég.Dr.*, 1980, 177, noot BORN, H.; vgl. Beslagr. Brussel, 23 januari 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 124, noot LAENENS, J.

²⁸ In die zin: JENARD, P., «La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements», *Rep.Not.*, T.XI, liv.IV, 1994, 166, nr. 162; MEIJNECHT, P.A.M., «Regelmatige en tijdige oproeping», in *Vorm en wezen. Opstellen aangeboden aan W.H.Heemskerk*, 1991, (159), 171.

gung im europäischen internationalen Zivilprozessrecht», *Rabels Zeitschrift*, 1981, 427. Zie, voor een kritiek op deze evolutie, HARTLEY, T.C., «Unnecessary Europeanisation under the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention: the Case of the Dissatisfied Sub-Purchaser», *E.L.Rev.*, 1993, 506-516.

¹⁴ In die zin, wat de bevoegdheidsovereenkomsten betreft, KRINGS, E., «Réflexions au sujet de la prorogation de compétence territoriale et du for contractuel», *Rev.Dr.Int.Dr.Comp.*, 1978, (78), 107.

¹⁵ GULDIX, E. en LUYPAERS, P., «Naar een cybernetisch model doorheen de internationale rechtsmachtsregels van het Europees Executieverdrag», in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, II, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1994, (855), 888.

¹⁶ Een advocaat die geen kennis heeft van de EEX-regels en de jurisprudentie van het Hof van Justitie, brengt zijn beroepsaansprakelijkheid in het gedrang (zie Overlandesgericht Koblenz, 9 juni 1989, *NJW*, 1989, Hef 42, 2699).

¹⁷ Zie STORME, M., a.w., in *Exequatur van vriendschap. Liber Discipulorum et Amicorum Egied Spanoghe*, 177.

¹⁸ JENARD, P., «Rapport over het verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken», *Pb.C.*, 1979, 59, 7.

¹⁹ JENARD, P., a.w., t.a.p.; SURIYKUMARI LANE, «Free Movement of Judgments within the EEC», *International and Comparative Law Quarterly*, 1986, 629-643; zie tevens *Groenboek*, De consument en zijn verhaalsmogelijkheden en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt, Com. (93), 576, 75.

²⁰ LAENENS, J., *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Antwerpen, 1981, 124, nr. 431.

²¹ LECOURT, R., *L'Europe des juges*, Brussel, 1976; zie tevens LENAERTS, K., «Rechtsbescherming en rechtsafdwinging: de functies

Weser aanvankelijk dacht ³⁰ – de weigeringsgrond bij uitsteking is geworden. ³¹

II. JURISPRUDENTIE VAN HET HOF VAN JUSTITIE

12. Het EEX-Verdrag biedt aan de verweerder, tegen wie verstek is verleend, ³² inzake erkenning en tenuitvoerlegging een dubbele bescherming: ³³ enerzijds moet het stuk dat het geding inleidt, of een gelijkwaardig stuk, ³⁴ *regelmatig* bekend of meegedeeld worden; anderzijds moet deze betekening of mededeling van de akte van rechtsingang aan de verweerder zo *tijdig* als met het oog op zijn verdediging nodig was, geschied zijn. Beide voorwaarden moeten *cumulatief* vervuld zijn. ³⁵ Zelfs indien de betekening regelmatig heeft plaatsgevonden, kan de aangezochte rechter de erkenning van het verstekvonnis weigeren, indien hij van mening is dat de akte niet zo *tijdig* is overgemaakt, dat de verweerder zijn verdediging heeft kunnen voorbereiden. ³⁶ Omgekeerd: in geval van onregelmatige betekening, moet de erkenning van de buitenlandse rechterlijke beslissing geweigerd worden, ongeacht of de verweerder daadwerkelijk kennis heeft gehad van het stuk dat het geding inleidt. ³⁷

13. De vraag of de betekening of mededeling van de akte van rechtsingang *regelmatig* is geschied, kan enkel worden beantwoord aan de hand van het recht van het gerecht van herkomst, daaronder begrepen de internationale verdragen daarover. Ook de vraag of betekening gebreken kunnen worden gezuiverd, moet bijgevolg aan de hand van dat recht worden beantwoord. ³⁸

²⁹ Wat Duitsland betreft schrijft P. JENARD: «L'on se trouve, pour faire exécuter un jugement en Allemagne, en présence d'une véritable 'forteresse'. Tous les moyens y sont utilisés pour écarter la décision étrangère ...» (*Rép.Not.*, 167, nr. 163).

³⁰ WESER, M., *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Brussel, 1975, 333, nr. 276.

³¹ DE LEVAL, G., «Reconnaissance et exécution dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *Act. Dr.*, 1994, (73), 76-77, «Une harmonisation des procédures d'exécution dans l'Union Européenne est-elle concevable?», *Act.Dr.*, 1995, (485), 494; DROZ, G.A.L., *R.C.D.I.P.*, 1993, 85; JENARD, P., «Le cas de refus d'exécution le plus souvent retenu: l'art. 27 al. 2», in *Les conventions de Bruxelles et de La Haye en matière civile et commerciale*, DE LEVAL, G. (red.), 77-78; LINKE, H., «Selected Problems Relating to Lis Alibi Pendens and the Recognition of Judgments», in *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, 1992, (171), 181.

³² Zie, i.v.m. verstek, H.v.J., 21 april 1993, *t.a.p.*

³³ JENARD, P., *Rapport over het verdrag*, Pb.C., 1979, 59, 44.

³⁴ Het begrip «stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk» doelt op het stuk of de stukken waarvan de regelmatige en tijdige betekening of mededeling de verweerder in staat stelt, zijn rechten te doen gelden voordat in de staat van herkomst een uitvoerbare beslissing wordt gegeven (H.v.J., 13 juli 1995 (Hengst Import / Campese), C-474/93). Op een betekening of kennisgeving *tijdens* het geding vindt art. 27.2 EEX geen toepassing (DROZ, G.A.L., *a.w.*, 316, nr. 502). Aldus valt een verwittiging op grond van art. 751 Ger.W. buiten het toepassingsgebied van art. 27.2 EEX (Cass.fr., 11 juni 1991, *J.C.P.*, 1991, IV, 317).

³⁵ H.v.J., 3 juli 1990 (Lancray/Peters), *Jur.H.v.J.*, 1990, I, 225.

³⁶ JENARD, P., *a.w.*, *t.a.p.*; zie tevens H.v.J., 16 juni 1981 (Klomps/Michel), *Jur.H.v.J.*, 1981, 1593.

³⁷ H.v.J., 3 juli 1990 (Lancray/Peters), *t.a.p.*

³⁸ H.v.J., 3 juli 1990 (Lancray/Peters), *t.a.p.*

14. Het past – alvast bij verstek van de gedaagde en zeker bij een grensoverschrijdend rechtsgeschil – rekening te houden met de strenge rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen inzake de *tijdigheid* van de betekening of mededeling van de gedinginleidende akte. Voorzichtigheid is geboden, wanneer gebruik wordt gemaakt van de regularisatiemogelijkheid van het (nieuw) art. 867 Ger.W. ³⁹ Het Hof opteerde immers inzake de tijdige betekening of mededeling van de akte van rechtsingang voor een verdragsautonome interpretatie. De rechter van de aangezochte staat kan inderdaad de erkenning en tenuitvoerlegging van een rechterlijke beslissing weigeren, zelfs indien de rechter van de staat van herkomst op grond van art. 20, derde lid, EEX juncto art. 15 Betekeningsverdrag 15 november 1965 als vaststaand heeft aangenomen dat de niet verschenen verweerder de gelegenheid had het stuk dat het geding inleidt, zo *tijdig* als met het oog op zijn verdediging nodig was, te ontvangen. ⁴⁰

15. De aangezochte rechter handelt bij de beoordeling van de tweede voorwaarde van art. 27.2 EEX autonoom en is geenszins gebonden aan de opvatting van de rechter van het land van herkomst. ⁴¹ Het begrip «tijdigheid» is van feitelijke aard, waarvan de beoordeling wordt overgelaten aan de rechter die over de zaak oordeelt. ⁴² Hij dient na te gaan of er, in het concrete geval, *uitzonderlijke omstandigheden* ⁴³ zijn die tot de conclusie kunnen leiden dat de betekening of mededeling, ofschoon regelmatig geschied, toch onvoldoende is geweest om de verweerder in staat te stellen zijn verdediging voor te bereiden en, bijgevolg, om de door art. 27.2 EEX, vereiste termijn te doen aanvangen. Om vast te stellen of een dergelijk geval zich voordoet, kan de aangezochte rechter rekening houden met *alle omstandigheden* van de zaak, daaronder begrepen de wijze waarop de betekening of mededeling is geschied, de betrekkingen tussen de verzoeker en de verweerder, of de aard van de stappen die de laatste had moeten doen om een beslissing bij verstek te voorkomen. ⁴⁴

16. Voormeld onderzoek blijft niet beperkt tot de omstandigheden die bekend waren op het moment van de betekening; anders zou het tijdigheidsvereiste allicht samenvallen met het regelmatigheidsvereiste van de betekening. ⁴⁵ Het vereiste van «tijdigheid» moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten die, ofschoon na de betekening voorgevallen, toch kunnen beletten dat die betekening de belanghebbende daadwerkelijk in staat stelt zijn verdediging voor te bereiden. De omstandigheid dat de eiser na de betekening kennis heeft gekregen van een nieuw adres van de verweerder, alsook de omstandigheid dat de verweerder verant-

³⁹ LAENENS, J. en BROECKX, K., *Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling*, Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 1993, 41, nr. 98.

⁴⁰ H.v.J., 15 juli 1982, (Pendy Plastic Products/Pluspunt), *Jur.H.v.J.*, 1982, 2723, *J.Dr.Int.*, 1982, 960, noot HUET, A., *R.C.D.I.P.*, 1983, 521, noot DROZ, G.

⁴¹ REISCHL, G., conclusie, *Jur.H.v.J.*, 1982, (2738), 2742.

⁴² VERLOREN VAN THEMAAT, P., conclusie, *Jur. H.v.J.*, 1985, (1780), 1784.

⁴³ Zie, voor een niet uitputtende, maar wel uitvoerige lijst van zeer uitzonderlijke omstandigheden, *Jur.H.v.J.*, 1985, 1787, voetnoot 10.

⁴⁴ H.v.J., 16 juni 1981, (Klomps/Michel), *Jur.H.v.J.*, 1981, 1593.

⁴⁵ VERLOREN VAN THEMAAT, P., *a.w.*, *Jur. H.v.J.*, 1985, 1787.

woordelijk is voor het feit dat het regelmatig betekende stuk hem niet heeft bereikt, zijn gegevens die de aangezochte rechter in aanmerking kan nemen bij zijn onderzoek van de vraag of de betekening tijdig is geschied.⁴⁶

17. Op te merken valt dat de aangezochte rechter de regelmatigheid en tijdigheid van de betekening of mededeling van de akte van rechtsingang moet onderzoeken, zelfs indien de verweerder, tegen wie verstek is verleend, later van de gegeven beslissing kennis heeft gekregen en daartegen geen door het procesrecht van de staat van herkomst geboden rechtsmiddel heeft aangewend.⁴⁷

III. KRITIEK VAN DE DOCTRINE

18. De kritiek van de doctrine op voormelde jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is ongewoon scherp. Opvallend zijn vooral de ongezouten commentaren van P. Jenard en G. Droz. Het feit dat beiden mee de tekst van het EEX-Verdrag hebben opgesteld, verklaart allicht hun kritische ingesteldheid. De houding van het Hof van Justitie noemen zij extreem formalistisch, ja zelfs gevaarlijk en strijdig met de doelstellingen van het EEX-Verdrag.⁴⁸ De overbescherming van de (soms malafide) gedaagde partij achten zij volkomen misplaatst, omdat aldus het vrije verkeer van vonnissen vaak aanzienlijk belemmerd wordt.⁴⁹ De meeste auteurs zijn het met hen eens dat de ruime interpretatie van art. 27.2 EEX «des Gutes zuviel»⁵⁰ en «übertrieben»⁵¹ is.

19. Voormelde kritiek is niet onterecht. Niet alleen doet de jurisprudentie van het Hof van Justitie het basisbeginsel van het EEX-Verdrag, namelijk het vertrouwen in de Europese rechter, wankelen.⁵² Ze creëert bovendien in belangrijke mate rechtsonzekerheid.⁵³ De eiser moet immers ook na de betekening van het exploit van dagvaarding alert blijven.⁵⁴ Daarbij komt nog dat een moeilijke te verantwoorden onderscheid wordt gemaakt tussen verstekvonnissen die in eigen land en verstekvonnissen die in het buitenland uitgevoerd

moeten worden,⁵⁵ waardoor de realisatie van een enige Europese titel⁵⁶ aanzienlijk bemoeilijkt wordt. Ten slotte kan moeilijk ontkend worden dat het door het Hof van Justitie opgelegde systeem een uitnodiging vormt voor gedaagden om zich onvindbaar te maken, verstek te laten gaan en zich zo aan de executie in de andere EEX-landen te onttrekken.⁵⁷ Het gevaar van een dergelijke internationale immuniteit voor versteklatende partijen binnen de Europese Unie is inderdaad geenszins illusoir.⁵⁸

20. Terecht heeft P. Jenard erop gewezen dat het arrest Minalmet⁵⁹ in dezen een van de slechtste arresten van het Hof van Justitie is.⁶⁰ In dit arrest verwierp het Hof in weinig overtuigende overwegingen⁶¹ het standpunt dat G. Droz te allen tijde consequent verdedigd heeft: art. 27.2 EEX vindt geen toepassing, wanneer de niet verschenen gedaagde in de mogelijkheid verkeerde een rechtsmiddel in te stellen tegen het bij verstek gewezen vonnis en hiervan geen gebruik gemaakt heeft.⁶² Er mag m.a.w. geen bezwaar tegen erkenning of tenuitvoerlegging van een verstekvonnis zijn, wanneer de gedaagde die niet tijdig en/of onregelmatig voor de rechter was opgeroepen, wél van het verstekvonnis op de hoogte is gekomen om daartegen verzet te doen en de termijn daarvoor ongebruikt heeft laten verlopen.⁶³

21. Valt er geen rechtspraakmekeer van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te verwachten, dan lijkt mij een aanpassing van het EEX-Verdrag hoogst noodzakelijk.⁶⁴ Hierbij kan men zich nuttig inspireren op het Nederlands-Duits Executieverdrag 30 augustus 1962, waarvan het art. 2 als volgt luidt: «De erkenning mag slechts worden geweigerd, c. in geval van een beslissing bij verstek, indien de gedaagde aantoon, 1. dat de dagvaarding of de beschikking waardoor het geding werd ingeleid hem niet overeenkomstig de voorschriften van de Staat waar de beslissing is gegeven, werd bezorgd, of 2. dat hij geen gelegenheid heeft gehad verweer te voeren, omdat de dagvaarding of de beschikking hem niet of niet tijdig genoeg heeft bereikt; dit geldt echter niet, wanneer de eiser aantoon, dat de gedaagde tegen de beslissing geen rechtsmiddel heeft aangewend, hoewel hij van haar had kennis gekregen.»⁶⁵ De weigeringsgrond in art. 27.2 EEX mag namelijk geen effect sorteren, wanneer de bij verstek veroordeelde gedaagde de rechtsmiddelen in de

⁴⁶ H.v.J., 11 juni 1985 (Debaecker/Bouwman), *Jur.H.v.J.*, 1985, 1779, *J.T.*, 1986, 158, noot EKELMANS, M., *T.Not.*, 1985, 276, noot; zie ook GOTHOT, P. en HOLLEAUX, D., *a.w.*, 154, nr. 268.

⁴⁷ H.v.J., 12 november 1992, (Minalmet/Brandeis), *Jur.H.v.J.*, 1992, I, 5661, *R.W.*, 1992-93, 997.

⁴⁸ DROZ, G.A.L., *R.C.D.I.P.*, 1991, (167), 169; JENARD, P., *a.w.*, *Rép. Not.*, 165-166, nrs. 161 en 162.

⁴⁹ DROZ, G.A.L., *R.C.D.I.P.*, 1993, (85), 86; zie, in dezelfde zin, KOHL, A., «Les conditions de la reconnaissance d'une décision intervenue contre un défendeur défaillant – Remarques au sujet de l'article 27.2 de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968», *Act. Dr.*, 1992, (819), 826.

⁵⁰ LINKE, H., «Die Kontrolle ausländischer Versäumnisverfahren im Rahmen des EG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsabkommens – Des Guten zuviel?», *RIW*, 1986, (409), 413.

⁵¹ GOTTWALD, P., «Die Freizügigkeit von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen in Westeuropa», in *Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa*, JAYME, E. (red.), Heidelberg, 1992, (155), 164.

⁵² MEIJKNECHT, P.A.M., *a.w.*, 171.

⁵³ VLAS, P., «The principle of fair trial in international civil litigation», in *Law and Reality. Essays on national and international procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albergh Voskuil*, 1992, (391), 403.

⁵⁴ MEIJKNECHT, P.A.M., *a.w.*, 172.

⁵⁵ MEIJKNECHT, P.A.M., *a.w.*, *t.a.p.*

⁵⁶ Zie daarover STORME, M., *Pleidooi voor een enige Europese titel*, Colloquium U.I.A., Europees Executieverdrag, Brussel, 17 februari 1995.

⁵⁷ MEIJKNECHT, P.A.M., *a.w.*, 173.

⁵⁸ RASIR, R. en LEBBE, I., «L'Europe judiciaire entre l'efficacité et le droit de défense», *J.T.*, 1995, (417), 423.

⁵⁹ H.v.J., 12 november 1992 (Minalmet/Brandeis), *Jur.H.v.J.*, 1992, I, 5661.

⁶⁰ JENARD, P., *a.w.*, 165, nr. 162; zie ook de scherpe kritiek van G. DROZ, *a.w.*, *R.C.D.I.P.*, 1993, 85.

⁶¹ De uitvoerbaarheid van het verstekvonnis ligt aan de redenering van het Hof van Justitie ten grondslag. Nochtans zijn niet alle bij verstek gewezen vonnissen uitvoerbaar bij voorraad.

⁶² DROZ, G.A.L., *a.w.*, 319, nr. 507; *R.C.D.I.P.*, 1991, 170-171; *R.C.D.I.P.*, 1993, 85; in *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, 1992, (253), 267.

⁶³ Zie VERHEUL, J.P., *Erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen*, Maklu, Apeldoorn/Antwerpen, 1989, 51-52.

⁶⁴ Zie ook RASIR, R. en LEBBE, I., *a.w.*, *J.T.*, 1995, 423.

⁶⁵ Vgl., inzake arbitrage, DERAIS, Y., *Rev.Arb.*, 1994, (744), 748.

staat van herkomst niet heeft uigeput. Een amendering van voormelde bepaling in die zin lijkt mij wenselijk.⁶⁶

IV. DOORWERKING VAN HET EUROPESE PROCESRECHT

22. Men mag niet uit het oog verliezen dat art. 27.2 EEX in tegenstelling tot art. 20 EEX⁶⁷, een *algemene werking* heeft. Deze bepaling is zelfs dan van toepassing, wanneer de verweerder zijn woonplaats heeft in het land van de eerste rechter en slechts een interne betekening vereist is voor de mededeling van het stuk dat het geding inleidt.⁶⁸ De algemene werking van art. 27.2 EEX omvat mede betekeningen van dagvaardingen die binnenlands hebben plaatsgevonden en die geleid hebben tot binnenlandse verstekvonnissen waarvan de erkenning en/of tenuitvoerlegging in het buitenland wordt verzocht.⁶⁹ Hierover zijn zowel het Hof van Justitie⁷⁰ als de auteurs⁷¹ het eens. Hierna wordt enkel aandacht besteed aan deze «binnenlandse» akten van rechtsingang.⁷²

23. Met het oog op een eventuele latere erkenning of tenuitvoerlegging elders is waakzaamheid van de eisende partij steeds gewenst.⁷³ Hij moet «alles ondernemen wat redelijkerwijze geveerd kan worden teneinde te verzekeren dat de gedaagde op de hoogte geraakt van de procedure». ⁷⁴ Wil de rechter zijn beslissing later in het buitenland erkend zien, dan moet ook hij in geval van verstek van de gedaagde zijn processueel toezicht verscherpen.⁷⁵

24. De doorwerking van het Europese procesrecht in het nationale recht is thans een onmiskenbare realiteit. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen biedt in zijn jurisprudentie omtrent art. 27.2 EEX aan alle Europese rechters een *raamnorm* aan: de gedaagde moet zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig is, op een regelmatige wijze worden opgeroepen.⁷⁶

V. DE DOORWERKING GETOETST

25. Bij verstek van de gedaagde moet de rechter een verscherpte waakzaamheid aan de dag leggen. Hij moet in de

eerste plaats zijn *territoriale bevoegdheid en/of internationale rechtsmacht* nagaan, zelfs bij ontstentenis van een wettelijk vermoeden dat de verweerder ze betwist.⁷⁷ De verweerder die niet verschijnt, kan immers mogelijk niet in staat zijn geweest zijn verweermiddelen te doen gelden.⁷⁸

26. Vervolgens moet de geadieerde rechter niet alleen de *regelmatigheid* van de akte van rechtsingang, maar ook de *tijdigheid* ervan nader onderzoeken. Een en ander kan immers aan het verstek van de verweerder ten grondslag liggen.⁷⁹

Dankzij de wetswijziging in 1985 zijn de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek m.b.t. de geldigheid van de betekening van een dagvaardingsexploot al beter afgestemd op de Europese standaard.⁸⁰

27. Een zuiver *fictieve betekening* bestaat nog enkel in twee gevallen: (1) wanneer uit de ter plaatse vastgestelde feitelijke omstandigheden blijkt dat het materieel onmogelijk is tot betekening over te gaan door het achterlaten van een afschrift van het exploit aan de woonplaats of, bij gebrek aan een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde (art. 38, § 2, Ger.W.) én (2) wanneer de betrokkene in België noch in het buitenland een gekende woonplaats, verblijfplaats, noch gekozen woonplaats heeft (art. 40, tweede lid, Ger.W.). De betekening geschiedt dan aan de procureur des Konings. Ze is enkel toegelaten wanneer alle nodige opsporingsgedaan zijn om de woon- of verblijfplaats van de verweerder te bepalen.⁸¹ De rechter kan zodanige betekening aan de procureur des Konings niet rechtsgeldig verklaren op de enkele grond dat degene aan wie betekend is, moet bewijzen dat zijn belangen werden geschaad.⁸² De rechter moet *ambtshalve* de betekening ongedaan verklaren, wanneer vaststaat dat de partij op wier verzoek zij is verricht, de woonplaats of de verblijfplaats of de gekozen woonplaats van degene aan wie betekend werd, in België of in het buitenland, kende.

28. Niettemin rijst de vraag of de fictieve betekening verder nog behouden kan blijven. Allicht moet in die specifieke omstandigheden gezocht worden naar een ruimere openbaarmaking van de betekening.⁸³ Misschien kan inspiratie gezocht worden in het thans opgeheven art. 1262 Ger.W.:⁸⁴ in echtscheidingszaken kon de rechtbank een publicatie in een nieuwsblad bevelen. Hoe dan ook, er moet tevens een

⁶⁶ Anders: STURNER, R., *a.w.*, JZ, 1992, (325), 332, die rechtsonzekerheid vreest.

⁶⁷ JENARD, P., *a.w.*, Pb. C., 1979, 59, 45.

⁶⁸ REISCHL, G., conclusie, *Jur. H.v.J.*, 1981, (1612), 1620.

⁶⁹ VERLOREN VAN THEMAAT, P., conclusie, *Jur. H.v.J.*, 1985, (1780), 1786.

⁷⁰ H.v.J., 11 juni 1985, (Debaecker/Bouwman), *Jur. H.v.J.*, 1985, 1779.

⁷¹ DROZ, G.A.L., *a.w.*, 315, nr. 500; EKELMANS, M., «L'article 27, 2° de la Convention de Bruxelles et la loyauté de la procédure par défaut», *J.T.*, 1986, (159), 160; KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 1982, 198, nr. 16; RASIR, R. en LEBBE, I., *a.w.*, *J.T.*, 1995, 421, nr. 13; WESER, M., *a.w.*, 332.

⁷² R. DUJARDIN bepleit uitvoerig een verbeterde Europese regeling voor betekening van stukken in het buitenland (*a.w.*, *De Gerechtsdeurwaarder*, 1995, (149), 160-164.

⁷³ JENARD, P., *a.w.*, *Rép. Not.*, 166, nr. 162.

⁷⁴ JCS, noot, *N.J.*, 1986, 1133.

⁷⁵ BORN, H. en FALLON, M., «Droit judiciaire international», *J.T.*, 1983, 208, nr. 103.

⁷⁶ Zie DE CORTE, R., LAENENS, J., TAELEMAN, P. en BROECKX, K., «Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht», in *De norm achter de regel*, Story-Scientia, 1995, (45), 57, nr. 23.

⁷⁷ Zie met name art. 630, derde lid, Ger.W. Vgl. art. 636, derde lid, Ger.W., art. 20, eerste lid, EEX en art. I Protocol EEX; LAENENS, J., *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Antwerpen, 1981, 54-59, nrs. 188-203, 149-151, nrs. 510-516.

⁷⁸ Cass., 13 juni 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1423, *Pas.*, 1985, I, 1315, *J.T.*, 1985, 668, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1986, 121, noot FETTWIS, A.

⁷⁹ Arbrb. Dinant, 13 maart 1986, *Rev. Rég. Dr.*, 1986, 190.

⁸⁰ In die zin ook wat Nederland betreft: MEUKNECHT, P., *a.w.*, 173.

⁸¹ Rb. Luik, 4 oktober 1993, *J.T.*, 1994, 315; *T.B.B.R.*, 1994, 434.

⁸² Cass., 15 november 1991, *Arr. Cass.*, 1991-92, 239; *Pas.*, 1992, I, 203; *R.W.*, 1991-92, 934, noot; Cass., 15 september 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 700, *P. & B.*, 1994, 31, noot RAES, S.

⁸³ P. MEUKNECHT (*a.w.*, 180), meent dat het probleem opgelost kan worden met een *openbaar exploit* (of iets dat daarop lijkt).

⁸⁴ BAETEMAN, G. en BAMPES, C., *De nieuwe echtscheidingsprocedure*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1994, 73; SENAËVE, P. en PINTENS, W., *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Maklu, Antwerpen, 1994, 109, nrs. 231 en 232.

oplossing gezocht worden voor *malafide* verweerders, die er-voor zorgen dat zij nergens bereikbaar zijn.⁸⁵

29. Daarbij komt nog dat op het Europese vlak in beginsel enkel een persoonlijk contact tussen de gerechtsdeurwaarder en de geadresseerde aanvaardbaar lijkt. Uit art. 36 EEX blijkt duidelijk de voorkeur voor een betekening aan persoon of aan zijn woonplaats.⁸⁶ Voorzichtigheid is dan ook geboden wanneer de betekening plaatsheeft door het achterlaten van een afschrift van het exploitatiedocument aan de woonplaats of, bij gebrek aan een woonplaats, aan de verblijfplaats van de geadresseerde (art. 38, § 1, Ger.W.).⁸⁷ De eiser doet er dan goed aan om in geval van twijfel het bewijs van de juistheid van de bij de oproeping gehanteerde woonplaats te vergaren en te bewaren.⁸⁸ Hij moet alles in het werk stellen om de verweerder in staat te stellen zich te verdedigen.⁸⁹⁻⁹⁰ Het lijkt mij bijgevolg niet meer opportuun ervan uit te gaan dat wie zijn inschrijving vraagt in een gemeente, alle risico's moet dragen die verbonden zijn met een inschrijving die niet aan een effectief verblijf beantwoordt.⁹¹ De rechtspraak blijft nochtans overwegend de mening toegedaan dat wie zijn inschrijving vraagt in een gemeente, verondersteld wordt daarvan de gevolgen te kennen.⁹²

30. Wanneer de partij aan wie de betekening moet worden gedaan, daarentegen de onjuiste schijn verwekt dat zij gevestigd is op een bepaalde plaats, is zij gehouden de schade te herstellen die haar onvoorzichtigheid voor de betekende partij veroorzaakt. Het herstel in specifieke vorm kan erin bestaan dat de betekening voor geldig wordt gehouden.⁹³ Een soortgelijke oplossing geldt trouwens voor een partij die *tijdens het geding* nalaat haar tegenpartij en de griffie in kennis te stellen van de overbrenging van haar woonplaats naar

een andere plaats.⁹⁴ De betekening of kennisgeving op het oude adres wordt terecht geldig verklaard.⁹⁵

31. Op te merken valt dat bij een *contradictoir verzoekschrift* wél – op straffe van nietigheid – een getuigschrift van woonplaats van de geadresseerde⁹⁶ gevoegd moet worden. Dit getuigschrift mag niet vroeger gedagtekend zijn dan vijftien dagen vóór het verzoekschrift (art. 1034*quater* Ger.W.). Deze verplichting werd ontleend aan art. 1344*bis* Ger.W. De bedoeling is een zo groot mogelijke zekerheid te scheppen dat de gerechtsbrief de verweerder zal bereiken. Blijkbaar was de wetgever van oordeel dat de toegang tot het Rijksregister van de natuurlijke personen door de griffie niet volstond.⁹⁷

32. De kennisgeving bij gerechtsbrief veronderstelt steeds een persoonlijk contact tussen de postdienst en de geadresseerde of de houder van een schriftelijke volmacht. Ingeval de brief⁹⁸ noch aan de geadresseerde in persoon noch aan diens woonplaats ter hand kan worden gesteld, wordt hij gedurende acht dagen op het postkantoor in bewaring gehouden (art. 46, § 2, derde lid, Ger.W.). Daarna wordt de gerechtsbrief terug naar de griffie gezonden. Het spreekt voor zich dat alsdan sterke twijfels kunnen rijzen omtrent de regelmatigheid en tijdigheid van de oproeping van de versteklatende gedaagde.⁹⁹

33. Met betrekking tot de tijdigheid van de oproeping van de geadresseerde speelt de dagvaardingstermijn een zeer belangrijke rol. Het is zeker niet voldoende louter de bij de wet vastgestelde termijn na te leven. Deze kan immers buitensporig kort zijn. Dit is zeker het geval wanneer de rechter ingegaan is op het verzoek van de eiser tot verkorting ervan (artt. 708 en 1036 Ger.W.).¹⁰⁰ Het is hoogst twijfelachtig dat in zee- en rivierzaken de dagvaarding in kort geding van dag tot dag of van uur tot uur zonder beschikking nog beantwoordt aan de Europese maatstaven (art. 1037 Ger.W.). Bij verstek toch nog terstond recht doen lijkt mij niet aan te raden.

34. Aparte aandacht verdient de berekening van de dagvaardingstermijn bij een kennisgeving bij gerechtsbrief. Welk aanvangspunt moet men dan in acht nemen? Hierover

⁸⁵ DE LEVAL, G., «La prévention, grâce au mode de signification à personne ou à domicile, des difficultés suscitées par l'art. 27, alinéa 2 – Le rôle de l'huissier instrumentant dans la Convention de Bruxelles», in *Les conventions de Bruxelles et de La Haye en matière civile et commerciale*, DE LEVAL, G. (red.), (79), 82. Aldus werd beslist dat de betekening van een vonnis aan de procureur des Konings bij gebrek aan gekende woonplaats van de geadresseerde rechtsgeldig is, wanneer deze nagelaten heeft zijn nieuwe woonplaats ter kennis te brengen (Cass., 22 mei 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, 1178, *Pas.*, 1980, I, 1168).

⁸⁶ DE LEVAL, G., *a.w.*, 79; DUJARDIN, R., «De rol van de gerechtsdeurwaarder bij de toepassing van het Verdrag van Brussel», *De Gerechtsdeurwaarder*, 1995, (149), 151.

⁸⁷ DUJARDIN, R., (*a.w.*, 162) meent echter dat de eis van een persoonlijke uitreiking niet kan worden gesteld. In dezelfde zin: FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, 1987, 179, nr. 210.

⁸⁸ MEIJKNECHT, P., *a.w.*, 177; anders: FETTWEIS, A., noot onder Rb. Brussel, 16 maart 1977, *J.T.*, 1977, 626, nr. 3.

⁸⁹ DUJARDIN, R., *a.w.*, 155-156.

⁹⁰ Wanneer de geadresseerde de overbrenging van woonplaats heeft aangevraagd, wordt de aangetekende brief bedoeld in het derde lid van art. 38, § 1, Ger.W. gericht aan de plaats waar hij op de bevolkingsregisters is ingeschreven én aan het adres waarop hij aangekondigd heeft zijn nieuwe woonplaats te willen vestigen (art. 38, § 1, vierde lid, Ger.W.).

⁹¹ Zie nochtans in die zin VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, Brussel, 1964, 61.

⁹² Zie onder meer Luik, 20 juni 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 137.

⁹³ Cass., 24 december 1982, *Arr.Cass.*, 1982-83, 568; *Pas.*, 1983, I, 515, *R.W.*, 1983-84, 1228.

⁹⁴ Cass., 1 februari 1982, *Arr.Cass.*, 1981-82, 712, *Pas.*, 1982, I, 688, *R.W.*, 1982-83, 2985, noot, *J.T.*, 1983, 309; Cass., 3 juni 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, 1282, *Pas.*, 1988, I, 1189, *R.W.*, 1989-90, 143, noot, *J.T.*, 1989, 260; zie eveneens Antwerpen, 26 oktober 1983, *R.W.*, 1984-85, 50, noot; Rb. Luik, 29 februari 1988, *Rev.Liège*, 1988, 830, noot; Brussel, 10 oktober 1990, *Pas.*, 1991, II, 38; Brussel, 18 oktober 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 220.

⁹⁵ FETTWEIS, A., *a.w.*, 186-187, nrs. 222-223.

⁹⁶ Wanneer de woonplaats onbekend is, is het raadzaam te dagvaarden bij gerechtsdeurwaardersexploot (RAES, S., *Comm.Ger.*, art. 1934*quater*, nr. 13).

⁹⁷ HUBEAU, B., *Comm.Ger.*, art. 1344*bis*, nr. 22; RAES, S., *Comm. Ger.*, art.1034*quater*, nr. 2. Zie K.B. 14 maart 1991, *B.S.*, 14 mei 1991, 10042. Op te merken valt dat de griffiers tot op heden nog geen *daadwerkelijke* toegang hebben tot het Rijksregister.

⁹⁸ Het betreft een aangetekende brief met bewijs van ontvangst (zie M.B. 15 januari 1987, *B.S.*, 30 januari 1987).

⁹⁹ Vgl. bij de terhandstelling van een aan een gefailleerde geadresseerde brief aan de curator: Brussel, 30 september 1993, *T.B.H.*, 1994, 897.

¹⁰⁰ Zie MEIJKNECHT, P., *a.w.*, 176 en 179.

bestaat klaarblijkelijk nog onenigheid.¹⁰¹ Doorgaans wordt aangenomen dat de datum van afgifte van een gerechtsbrief aan de post als datum van kennisgeving geldt.¹⁰² Nochtans wordt met evenveel klem het standpunt verdedigd dat de aanvangsdatum in geval van kennisgeving bij gerechtsbrief begint vanaf de *terhandstelling* aan de geadresseerde door de postdiensten.¹⁰³ Het Hof van Cassatie opteerde eveneens voor de oplossing die allicht het meest rechtszekerheid biedt: de kennisgeving staat vast op de datum van de toezending.¹⁰⁴ Het Hof nam een soortgelijk standpunt in m.b.t. de betekening in het buitenland. Deze is verricht door de afgifte van de akte aan de postdienst tegen ontvangstbewijs van de aangetekende brief.¹⁰⁵ Met G. De Leval betwijfel ik thans de juistheid van voormeld standpunt.¹⁰⁶ De kennisgeving kan ten aanzien van de geadresseerde slechts tijdig zijn indien de dagvaardingstermijn een aanvang neemt op het ogenblik van de reële kennisneming van de dagvaarding.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸ De rechter moet hiermee rekening houden bij het bepalen van de zitting waarop de partijen door de griffier bij gerechtsbrief worden opgeroepen (zie artt. 1034*sexies* en 1344*bis* Ger.W.).¹⁰⁹

35. Bij verstek van de gedaagde wordt de taak van de rechter aanzienlijk verruimd. Hij moet namelijk nagaan of de regels van de tegenspraak zijn nageleefd. Het is duidelijk dat

art. 15 Betekeningsverdrag¹¹⁰ ook model kan staan voor binenlands gebruik.¹¹¹ De rechter is verplicht zijn beslissing aan te houden, zolang niet vaststaat dat de betekening of kennisgeving van de akte van rechtsingang zo tijdig is geschied dat de verweerder de gelegenheid heeft gehad verweer te voeren. Dit moet bijvoorbeeld het geval zijn bij een betekening ten parkette.¹¹²

36. De rechter kan ambtshalve alle nuttige maatregelen treffen om de versteklatende partij de kans te geven toch nog voor hem te verschijnen. Een van de meest voor de hand liggende maatregelen is uiteraard geen verstek toekennen¹¹³ en de zaak verdagen.¹¹⁴ Indien blijkt dat de rechtsgeldige betekening of kennisgeving¹¹⁵ de defaillant niet (tijdig) bereikt heeft, kan de rechter bij beschikking¹¹⁶ een herdaging bij gerechtsdeurwaardersexploot bevelen.¹¹⁷ Hierbij de schuldvraag van de geadresseerde ter sprake brengen¹¹⁸ kan relevant zijn: in hoeverre kan de tardieve verwittiging aan zijn onzorgvuldigheid toegeschreven worden? De houding van de eiser zal echter eveneens doorslaggevend zijn. Hij moet zijn volle medewerking verlenen ter gelegenheid van de herdaging.

De omstandigheid dat hij intussen kennis had van het nieuwe adres van zijn wederpartij, kan hem immers parten spelen. Aan de vermelding in de bevolkingsregisters mag geen soort orakelwaarde omtrent de adresseerbaarheid van een persoon toegekend worden.¹¹⁹

CONCLUSIE

37. Uit het voorgaande volgt dat in het geval van een *niet* in het buitenland woonachtige verweerder die niet verschijnt, er in beginsel ook reden is voor de geadieerde rechter om nauwgezet de regelmatigheid en tijdigheid van de betekening of kennisgeving van de akte van rechtsingang te on-

¹⁰¹ Zie LAENENS, J., «Termijnen in het gerechtelijk recht», *T.B.B.R.*, 1991, (7), 9, nr. 10.

¹⁰² FETTWEIS, A., *a.w.*, 207, vn 4.

¹⁰³ VAN BOECKHOUT, J., «Over de aanvangsdatum van een oproeping in geval van kennisgeving bij gerechtsbrief», *R.W.*, 1980-81, 2769-2771.

¹⁰⁴ Cass., 24 december 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 572, *Pas.*, 1983, I, 518, *R.W.*, 1983-84, 1023, noot.

¹⁰⁵ Cass., 20 oktober 1994, *Rec. Cass.*, 1995, 15 (zie tevens Luik, 26 mei 1992, *J.L.M.B.*, 1994, 920, noot DE LEVAL, G.; Antwerpen, 15 september 1992, *P. & B.*, 1993, 20; Antwerpen, 22 september 1992, *Eur.Vervoer.*, 1993, 884; Kh. Antwerpen, 10 november 1992, *Rechtspr.Antw.*, 1993, 403). Er is echter slechts een betekening in Duitsland op het ogenblik dat de voorzitter van het «Landgericht» of «Amtsgericht» in wiens ambtsgebied de geadresseerde zich bevindt, de aan deze af te geven akte ontvangt (zie Cass., 24 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 828, *Pas.*, 1975, I, 750, *R.W.*, 1975-76, 347, noot). Wél aanvaardt men dan een dubbel tijdsstelsel: inzake de dagvaardingstermijn geldt de datum van ontvangst door de geadresseerde; inzake de verjaring geldt daarentegen de wilsuitdrukking van de opdrachtgever (zie Kh. Brussel, 23 november 1983, *Rechtspr.Antw.*, 1983-84, 380; DUJARDIN, R., *a.w.*, *De Gerechtsdeurwaarder*, 1995, 161).

¹⁰⁶ DE LEVAL, G., «L'introduction de la demande par requête contradictoire», in *Le nouveau droit judiciaire privé*, DE LEVAL, G. en PANIER, C. (red.), 1994, (39), 44-45; DE LEVAL, G., «Le miroir de la procédure», in *Droit du contentieux*, CUP, 1995, (10), 17-20, nrs. 3-5.

¹⁰⁷ Bij toepassing van art. IV Protocol EEX wordt de betekening eveneens geacht te zijn verricht op de dag van de daadwerkelijke uitreiking aan de geadresseerde (Kh. Nijvel, 9 juni 1994, *J.T.*, 1994, 601).

¹⁰⁸ Zie nochtans de artt. 747, § 2, derde lid, 748, § 2, derde lid, en 750, § 2, tweede lid, Ger.W.: «binnen vijftien dagen na de verzending van de gerechtsbrief».

¹⁰⁹ Dezelfde raad geldt trouwens ook voor de gerechtsdeurwaarders bij een betekening in het buitenland. Voor een geadresseerde in Duitsland is een dagvaardingstermijn van zes maanden geen overbodige luxe!

¹¹⁰ Deze verdragsbepaling geldt ook in kort geding (Kort ged. Kh. Verviers, 24 juni 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 1082).

¹¹¹ DE CORTE, R. en LAENENS, J., «De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek», *T.P.R.*, 1980, (447), 500, nr. 128.

¹¹² Vgl. KOHL, A., «Des conditions de la reconnaissance d'une décision intervenue contre un défendeur défaillant. Remarques au sujet de l'article 27, point 2, de la convention C.E.E. du 27 septembre 1968», *Act.Dr.*, 1992, (819), 822.

¹¹³ DE CORTE, R. en LAENENS, J., «De taak van de rechter bij verstek. Het verzet», *R.W.*, 1983-84, 2739, nr. 24.

¹¹⁴ De rechter die vaststelt dat de niet verschijnende verweerder in het buitenland niet naar behoren is opgeroepen, moet eveneens de zaak uitstellen (Vred. Schaarbeek 1, 28 mei 1980, *T.Vred.*, 1989, 337).

¹¹⁵ Een onregelmatige betekening of kennisgeving kan in beginsel niet geregulariseerd worden, aangezien het Gerechtelijk Wetboek niet in een dergelijke regularisatieprocedure voorziet (LAENENS, J. en BROECKX, K., *Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling*, Maklu, 1993, 37, nr. 87) (zie nochtans art. 38, § 1, zesde lid, Ger.W.).

¹¹⁶ Tegen deze beschikking zou geen rechtsmiddel mogen openstaan (anders: DE CORTE, R. en LAENENS, J., *a.w.*, *R.W.*, 2739, nr. 26).

¹¹⁷ Vgl. artt. 730, § 2, b, derde lid, en 1058 Ger.W.

¹¹⁸ Zie DE CORTE, R. en LAENENS, J., *a.w.*, *T.P.R.*, 1980, 500, nr. 128; DE CORTE, R. en LAENENS, J., *a.w.*, *R.W.*, 1983-84, 2739, nr. 26.

¹¹⁹ D'HONT, F., «Beter één beklagde in de rechtszaal, dan tien verstekvonnissen op één zitting. Over adreswijzigingen, de wijzen van betekenen en het strafproces», *P. & B.*, 1995, (181), 183.

derzoeken.¹²⁰ De doorwerking van het Europese recht op het nationale vlak kan in dezen niet meer geloofwaardig worden.

38. Gelet op de diversiteit van nationale procesregels is rechtsonzekerheid tot op zekere hoogte niet te vermijden.¹²¹ Wil men ertoe komen dat elk vonnis van een Europese rechter in alle Europese lidstaten ten uitvoer kan worden gelegd zonder bijkomende formaliteiten wat de geldigheid en de uitvoerbaarheid ervan betreft, moet de toenadering van het procesrecht in heel Europa zo snel mogelijk ge-

realiseerd worden.¹²² De procesregels moeten – alvast inzake het verstek van de verweerder – dringend geüniformiseerd worden, zodat het recht van verdediging overal in de Europese Unie even intens wordt gewaarborgd.¹²³

Jean LAENENS

Hoofddocent Universiteit Antwerpen

¹²⁰ Enigszins anders: MEIJKNECHT, P., *a.w.*, 177.

¹²¹ VLAS, P., (*a.w.*, 404) wijst erop dat het niet de bedoeling was van de ontwerpers van het EEX-Verdrag de betekeniswijze en de dagvaardingstermijnen te uniformiseren.

¹²² STORME, M., *Pleidooi voor een enige Europese titel*, 4, nr. 5; zie tevens MEIJKNECHT, P., *a.w.*, 179.

¹²³ STORME, M., *a.w.*, 5, en *Afscheidscollège*, 54-55. Zie het door de werkgroep Storme opgestelde voorstel van richtlijn: *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Storme, M. (red.), 1994 (inzake verstek: p. 199).

DE DOORWERKING VAN KOMENDE EUROPESE REGELGEVING IN HET VENNOOTSCHAPSRECHT

EUROPESE BEÏNVLOEDING VAN DE BELGISCHE CORPORATE GOVERNANCE?

I. INLEIDING: DE OPMARS VAN CORPORATE GOVERNANCE IN DE E.U.

1. Wetgevers, vennootschapspractici en -academici zijn reeds sinds jaar en dag bekommerd om de vraag hoe een vennootschap het best kan worden bestuurd. Sinds kort heeft die bezorgdheid, voornamelijk ten aanzien van beursgenoteerde vennootschappen en vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan, een moeilijk naar het Nederlands vertaalbare, naam gekregen: «corporate governance».¹ Corporate governance is bij nader toezien veel meer dan een modern klinkende benaming voor een oud probleem. De termen staan in hun ruimste betekenis voor een breed grensoverschrijdend en interdisciplinair² debat betreffende de verhoudingen tussen de verschillende belanghebbenden bij het vennootschapsgebeuren, waartoe benevens de aandeelhouders, ook de werknemers, de leveranciers, de klanten, de overheid... behoren (de zgn. «stakeholders»)³. Daarbij wordt een antwoord gezocht op een complex geheel van soms met elkaar verbonden, soms uiteenlopende (zelfs tegenstrijdige) vragen, die nu eens (rechts) filosofisch – bijvoorbeeld de vraag naar de maatschappelijke rol van de (beurs) vennootschap –,⁴ dan weer

eerder pragmatisch zijn (bijvoorbeeld of het mogelijk is dat de functies van gedelegeerd bestuurder (CEO) en van voorzitter van de raad van bestuur door één enkele persoon worden gecombineerd). Het antwoord op sommige van die pragmatische vragen gaf reeds aanleiding tot aanbevelingen van private of (semi-)openbare organisaties,⁵ waaraan veel ruchtbaarheid toekwam. De naleving van sommige van die aanbevelingen, zoals het Cadbury-report, werd trouwens door de beursautoriteiten zo goed als verplicht gesteld.⁶

2. Zolang het «corporate governance»-debat een hoofdzakelijk academisch karakter had, was het een vrijwel exclusieve Angelsaksische aangelegenheid. Naarmate het debat zich o.m. wegens de bovengenoemde aanbevelingen, tot de financiële en vennootschapspraktijk uitbreidde, werden ook de Europees-continentale landen er meer en meer door enthousiast. Zo laaide in Nederland, na twintig jaar relatieve rust, de discussie betreffende de (geringe) zeggenschap van de aandeelhouders in de structuurvennootschap opnieuw op.⁷ Ook de Fransen kwamen in de ban van corporate governance, zij het dat het debat er (vooralsnog) veeleer tot economische en journalistieke kringen beperkt bleef.⁸ In België heeft de wetgever, door het werk van professor Wymeersch geïnspireerd, het voortouw genomen en het debat inzake corporate governance in een stroomversnelling gebracht.

Uit de voorbereidende documenten van de wet van 13 april 1995⁹ blijkt immers dat de nieuwe belangenconflic-

¹ De Fransen raakten het wel reeds eens over een vertaling, namelijk «gouvernement d'entreprise». De Engelse termen blijven nochtans in zwang. Zie bv. COURET, A., 'Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance', *Dal.*, 1995, 22e Cahier, 163.

² Het «corporate governance»-debat wordt vooral gevoerd onder economen en juristen, doch ook onder sociologen (zie bv. USEEM, M., *Executive Defense. Shareholder Power & Corporate Reorganization*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, 289 pp., die aan de hand van een «field»-onderzoek in zeven grote Amerikaanse vennootschappen, de aanpassingen en interne herstructureringen beschrijft van die vennootschappen na de takeover-boom en de opmars van de institutionele beleggers. Ook historische en politieke argumenten worden in het debat aangevoerd. Zie bv. ROE, M., *Strong managers, weak owners. The Political Roots of American Corporate Finance*, Princeton, Princeton University Press, 1994, 324 pp., die aantoonde dat de verhoudingen tussen (de zwakke) aandeelhouders en (het sterke) bestuur in de Amerikaanse vennootschappen niet alleen het product zijn van economische en technologische, maar ook van politieke motieven.

³ PRENTICE, D., «Some aspects of the corporate governance debate», in *Contemporary issues in corporate governance*, PRENTICE, D.D. en HOLLAND, P.R.J. (red.), Oxford, Clarendon Press, 1993, 25. CEPS (Centre for European Policy Studies) definieert «corporate governance» als volgt: «...corporate governance can be defined as the whole system of rights, processes and controls established internally and externally over the management of a business entity with the objective of protecting the interests of all stakeholders» (*Corporate governance in Europe*, Brussel, CEPS, 1995, 5).

⁴ Zie betreffende die vraag de opmerkelijke studie van PARKINSON, J.E., *Corporate Power and Responsibility, Issues in the Theory of Company Law*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 464 pp.

⁵ Denk aan de aanbevelingen van het American Law Institute («Principles of Corporate Governance»), van het (Cadbury) Committee on Financial Aspects of Corporate Governance («Code of Best Practice»), van het Institutional Shareholders' Committee («Statement of Best Practices») ...

⁶ Britse vennootschappen die op de London Stock Exchange genoteerd staan, worden verplicht om bekend te maken in hoeverre zij de «Code of Best Practice» naleven en eventueel welke de redenen van de niet-naleving zijn. Zie Cadbury-report, Introduction, nr. 5 (*Bull. Joly*, mei-juni 1993, 325-330); zie ook CADBURY, A., «Highlights of the proposals of the committee on financial aspects of corporate governance», in *Contemporary issues in corporate governance*, PRENTICE, D.D. en HOLLAND, P.R.J. (red.), Oxford, Clarendon Press, 1993, (45), 48 en 54; CEPS, o.c., 2. Vergelijkbare verplichtingen gelden voor de Noord-Amerikaanse beurzen. Zie VINCKE, F., «The corporate governance debate in Belgium», in *Comparative Corporate Governance*, Brussel, Financial Law Institute Ghent, 14 juni 1995, 16-18.

⁷ Zie o.m. BRINK, M., «De discussie over de Structuurwet anders bezien», *N.V.*, 1994, 240; VAN DER GRINTEN, W.C.L., «De structuurvennootschap in discussie», *N.J.B.*, 1994, 85; GLASZ, J.R., «De commissaris en het structuurregime», *T.V.V.S.*, 1994, 117; BRINK, M., «De Structuurwet: don't fix it, if it isn't broken», *T.V.V.S.*, 1993, 257.

⁸ Zie COURET, A., l.c., 163, die een oproep tot de Franse rechtsleer doet om bij te dragen tot «la réflexion sur la logique architecturale des sociétés» (*ib.*, 167).

⁹ Wet tot wijziging van de wetten op de handelsvennootschappen, gecoördineerd op 30 november 1995, *B.S.*, 17 juni 1995, 17492.

tenregeling voor *beursgenoteerde vennootschappen* (artikel 60bis Venn.W.), waarbij voor het eerst een beroep op zogenaamde onafhankelijke bestuurders wordt gedaan, door de Angelsaksische beginselen inzake corporate governance is geïnspireerd.¹⁰ Hoewel de door artikel 60bis Venn.W. geïmplementeerde onafhankelijke bestuurders bij nader toezien fundamenteel van de Angelsaksische «independent non-executive/outside director» verschillen,¹¹ is daarmee het hek van de dam.¹² Het onderhavige preadvies wil tot die discussie bijdragen.¹³

3. Corporate governance was als zodanig, tot voor kort, ook in grote mate een «non-issue» in de richtlijnenpraktijk van de Europese Commissie.¹⁴ Naarmate de belangstelling voor corporate governance in sommige lidstaten van de Unie (vnl. het Verenigd Koninkrijk) en buiten de Unie (de Verenigde Staten) groeit, zal de Europese Commissie ook kleur dienen te bekennen. De nog op stapel staande richtlijnen, inzonderheid de voorstellen van vijfde en van dertiende richtlijn,¹⁵ die sinds jaren min of meer in de koelkast lagen, worden overigens stevast in de discussie betrokken. Tot op heden heeft de Commissie evenwel nagelaten zich (officieel) in het «corporate governance»-debat te mengen. Voorstellen voor een Europese stellingname werden wel geformuleerd door het Centre for European Policy Studies (CEPS), een door de Europese industrie georganiseerde «think tank» die de stand van zaken in de diverse lidstaten m.b.t. corporate

governance onderzocht.¹⁶ Alvorens de resultaten van dit onderzoek bondig toe te lichten, is het noodzakelijk bij de diversiteit van «corporate governance»-systemen stil te staan. Op grond van de resultaten van het Europese onderzoek wordt vervolgens bepaald hoe de aandeelhouders en het bestuur binnen de Belgische beursgenoteerde en publieke vennootschappen erdoor kunnen worden beïnvloed. De controle, een ander essentieel element in het «corporate governance»-debat, wordt hierna, gelet op de beperkingen in omvang die aan dit verslag worden opgelegd en op het technisch karakter ervan, buiten beschouwing gelaten.

II. DE DIVERSITEIT VAN CORPORATE GOVERNANCE SYSTEMEN

4. Ervan uitgaande dat het onderwerp op beursgenoteerde en publieke vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid betrekking heeft,¹⁷ is vast te stellen dat er minstens zoveel verschillende «corporate governance»-systemen bestaan als er (lid)staten zijn. Die systemen zijn namelijk bepaald door de specifieke financieel-economische, sociale, politieke én culturele traditie van elke (lid)staat.¹⁸ Elke systematisering en typologie leidt onder die omstandigheden naar een (ongewenste) simplificatie. Onder dat belangrijke voorbehoud, zijn nochtans een drietal systemen te onderscheiden.¹⁹

5. Het zgn. *Angelsaksische*, ook wel het vennootschapsgerichte²⁰ of aandeelhoudermodel²¹ genoemd, is het meest bestudeerd. De overwegend Angelsaksische oorsprong van corporate governance verklaart zulks. Dit model functioneert binnen een efficiënte en actieve kapitaalmarkt met een zeer groot aantal beursgenoteerde vennootschappen.²² Wegens schaalvergroting hebben de «corporations» behoefte aan zeer grote kapitalen, waarvoor zij op de beurs een beroep doen.²³ De beursgang leidt er meestal tot een zodanig verspreid aandeelhouderschap, dat geen enkele aandeelhouder over voldoende zeggingskracht beschikt om de algemene vergadering van de vennootschap te controleren.²⁴

¹⁶ Zie CEPS, *o.c.*, 58 pp.; zie ook *infra* nr. 12.

¹⁷ In Duitsland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk gaat het om naamloze vennootschappen. In België, Frankrijk, Luxemburg en wellicht ook in Spanje en Italië treft men onder de naamloze vennootschappen ook kleinere en besloten vennootschappen aan. N.V. en B.V.B.A. zijn daar grotendeels alternatieve rechtsvormen. Zie WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», in *Aspects of Corporate Governance. The Stockholm Symposium 1993*, ISAKSSON, M. en SKOG, R., (red.), Stockholm, Jurisförlaget, 1994, (83), 84-85.

¹⁸ Zie o.m. ROE, M., *Strong managers, weak owners, o.c.*, 283 e.v. (de auteur vergelijkt het Amerikaanse met het Duitse en het Japanse systeem); CEPS, *o.c.*, 39.

¹⁹ Zie ook WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 101 e.v.

²⁰ WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 101 («company-oriented system»).

²¹ Zie BRINK, M., «De discussie over de Structuurnet anders bezien», *l.c.*, 242, met verwijzing naar Michel Albert.

²² Zie o.m. WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 101 e.v.

²³ Zie o.m. WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 101.

²⁴ Roe toont aan dat schaalvergroting en beursgang niet de enige oorzaken zijn van de verspreiding van het aandeelhouderschap van

¹⁰ Zie *Gedr. St., Senaat*, 1993-94, nr. 1086/2, 93, 104, 112, 144, 152 en 158. Vooral het Cadburyreport en het Britse «Stock Exchange Yellow-book» strekten de wetgever blijkbaar tot inspiratie.

¹¹ Zie daarover o.m. FRANÇOIS, A., «De nieuwe regeling inzake belangenconflicten in de Raad van bestuur: een voorlopig eindpunt?», in *De gewijzigde vennootschapswet 1995*, BYTTEBIER, FRANÇOIS, A. en FELTKAMP, R. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1996, nr. 95 (ter perse).

¹² Vóór de laatste wetwijziging was corporate governance als zodanig in België geen «explicit issue». Zie voor die vaststelling WYMEERSCH, E., «The corporate governance discussion in some European States», in *Contemporary Issues in Corporate Governance*, PRENTICE, D.D. en HOLLAND, P.R.J. (red.), Oxford, Clarendon Press, 1993, 3.

¹³ Voor andere bijdragen, zie WYMEERSCH, E., «Holding companies in Belgium», in *Comparative Corporate Governance*, Brussel, Financial Law Institute Ghent, 14 juni 1995, 25 pp.; WYMEERSCH, E., «Institutional Investors, Financial Groups and their Impact on Corporate Governance in Belgium», in *Institutional Investors and Corporate Governance*, BAUMS, T., BUXBAUM, R. en HOPT, K. (red.), Berlin, Walter de Gruyter, 1994, 347; VINCKE, F., «The corporate governance debate in Belgium», *l.c.*, 29 pp. Vincke, F., «Een eerste poging om 'corporate governance' toe te passen op Belgische vennootschappen», *T.R.V.*, 1995, 41.

¹⁴ Zie WYMEERSCH, E., «The corporate governance discussion in some European States», *l.c.*, 12 en 15. Dat is niet verwonderlijk, aangezien de meeste richtlijnen tot stand kwamen voordat het «corporate governance»-debat op gang kwam.

¹⁵ Voorstel voor een vijfde richtlijn met betrekking tot de structuur van de naamloze vennootschap alsmede de bevoegdheden en verplichtingen van haar organen, *Pb.*, nr. C131 van 13 december 1972, 49 (voorstel van 9 oktober 1972), als ingrijpend geamendeerd, *Pb.*, nr. C240 van 9 september 1983, 2 (gewijzigd voorstel van 19 augustus 1983). Zie daarover *infra*, nr. 11. Voorstel voor een dertiende richtlijn van de Raad inzake het vennootschapsrecht betreffende het openbaar aanbod tot aankoop of ruil, *Pb.*, nr. C64 van 14 maart 1989, 8 (voorstel van 19 januari 1989), als gewijzigd, *Pb.*, nr. C240 van 26 september 1990, 7 (gewijzigd voorstel van 14 september 1990).

Het bestuur van de vennootschap komt daardoor in handen van professionele managers die t.a.v. de aandeelhouders over een ruime autonomie beschikken.²⁵ Gebrek aan effectieve zeggingskracht en de liquiditeit van de markt zorgen ervoor dat ontevreden aandeelhouders hun participatie van de hand doen (zgn. Wall Street-rule), eerder dan een inspanning te doen om het eventueel gebrekkige bestuur te beïnvloeden. Op die wijze ontstond de reeds in de dertiger jaren door Berle en Means besproken «separation of ownership and control».²⁶ Berle en Means verbonden een onheilsprophetie aan de vaststelling dat de belangen van aandeelhouders en van bestuur in dergelijke gevallen kunnen verschillen: managers zouden dermate van de controlerende werking van de financiële markten vervreemd raken, dat zulks tot de ondergang van de publieke vennootschap (corporation) zou (kunnen) leiden ...²⁷ Zo'n vaart heeft het niet gelopen. De zgn. «managed corporation»²⁸ heeft niet alleen overleefd, maar heeft bovendien een succesrijke ontwikkeling gekend.²⁹ Een belangrijk deel van de (vroeg) Angelsaksische «corporate governance»-literatuur is dan ook gewijd aan het onderzoek van de oorzaken van dit onvoorspeld succes.

6. Recente ontwikkelingen hebben tot nuancering van de door Berle en Means gemaakte analyse van de grote Angelsaksische publieke vennootschap geleid.³⁰ Als een gevolg van de overnamegolf van de jaren tachtig en van het gestadig toenemende aandelenbezit van institutionele beleggers (vnl. pensioenfondsen en gemeenschappelijke beleggingsfondsen) is in vele vennootschappen een grotere concentratie van aandelen ontstaan. Een deels gedwongen³¹ actievere op-

de Amerikaanse «public corporation». Die verspreiding is evenzeer het product van door politieke motieven ingegeven wetgeving, strekkende tot fragmentering van de (macht van de) financiële tussenpersonen. ROE, M., *Strong managers, weak owners, o.c.*, 21 e.v. en 283 e.v.

²⁵ POUND, J., «The Promise of the Governed Corporation», *Harvard Bus. Rev.*, 1995, (89) 90.

²⁶ Zie BERLE, A. en MEANS, G., *The Modern Corporation and Private Property*, New York, The MacMillan Company, 1933. Hun vermaarde studie berust op drie vaststellingen: (1) de «publieke» vennootschap is eigendom van een dermate groot aantal aandeelhouders, dat geen enkel van hen een betekenisvolle participatie bezit; (2) vennootschapsbestuurders beschikken over het algemeen slechts over een zeer minieme participatie in de vennootschap die ze besturen; (3) als gevolg van de voorgaande vaststellingen ontstaat een grote discrepantie tussen de belangen van het management en die van de aandeelhouders. Zie ook, voor een kritische analyse van die vaststellingen, STIGLER, G.J. en FRIEDLAND, C., «The literature of economics: the case of Berle and Means», *The Journal of Law and Economics*, (XXVI) 1983, (237) 238.

²⁷ Zie BRADLEY, M. en SCHIPANI, C.A., «The Relevance of the Duty of Care Standard in Corporate Governance», *Iowa Law Rev.*, (75), 1989, (1), 3.

²⁸ Zie voor die benaming o.m. POUND, J., *l.c.*, 90.

²⁹ Zie BRADLEY, M. en SCHIPANI, C.A., *l.c.*, 3-4, die opmerken dat de activiteit van de grote Amerikaanse vennootschappen in 1988, voor 60 % van het Bruto Binnenlands Product van de V.S. goed was.

³⁰ Zie WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 102.

³¹ Het relatief beperkt aantal beleggingsalternatieven enerzijds, en de, gelet op de relatieve omvang van de participatie bij verkoop te verwachten prijsfluctuaties, hebben immers tot gevolg dat ontevreden institutionele beleggers, in tegenstelling tot individuele beleggers, niet zomaar de «Wall street»-regel kunnen toepassen. Zij

stelling van de institutionele beleggers en een aantal gerucht makende schandalen³² hadden nl. tot gevolg dat de «managed corporation» onder druk is komen te staan. Een groot deel van de recente Angelsaksische literatuur inzake corporate governance is daarom gewijd aan de beschrijving en het onderzoek van die veranderingen en aan het formuleren van voorstellen om de belangen van managers en aandeelhouders (en slechts in beperkte mate van andere zgn. «stakeholders»)³³ beter op elkaar af te stemmen (zgn. «alignment»).³⁴

7. In dat algemene kader zijn o.m. de aanbevelingen («Code of Best Practice») van de Cadbury-commissie te situeren.³⁵ Noch in het Cadbury-report, noch in de andere soort-

worden gedwongen hun participatie te behouden en het management van de vennootschap actief tot beter bestuur aan te zetten. Zie WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 102; PRENTICE, D., *l.c.*, 33; PARKINSON, *Corporate Power and Responsibility, o.c.*, 167 (de auteur ziet eerder een zekere invloed op macro-economisch niveau, dan op het niveau van de emitterende vennootschap, *ibid.*, 168 e.v.).

³² Dergelijke schandalen lagen o.m. aan de basis, enerzijds van de oprichting van de Cadbury-commissie, anderzijds van de grote publieke belangstelling voor haar werkzaamheden. Zie CADBURY, A., «Highlights of the proposals of the committee on financial aspects of corporate governance», in *Contemporary issues in corporate governance*, PRENTICE, D.D. en HOLLAND, P.R.J. (red.), Oxford, Clarendon Press, 1993, 45 (auteur verwijst naar het ineensstorten van de Maxwell- en BCCI-imperia).

³³ Winstmaximalisatie van de aandeelhouders blijkt nu immers een absolute prioriteit te zijn. Zie WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 114; zie ook USEEM, M., *Executive defense, o.c.*, 234 e.v., die de groeiende nadruk op winstmaximalisatie t.v.v. de aandeelhouders bestempelt als «investor capitalism» (als variant op het zgn. «managerial capitalism»). Een belangrijke kritiek bestaat erin dat de institutionele beleggers volgens sommigen bovendien enkel oog zouden hebben voor winstmaximalisatie op korte termijn (zgn. «short termism»). Anderen betwisten dat ... Zie daarover o.m. ROE, M., *Strong managers, weak owners, o.c.*, 240-247; HERZEL, L., «Boards of Directors Versus Institutional Investors», in *Institutional Investors and Corporate Governance*, BAUMS, T., BUXBAUM, R.M. en HOPT, K.J. (red.), Berlijn, Walter de Gruyter, 1994, 161 e.v.; DAVIS, P., «Institutional Investors in the United Kingdom», in *Institutional Investors and Corporate Governance*, BAUMS, T., BUXBAUM, R.M. en HOPT, K.J. (red.), Berlijn, Walter de Gruyter, 1994, (257), 266-269. Zie ook USEEM, M., *Executive defense, o.c.*, 141 e.v. (auteur beschrijft hoe het maken van kortetermijnwinsten een «major concern» van het management van Amerikaanse publieke vennootschappen is geworden).

³⁴ Zie bv. USEEM, M., *Executive Defense, o.c.*, 289 pp., die verschillende vormen van «alignment» bespreekt, uitgaande van een zgn. «field»-onderzoek in zeven grote Amerikaanse publieke vennootschappen.

³⁵ Het Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, genoemd naar zijn voorzitter Sir Adrian Cadbury, werd in mei 1991 door de Financial Reporting Council, de London Stock Exchange en de beroepsorganisatie van de accountants in het leven geroepen. De initiatiefnemers waren vooral bezorgd wegens een aantal geruchtmakende faillissementen van Britse publieke vennootschappen die het vertrouwen van het publiek in de financiële verslaggeving van de vennootschappen ondermijnden. Bovendien was het publiek misnoegd wegens de vaak substantiële vergoedingen die managers van publieke vennootschappen opstrekten. Zie CADBURY, A., «Highlights of the proposals of the committee on financial aspects of corporate governance», *l.c.*, 45. Voor de tekst van het zgn. Cadbury-report, zie o.m. *Bull. Joly*, mei-juni 1993, 325-330. Voor een

gelijke (Angelsaksische) aanbevelingen m.b.t. corporate governance,³⁶ is de *unitaire* bestuursstructuur van de Angelsaksische publieke vennootschap ter discussie gesteld.³⁷ Wel is nadrukkelijk gepleit voor de beperking en afschaffing van de ongebreidelde macht van het management.³⁸ Daartoe wordt een beroep gedaan op «non-executive directors of sufficient calibre and number for their views to carry significant weight in the board's decisions».³⁹ De Code onderscheidt twee soorten non-executive directors, namelijk de «independent directors» en de andere. In beide gevallen gaat het om bestuurders die niet tot het management van de vennootschap behoren. «Independent non-executive directors» moeten bovendien «independent of management and free from any business or other relationship which could materially interfere with the exercise of their independent judgment, apart from their fees and shareholding» zijn.⁴⁰ Zij moeten binnen de «non-executive directors» de meerderheid vormen.⁴¹

Aan de «independent non-executive directors» komt voornamelijk in situaties van (mogelijke) belangenconflicten een rol toe.⁴² De Code roept daarbij de verplichting tot het oprichten van «committees» in het leven, waarin de non-executive directors minstens de meerderheid vormen.⁴³ Bovendien is voor hen ook een belangrijke rol op het vlak van de financiële verslaggeving en de controle op het management weggelegd.⁴⁴ Ook die rol wordt gespeeld via de oprichting van een «(audit-)committee», waarin minstens drie non-executive directors dienen te zitten.⁴⁵ Ten slotte wordt hun

«independent judgment» in o.m. belangrijke beleidsbeslissingen voorgeschreven.⁴⁶

Het geheel van die regels moet leiden tot actievare, beter geïnformeerde en onafhankelijker raden van bestuur, in staat om doeltreffend de behartiging van de aandeelhoudersbelangen door het management te controleren.

Bepaalde auteurs gaan verder en bepleiten een actieve deelname aan het bestuur, zowel door de raad van bestuur, als door de belangrijke aandeelhouders. Zo ontwikkelt de «managed corporation» zich tot een «governed corporation».⁴⁷

Ten slotte is het opmerkelijk dat noch in het traditioneel model van de «managed corporation», noch in dat van de «governed corporation» voor werknemersinspraak een rol is weggelegd.⁴⁸

8. Tegenover het Angelsaksische staat het zgn. *Rijnlandse* model, dat ook wel ondernemingsgericht of «stakeholder»-model wordt genoemd.⁴⁹ In dit model speelt de kapitaalmarkt een veel bescheidener rol.⁵⁰ Het aantal vennootschappen dat de vereiste financiële middelen via de beurs inzamelt, is relatief beperkt.⁵¹ Bovendien is vast te stellen dat de controle van de beursgenoteerde vennootschappen zich meestal toch in vaste handen bevindt, hetzij omdat slechts een minderheid van de aandelen is genoteerd (wat doorgaans in Duitsland het geval is), hetzij omdat de zgn. zeggenschapsrechten aan de genoteerde aandelen worden ontnomen (wat zich voornamelijk in Nederland voordoet).⁵²

De omstandigheid dat de meerderheid van de stemgerechtigde aandelen van de publieke vennootschappen zich in de handen van één of meer, identificeerbare controleaandeelhouders bevindt, doet het gevaar ontstaan dat zij uitsluitend in het belang van die controlemeerderheid worden bestuurd. In een dergelijk model dreigt er geen discrepantie tussen bestuur en aandeelhouders, maar wel tussen de meer-

bespreking, zie ook CALKOEN, W.J.L., «Cadbury Report: begin van nieuwe normen voor Engelse Boardrooms», *T.V.S.*, 1994, 261; VAN WELZEN, P.N.J., «Het Cadbury Rapport, een nieuwe 'Balance of Power' voor Engelse beursvennootschappen», *De Naamloze Vennootschap*, 1993, 7.

³⁶ Zie bv. de Statement of Best practice (Institutional Shareholders' Committee), de Principles of Corporate Governance (American Law Institute) ...

³⁷ Zie CADBURY, A., *l.c.*, 47 en 54; PRENTICE, D., *l.c.*, 30.

³⁸ En dan inzonderheid t.a.v. de macht van de Chief Executive Officer die niet zelden ook de voorzitter van de raad van bestuur was. Vandaar dat artikel 1.2 van de Code voorstelt dat beide functies voortaan worden gescheiden. In Britse vennootschappen wordt dat voorstel over het algemeen goed opgevolgd. In Amerikaanse vennootschappen blijkt dat niet het geval te zijn. Zie VINCKE, F., «The corporate governance debate in Belgium», *l.c.*, 11-15.

³⁹ Artikel 1.3 van het Cadbury-report.

⁴⁰ Het gaat m.a.w. om bestuurders die enkel door hun zetel in de raad van bestuur, hun bezoldiging in dat kader en hun eventueel aandeelhouderschap met de vennootschap zijn verbonden. Gewezen personeelsleden van de vennootschap of personen die (zelf of via een vennootschap) diensten leveren aan de vennootschap, kunnen eveneens non-executive directors zijn. Ze zijn echter niet «independent». Zie CADBURY, A., *l.c.*, 49; zie ook DEVESA, P., «Les administrateurs indépendants», *R.D.A.I.*, 1994, (543), 545, nr. 6.

⁴¹ Artikel 2.2 van het Cadburyreport.

⁴² Zoals n.a.v. een overnamebod, een management buy-out, topbenoemingen en de bepaling van de bezoldigingen van het management. Zie CADBURY, A., *l.c.* 48.

⁴³ Zie bv. artikel 3.3 van het Cadbury-report, dat de oprichting van een «remuneration committee» oplegt, dat geheel of hoofdzakelijk uit «non-executive directors» is samengesteld.

⁴⁴ CADBURY, A., *l.c.*, 48.

⁴⁵ Zie artikel 4.3 van het Cadbury-report.

⁴⁶ Zie artikel 2.1 van het Cadbury-report.

⁴⁷ Zie POUND, J., *l.c.*, 94 e.v.

⁴⁸ En dit ondanks het feit dat bijvoorbeeld Section 309 van de Companies Act in het Verenigd Koninkrijk voorschrijft dat de vennootschap in het belang van de aandeelhouders én de werknemers moet worden bestuurd. De verwijzing naar de belangen van de werknemers wordt de facto echter zo goed als weggeïnterpreteerd. Zie daarover PARKINSON, J.E., *Corporate Power and Responsibility*, o.c., 82 e.v. Zie ook WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 104. Een soortgelijke bepaling is opgenomen in de artikelen 10a, 2 en 21q van het voorstel van vijfde richtlijn. Zie *Pb.*, nr. C240, van 9 september 1983, (2), 12 en 22.

⁴⁹ Dit model is in Duitsland, Nederland, Zwitserland en Oostenrijk, maar ook in bepaalde Scandinavische landen en, in zekere zin, zelfs in Japan aan te treffen. Zie WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 104; BRINK, K., «De discussie over de Structuurwet anders bezien», *l.c.*, 242.

⁵⁰ Dit heeft, zeker in Duitsland, een zeer beperkte financiële regulerende tot gevolg.

⁵¹ Zie WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 105. Wat Nederland betreft, is dat enigszins te relativiseren, nu een aantal van de grootste Nederlandse (en tegelijk Europese) ondernemingen beursgenoteerd zijn. Dat verklaart de grote marktwaarde (zie CEPS, o.c., 7) van de (nochtans relatief beperkt in aantal zijnde) beursgenoteerde vennootschappen in Nederland. *Id.*, 107.

⁵² Zie WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 104-108.

derheidsaandeelhouders en de overige belanghebbenden te ontstaan. Het Rijnlandse model vangt dit op door het ondernemingsbelang, i.t.t. het engere vennootschapsbelang als toetssteen voor het vennootschapsbeleid te hanteren.⁵³ De aandeelhoudersbelangen, en a fortiori de belangen van de controleaandeelhouders, zijn aldus slechts een aspect van het geheel van belangen van alle, bij de onderneming betrokken, «stakeholders».⁵⁴

De specifieke grondslag van het model blijkt bij uitstek uit de dualistische bestuursstructuur,⁵⁵ met rechtstreekse⁵⁶ of onrechtstreekse⁵⁷ werknemersinspraak. De rol van de algemene vergadering van de aandeelhouders bij de benoeming of het ontslag uit de bestuursstructuur wordt daarentegen beknot of zelfs uitgesloten.⁵⁸

Hoewel de rol van de institutionele beleggers in het Rijnlandse model nog verder is uit te diepen, wijzen de eerste studies erop dat hun rol eerder beperkt is.⁵⁹ Kenmerkend voor het Duitse systeem is wel de belangrijke rol van de banken als gevolg van, enerzijds, vrij belangrijke rechtstreekse participaties, anderzijds, en vooral, het zgn. «Depotstimmrecht».⁶⁰

⁵³ Het Duitse recht heeft het gevaar voor onderdrukking van minderheidsaandeelhouders in groepsvennootschappen bovendien door een zeer gedetailleerd groepsrecht opgevangen.

⁵⁴ Zie WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 108. Zie ook HOPT, K.J., «Labor Representation on Corporate Boards: Impacts and Problems for Corporate Governance and Economic Integration in Europe», *Int. Rev. Law and Econ.*, (14), 1994, (203), 208; BRINK, M., «De discussie over de Structuurwet anders bezien», *l.c.*, 242 en 244.

⁵⁵ Het gaat om een Vorstand en een Aufsichtsrat in Duitsland, en om bestuurders en een raad van commissarissen in Nederland.

⁵⁶ Zoals in Duitsland. Zie HOPT, K.J., «Labor Representation on Corporate Boards», *l.c.*, 205.

⁵⁷ Zoals in Nederland. Zie HOPT, K.J., «Labor Representation on Corporate Boards», *l.c.*, 205.

⁵⁸ Dat is vooral het geval in de Nederlandse structuurregeling, waar de leden van de raad van bestuur worden benoemd (en ontslagen) door de raad van commissarissen, terwijl de leden van dat orgaan door dit orgaan zelf worden gecoöpteerd (en enkel door de Ondernemingskamer kunnen worden ontslagen). Dat de algemene vergadering daar grotendeels buiten staat (zij beschikt slechts over een aanbevelings- en een bezwaarrecht), wordt nu in Nederland op de korrel genomen. Zie daarover *supra*, de auteurs geciteerd in noot 7. Anderen nuanceren de relatieve onmacht van de A.V. Zij benadrukken dat de algemene vergadering die vóór de invoering van de structuurregeling wel over een benoemings- en/of ontslagrecht beschikte, daarvan in de meeste gevallen geen gebruik maakte. Zie bv. VAN DER GRINTEN, W.C.L., «De structuurvennootschap in discussie», *l.c.*, 86-87.

⁵⁹ WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 106-108. Zie ook SLAGTER, W.J., «Institutional Investors and Corporate Governance in The Netherlands», in *Institutional Investors and Corporate Governance*, BAUMS, T., BUXBAUM, R. en HOPT, K.J. (red.), Berlijn, Walter de Gruyter, 1994, 329 e.v.; KUBLER, F., «Institutional Investors and Corporate Governance: A German Perspective», in *Institutional Investors and Corporate Governance*, BAUMS, T., BUXBAUM, R. en HOPT, K.J. (red.), Berlijn, Walter de Gruyter, 1994, 565 e.v.

⁶⁰ ROE, M., *Strong managers, weak owners*, o.c., 171-177. Zie over het «Depotstimmrecht», dit is de mogelijkheid van de banken om het stemrecht uit te oefenen, KONDGEN, J., «Duties of Banks in Voting Their Clients' Stock», in *Institutional Investors and Corporate Governance*, BAUMS, T., BUXBAUM, R. en HOPT, K.J. (red.), Berlijn, Walter de Gruyter, 1994, 531.

9. Wymeersch onderscheidt met reden een derde categorie, die zowel kenmerken van het ene als van het andere model vertoont. Daartoe rekent hij o.m. het Franse en het Belgische model.⁶¹ Het Belgische systeem heeft gemeen met het Rijnlandse dat de kapitaalmarkt een eerder geringe rol speelt en dat het aantal beursgenoteerde vennootschappen klein is.⁶² Bovendien is vast te stellen dat de controle over de overgrote meerderheid van de beursgenoteerde vennootschappen zich in vaste handen bevindt, inzonderheid bij de zgn. holdingmaatschappijen.⁶³ Het Belgische systeem kampt dus niet met de antinomie tussen bestuur en aandeelhouders, zoals in de Angelsaksische «managed corporation» het geval kan zijn. De, minstens dreigende, belangentegenstelling tussen meerderheids- en minderheidsaandeelhouders is er wel bekend.⁶⁴

In tegenstelling dan weer tot het Rijnlandse model is het ondernemingsbelang in het Belgische systeem geen toetssteen voor het vennootschapsbestuur. De Vennootschappenwet verwijst weliswaar meer en meer naar het «vennootschapsbelang», doch de bepaling van de inhoud ervan wordt blijkbaar door de wetgever aan rechtspraak en rechtsleer overgelaten.⁶⁵ Er bestaat evenwel geen eensgezindheid over de vraag of het vennootschapsbelang eng (cf. het Angelsaksische model), dan wel ruim (cf. het Rijnlandse model) is op te vatten.⁶⁶ M.b.t. beursgenoteerde vennootschappen en, meer algemeen, vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan,⁶⁷ wordt de toetssteen van het vennootschapsbelang bovendien door het financieelrechtelijke begrip van de bescherming van het spaarwezen doorkruist.⁶⁸

⁶¹ WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 109.

⁶² WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 111; VINCKE, F., «The corporate governance debate in Belgium», *l.c.*, 3; zie ook CEPS, o.c., 7 (eind 1993 waren er slechts 165 Belgische beursgenoteerde vennootschappen, goed voor een kapitalisatie van 38,6 % van het B.N.P., wat onder het Europees gemiddelde ligt). Zie ook DE KEULENEER, E., «Levert een beursnotering in België voldoende voordelen op?», *Bank Fin.*, 1994, 531.

⁶³ WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 112; WYMEERSCH, E., «The corporate governance discussion in some European states», *l.c.*, 9-10 en 12; zie ook WYMEERSCH, E., «Holding companies in Belgium», *l.c.*, 3-7, en het door de auteur voorgelegde cijfermateriaal, waaruit o.m. blijkt dat de grote meerderheid van de beursgenoteerde vennootschappen een of meer controleaandeelhouders hebben die over meer dan 50 % van de stemmen beschikken.

⁶⁴ Zie BYTTEBIER, K., «Het vijandige overnamebod. De wenselijkheid en bruikbaarheid van een controversiële acquisitietechniek herdacht», *R.W.*, 1992-93, (969), 975-976, nrs. 23-25, en 980, nr. 35.

⁶⁵ Zie FRANÇOIS, A., «Het wankle evenwicht tussen vennootschaps- en groepsbelang», *T.R.V.*, 1994, (221), 227, nr. 9.

⁶⁶ Zie over die verschillende opvattingen in het Belgische recht, FRANÇOIS, A., «Het wankle evenwicht tussen vennootschaps- en groepsbelang», *l.c.*, 227-229, nr. 9, en de referenties naar rechtsleer en rechtspraak aldaar.

⁶⁷ Zie de door de wet van 13 april 1995 in artikel 26 Venn.W. ingevoerde definitie.

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld artikel 60bis Venn.W., dat blijkens de voorbereidende documenten van de wet van 13 april 1995 uiting geeft aan een bezorgdheid van bescherming van het spaarwezen. *Gedr. St., Senaat*, 1993-94, nr. 1086/2, 146 en 152. Volgens bepaalde commentatoren, redenerend per analogie met het Wagon-Lits-arrest (Cass., 10

Het Belgische systeem deelt met het Angelsaksische model het kenmerk dat het bestuur van de vennootschap, in beginsel, ⁶⁹ monistisch is. Van eigenlijke werknemersinspraak is in het Belgische, zoals in het Angelsaksische systeem geen sprake. ⁷⁰ Hoogstens is door de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven ⁷¹ inspraak van de ondernemingsraad in de benoeming en het ontslag van één of meer bedrijfsrevisoren, belast met een aantal bijzondere informatietaken t.a.v. die raad, georganiseerd. ⁷²

Uit een eerste door Wymeersch gedane onderzoek is ten slotte gebleken dat institutionele beleggers, ondanks vrij belangrijke participaties, in de controle en het bestuur van de Belgische publieke vennootschappen een weinig belangrijke rol spelen. ⁷³

10. Onder de vlag van corporate governance blijken dus zeer diverse ladingen te varen. Bestuursstructuren die prima facie onderling verwisselbaar lijken, zijn bij nader toezien

maart 1994, *T.R.V.*, 1995, 176, noot LAGA), is de bepaling daarom als een regel van openbare orde te beschouwen. Zie bv. SIMONT, L., «Conflits d'intérêts: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis», in *Le droit des sociétés commerciales après la loi du 13 avril 1995*, Brussel, Journée d'étude Skyroom Events, 28 september 1995, 23; LAGA, H., «Belangenconflicten, aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming», in *De nieuwe Vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Jan Ronse Instituut (red.), Kalmthout, Biblo, 1995, (175), 211-213, nrs. 63-65. Een en ander maakt de invulling van het begrip «vennootschapsbelang» nog des te deliater.

⁶⁹ Een uitzondering bestaat voor de kredietinstellingen die vallen onder het zgn. Protocolsysteem, als wettelijk bevestigd in artikel 26 van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen. Zie o.m. BYTTEBIER, K., *Handboek financieel recht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 138 e.v., nrs. 247 e.v.; DE MEULENAERE, P., «L'autonomie de la fonction bancaire», *Bank. Fin.*, 1992, 545. Zie ook artikel 69 van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs (*B.S.*, 4 juni 1995, 15876; erratum, *B.S.*, 1 augustus 1995, 22367), waardoor ook voor beleggingsondernemingen in de vorm van een N.V. de dualistische bestuursstructuur tot de mogelijkheden behoort. Zie BYTTEBIER, K., *Handboek financieel recht*, o.c., 432-433; nr. 695.

⁷⁰ Het blijkt evenmin een strijdpunt te zijn. Zie ook WYMEERSCH, E., «The corporate governance discussion in some European States», *l.c.*, 3-4. De problematiek van de werknemersinspraak is eventjes opnieuw in de parlementaire belangstelling gekomen in het kader van de discussies in de senaatscommissie betreffende het statuut van de door de wet van 13 april 1995 ingevoerde vennootschap met sociaal oogmerk (artt. 164bis-quater Venn.W.). Zie daarover STROOBANT, M., «De vennootschap met een sociaal oogmerk», in *De gewijzigde vennootschapswet 1995*, BYTTEBIER, K., FRANCOIS, A. en FELTKAMP, R. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1996, inz. nrs. 10 en 23 (ter perse).

⁷¹ *B.S.*, 27 september 1948.

⁷² Zie de artikelen 15bis e.v. van de wet. Voor de grensoverschrijdende ondernemingen en concerns van een zekere omvang gelden bovendien de (nog in het Belgische recht om te zetten) bepalingen van Richtlijn 94/45/EG van de Raad van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (*Pb.*, nr. L254 van 30 september 1994, 64). Zie CLAES, R., «De Richtlijn van 22 september 1994 inzake de Europese ondernemingsraad», *Or.*, 1995, 29-39.

⁷³ Zie WYMEERSCH, E., «Institutional Investors, Financial Groups, and their Impact on Corporate Governance in Belgium», *l.c.*, 358-359, nrs. 3-4, en 384.

van elkaar fundamenteel verschillend wegens de onderliggende basisfilosofie betreffende de rol van de vennootschap in de maatschappij. Die basisfilosofie maakt het mogelijk het criterium te bepalen op grond waarvan het vennootschapsbestuur is op te vatten en te beoordelen. De basisfilosofie en het eraan ontleende driterium berusten op een delicaat evenwicht dat wordt bepaald door de sociaal-economische, politieke en culturele tradities van de verschillende landen. ⁷⁴ Bovendien heeft het «corporate governance»-debat in de diverse systemen niet steeds tussen dezelfde spelers plaats. In het Angelsaksische systeem gaat het immers om de belangentegenstelling tussen bestuur en aandeelhouders; in het Rijnlandse model gaat het om de belangentegenstelling tussen de verschillende bij het ondernemingsgebeuren betrokken partijen (bestuur, meerderheids- en minderheidsaandeelhouders, werknemers, schuldeisers, de overheid ...); in de gemengde modellen gaat het voornamelijk om de belangenantinomie tussen meerderheids- en minderheidsaandeelhouders.

Met die verschillen moet rekening worden gehouden wanneer wordt overwogen bepaalde regels van corporate governance van het ene naar het andere systeem over te brengen en, a fortiori, wanneer de harmonisatie van de systemen wordt overwogen. ⁷⁵

Het onderzoek inzake corporate governance staat bovendien in de meeste continentaal-Europese landen nog groten deels in de kinderschoenen. Zogenaamde «eventstudies» ontbreken; betrouwbare financiële informatie is vaak onbeschikbaar. ⁷⁶ In alle systemen is het onderzoek naar «governance»-problemen in kleinere en besloten vennootschappen zo goed als niet bestaande.

III. EUROPESE INITIATIEVEN

11. Uitgaande van de diversiteit van de opvattingen inzake corporate governance, d.w.z. inzonderheid de regeling van de rechtsverhouding tussen aandeelhouders en bestuur, hoeft het geen verbazing te wekken dat de eerste pogingen tot overbrugging van die verschillen op een sisser uitliepen.

Hoe interessant ook, het voorstel van de Commissie van 9 oktober 1972 voor een vijfde richtlijn van de Raad strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, lid 2, van het verdrag om de belangen te beschermen, zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, met betrekking tot de structuur van de naamloze vennootschap, alsmede de bevoegdheden en verplichtingen van haar organen, ⁷⁷ was te ambitieus om te kunnen slagen.

⁷⁴ CEPS, o.c., 39; WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 115. Merk op dat in sommige landen nog wordt gezocht naar een dergelijk evenwicht. Dat is bijvoorbeeld het geval in ons land, waar zoals gezegd geen eensgezindheid bestaat betreffende de ruime of enge invulling van het vennootschapsbelang als leidraad en toetssteen van het vennootschapsbestuur.

⁷⁵ Zie ook WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 115-116.

⁷⁶ Zie WYMEERSCH, E., «Elements of Comparative Corporate Governance in Western Europe», *l.c.*, 116; WYMEERSCH, E., «The corporate governance discussion in some European States», *l.c.*, 15.

⁷⁷ *Pb.*, nr. C131 van 13 december 1972, 49. Zie voor een bespreking VAN DER HAEGEN, M., en KNOPS, E.M., «La proposition de cin-

Het voorstel viseerde alle naamloze vennootschappen, zonder beperking tot beursgenoteerde of zgn. publieke vennootschappen. Het bestuur van de vennootschap werd naar het model van het Rijnlandse dualisme uitgewerkt: een onderscheid tussen een orgaan van bestuur en een orgaan van toezicht; in grotere vennootschappen, een belangrijke werknemersparticipatie in het orgaan van toezicht, dat op zijn beurt de leden van het orgaan van bestuur benoemt; werkings- en aansprakelijkheidsregels t.a.v. beide organen.

De machten van het bestuur werden niet alleen beperkt door mogelijke aansprakelijkheidsvorderingen tegen de leden van de bestuursorganen van de kant van de vennootschap, minderheidsaandeelhouders of onbetaalde schuldeisers, maar ook door uitvoerige regels m.b.t. de organisatie, de werking, de goedkeuring en de nietigverklaring van besluiten van de algemene vergadering. Ten slotte waren enkele bepalingen aan de vaststelling en de controle van de jaarrekeningen gewijd.⁷⁸

Het bestuursdualisme en de werknemersparticipatie op het toezichtsniveau waren niet met het Angelsaksisch corporate governance model verenigbaar.⁷⁹ Mede ten gevolge van het ruime toepassingsgebied, leidden zij ook tot bezwaren in de gemengde systemen.⁸⁰

Het proportionele stemrecht, de aansprakelijkheids- en de nietigheidsregelingen (o.m. m.b.t. ontoereikende inlichtingen) moeten in het Rijnlandse model voor wenkbrouwers hebben gezorgd.

quième directive C.E.E. relative à la structure des sociétés anonymes ainsi qu'aux pouvoirs et obligations de leurs organes», *J.T.*, 1976, 397. Overigens komt corporate governance ook aan bod in de voorstellen van richtlijn m.b.t. de transnationale fusie (voorstel voor een tiende richtlijn van 14 januari 1985, *Pb.*, nr. C23 van 25 januari 1985, 11) en m.b.t. de harmonisering van O.B.A.-procedures (voorstel voor een dertiende richtlijn van 19 januari 1989, *Pb.*, nr. C64 van 14 maart 1989, 9, en C240 van 26 september 1990, 7 (geamendeerd voorstel)).

⁷⁸ De Belgische wetgever heeft in de elkaar steeds sneller opvolgende wijzigingen van de Vennootschappenwet reeds inspiratie uit het voorstel van vijfde richtlijn gehaald. Dit voornamelijk op onrechtstreekse wijze, m.n. via de – meestal onuitgesproken – invloed van het voorstel op de opstellers van het zgn. Groot Ontwerp (zie *Gedr. St., Kamer*, 1979-80, nr. 387/1), dat zoals bekend aan de basis ligt van belangrijke wetswijzigingen zoals de verruiming van de belangenconflictenregeling voor bestuurders (art. 60 Venn.W.), de minderheidsvordering (artt. 66bis-quater Venn.W.) en de nietigheidsregeling voor besluiten van de algemene vergadering (art. 190bis Venn.W.).

⁷⁹ Zie TEMPLE LANG, J., «The fifth directive on the harmonization of company law», *Com. Mark. L. Rev.*, 1975, 155 e.v., en inzonderheid de bespreking van het zgn. Watkinson Report.

⁸⁰ In Frankrijk was de dualistische bestuursstructuur (directoire/conseil de surveillance) sinds de wet van 24 juli 1966 optioneel gemaakt. Slechts in een kleine minderheid van de vennootschappen werd die optie genomen. Zie MERLE, P., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Parijs, Dalloz, 1994, 348, nr. 371, en 415 e.v., nrs. 438 e.v. De ordonnantie nr. 86-1135 van 21 oktober 1986, als gewijzigd door de wet van 25 juli 1994 (zie daarover SAVATIER, J., «La représentation des salariés dans les organes de la société anonyme après la loi du 25 juillet 1994», *Droit social*, 1995, 33), voorziet bovendien in de mogelijkheid om statutair te bepalen dat werknemersafgevaardigden met raadgevende stem mogen zetelen in de raad van toezicht (dualistisch bestuur) of in de raad van bestuur (monistisch bestuur). Van die mogelijkheid wordt al even zelden gebruik gemaakt. MERLE, P., o.c., 425, nr. 447.

Voornamelijk onder Angelsaksische invloed heeft de Commissie op 19 augustus 1983 een gewijzigd voorstel voor een vijfde richtlijn aan de Raad voorgelegd.⁸¹ De wijzigingen hadden voornamelijk betrekking op het bestuursniveau. Aan de lidstaten werd de keuze tussen het dualistisch (orgaan van toezicht en orgaan van bestuur) en het monistisch bestuur gelaten. In het monistische systeem (één orgaan van bestuur) werd een onderscheid gemaakt tussen beleidsuitvoerende («executive») bestuurders en toezichthoudende («non executive») bestuurders. Werknemersparticipatie werd, ongeacht het gekozen bestuursstelsel, gehandhaafd; de keuzemogelijkheden van de lidstaten werden evenwel verruimd.⁸²

Ondanks die wijzigingen bleef de vijfde richtlijn in de koelkast zitten.⁸³

12. De «corporate governance»-ontwikkelingen binnen en buiten de Europese Unie kunnen de Europese overheden niet onberoerd laten. Nochtans heeft de Commissie tot op heden geen officieel standpunt betreffende verdere Europese ontwikkelingen inzake corporate governance ingenomen. Officieuze voorstellen daartoe gebeurden, zoals gezegd, wel door het door de Europese industrie gesteunde Center for European Policy Studies (CEPS), dat in een boeiend rapport de actuele toestand en de toekomstverwachtingen inzake corporate governance heeft trachten te bepalen.⁸⁴

In het rapport wordt corporate governance enkel met beursgenoteerde, zo niet met grote «publieke» vennootschappen in verband gebracht. Corporate governance is gesitueerd t.a.v. het relatief belang van de beurs, t.a.v. het Bruto Nationaal Product, t.a.v. het economisch belang van de overname van ondernemingen (mergers and acquisitions) en t.a.v. de financiering van de ondernemingsactiviteit (eigen of externe middelen). T.a.v. de vennootschappen is corporate governance in verband gebracht met de ontwikkeling van de aandeelhoudersstructuur (particulieren, industrie, institutionelen, overheid, banken ...), met de wettelijke (nl. de beperking van de aansprakelijkheid binnen een afzonderlijke rechtspersoon) en de bestuursstructuur en ten slotte met de boekhoudregels.⁸⁵

Na een inventaris van de Europese initiatieven te hebben gemaakt en op Europese beleidsinitiatieven inzake werknemersparticipatie⁸⁶ en inzake eenheid van de financiële markten⁸⁷ te hebben gewezen, die onrechtstreeks de «cor-

⁸¹ *Pb.*, nr. C240 van 9 september 1983, 2. Zie ook WELCH, J., «The Fifth Draft Directive – A False Dawn?», *Eur. L. Rev.*, 1983, 83.

⁸² Zie WELCH, J., l.c., 85.

⁸³ Dat geldt eveneens voor het (sinds 1975 meermaals gewijzigde) voorstel voor verordening van de Raad voor het statuut van een Europese vennootschap. Zie voor het laatste voorstel, *Pb.*, nr. C263 van 16 oktober 1989, 41 (voorstel van 25 augustus) en C176 van 8 juli 1991, 1 (geamendeerd voorstel van 16 mei 1991).

⁸⁴ CEPS, *Corporate Governance in Europe*, o.c., 58 pp.

⁸⁵ CEPS, o.c., 8 e.v.

⁸⁶ CEPS, o.c., 26-27, met verwijzing naar Richtlijn 94/95/EEG van de Raad van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers, *Pb.*, nr. L254 van 30 september 1994, 64.

⁸⁷ CEPS, o.c., 27-29, met verwijzing naar o.m. de Tweede Bankrichtlijn (89/646/EEG van 15 december 1989, *Pb.*, nr. L386 van 30 december 1989, 1), de zgn. ISD-richtlijn (93/22/EEG van 10 mei

porate governance»-inzichten beïnvloeden, wijst CEPS er terecht op dat de verschillen tussen de bestaande «corporate governance»-systemen door vijf verschijnselen onder druk komen te staan, die de internationale mededinging op de nationale markten en het belang van de beurs doen toenemen. Het gaat om de toenemende invloed van de institutionele beleggers als aandeelhouders, om de integratie van de financiële markten (eenheidsmarkt), om de harmonisering van de boekhoudregels, om het toenemend aantal aandeelhouders die voor hun belangen opkomen («shareholder activism») en om de recente privatiseringsgolf.⁸⁸

CEPS is dan ook van oordeel dat corporate governance in de Europese lidstaten moet en zal doorwerken en meent dat zulks op drie verschillende manieren kan gebeuren:⁸⁹

– verdere harmonisering van de wetgeving van de lidstaten: dit moet gebeuren om de administratieve, fiscale en vennootschapsrechtelijke verschillen tussen de nationale wetgevingen m.b.t. de oprichting van vennootschappen te beperken, waarbij, in een ideale wereld, aan de Europese vennootschap wordt gedacht. Harmonisering wordt ook in de OBA-reglementering en, vooral, in de boekhoudregels bepleit;

– het tot stand brengen van «European Guidelines of Good Practice», die, als een deontologische code, vrijwillig door – in eerste instantie – beursgenoteerde vennootschappen zouden worden onderschreven. CEPS heeft overigens een voorstel van dergelijke gedragsregels uitgewerkt;⁹⁰

– de lidstaten, die de aantrekkelijkheid van hun financiële markten en voornamelijk van de beurs trachten te bevorderen, moeten de eenheidsmarkt daarbij eerbiedigen en de Commissie moet tegen eventuele inbreuken sneller kunnen optreden. De verschillende fiscale behandeling van de financiering met eigen t.o.v. externe middelen moet ter discussie komen.⁹¹

13. Ofschoon het voorstel van vijfde richtlijn geen succes heeft gehad en, blijkens het CEPS-verslag⁹² een stille dood tegemoet lijkt te gaan, blijkt (corporate) governance in de komende jaren een inspirerende Europese factor in het vennootschapsrecht van de lidstaten te zullen worden. Vooral t.a.v. beursgenoteerde vennootschappen is het (Europese) kader er klaar voor: de eenheidsmarkt verplicht de emittenten niet alleen met de eigen «corporate governance»-opvattingen rekening te houden, maar ook met die van de andere lidstaten in de mate waarin de belangen van de aandeelhouders er negatief of positief door kunnen worden beïnvloed. Er is geen ontkomen aan: zorgvuldige aandeelhouders zullen hun investeringsbeslissing t.a.v. vergelijkbare emittenten mede afhankelijk maken van de, binnen de emittent bestaande «corporate governance»-bescherming (rechten van de aandeelhouders, beperking van de autonomie van de bestuurders, informatie en boekhoudregels, OBA-reglementering ...). Emittenten met een zwak «corporate governan-

ce»-imago zullen niet alleen slechter scoren op de kapitaalmarkt, de daaruit volgende verzwakking dreigt van hen, op termijn, ook een overnamedoelwit te maken.

Het «low profile» van het CEPS-verslag is daardoor te verklaren: de ondernemingen en de lidstaten zelf moeten actief op zoek gaan naar een overtuigend evenwicht tussen de belangentegenstellingen, die in elke vennootschap doorwerken.

IV. HET BELGISCH VENNOOTSCHAPSRECHT T.A.V. CORPORATE GOVERNANCE

14. De redelijkheid gebiedt (corporate) governance, althans in een eerste stadium, te beperken tot de beursgenoteerde vennootschappen, hoogstens tot vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan. De macro-economische context is voor hen fundamenteel anders dan voor besloten vennootschappen die familie- of streekgebonden zijn. De financiering van hun werkmiddelen verloopt nl. minstens gedeeltelijk via de kapitaalmarkt (en voornamelijk via de beurs), waardoor zij voor dit «schaars» product met elkaar in concurrentie komen. Micro-economisch vergelijkbare bedrijven zullen het pleit in hun voordeel weten te beslechten o.m. door de garantie die zij de investerende aandeelhouders kunnen bieden m.b.t. de toekomstige ontwikkeling van het bedrijf (onder de leiding en verantwoordelijkheid van het bestuur) en de desbetreffende inspraak en (zo vroeg en accuraat mogelijke) informatie en controle waarop de aandeelhouders een beroep kunnen doen.⁹³

Aan de hand van het gewijzigd voorstel voor vijfde richtlijn, de (Cadbury) Code of Best Practice en de (CEPS) Guidelines of Good Practice, wordt hierna onderzocht welke beïnvloeding van corporate governance op de rechten en verplichtingen van de aandeelhouders (A) en op de organisatie van het bestuur (B) in Belgische beursgenoteerde (resp. «publieke») vennootschappen zou kunnen uitgaan. Andere, minstens even belangrijke, onderwerpen zoals de informatieverstrekking, de (boekhoudkundige) verslaggeving en controle, de OBA-reglementering, de werknemersparticipatie, de belangen van andere «stakeholders»... blijven, gelet op de beperkingen die voor dit verslag gelden, buiten beschouwing.

A. Rechten en verplichtingen van aandeelhouders

15. Uit een recente studie van Wymeersch blijkt dat de meeste beursgenoteerde vennootschappen⁹⁴ controlerende aandeelhouders (> 50 % der aandelen) hebben en dat holdingmaatschappijen in die controle de meest prominente plaats innemen.⁹⁵ De controlerende aandeelhouders blijken ook slechts een deel van de stemgerechtigde effecten op de beurs te brengen, wat aanleiding geeft tot een soms signi-

1993, *Pb.*, nr. L141 van 11 juni 1993, 27) en het zgn. Eurolist-project (project uitgaande van de European Federation of Stock Exchanges om vennootschappen die reeds op een Europese beurs genoteerd staan, via een vereenvoudigde procedure, een notering te laten krijgen op een andere beurs binnen de E.U.).

⁸⁸ CEPS, *o.c.*, 29 e.v.

⁸⁹ CEPS, *o.c.*, (ii), (iii) en (iv) en de bespreking op pp. 40-48.

⁹⁰ CEPS, *o.c.*, (iii) en (iv), en de bespreking daarvan op pp. 45-47.

⁹¹ CEPS, *o.c.*, 48.

⁹² CEPS, *o.c.*, 47.

⁹³ Zie ook VINCKE, F., «The corporate governance debate in Belgium», *l.c.* 5.

⁹⁴ ... en dit zal wellicht ook het geval zijn voor de andere vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan. Desbetreffend onderzoek zal mogelijk worden wanneer, overeenkomstig artikel 26, derde lid in fine, en vijfde lid, Venn.W., de lijst van dergelijke vennootschappen beschikbaar zal worden.

⁹⁵ WYMEERSCH, E., «Holding companies in Belgium», *l.c.*, 3-7.

ficant verschil tussen de beurskoers en de fractiewaarde van het effect, ⁹⁶ wellicht te verklaren als een disconto voor de ontstentenis van (zelfs potentiële) controleverwerving. ⁹⁷

Die aandeelhoudersstructuur ligt aan de basis van het gemengde «corporate governance»-systeem dat België thans in beursgenoteerde vennootschappen kent: de visie van de controlerende aandeelhouders is meestal op lange termijn gericht omdat zij door de regel «één aandeel, één stem» ⁹⁸ in staat zijn het bestuur te bepalen, te verkrijgen en te handhaven dat ultiem met de gekozen langetermijnvisie strookt. Binnen die grenzen, beschikt het bestuur over autonomie, strevend naar de voor de (controlerende) aandeelhouders meest aanvaardbare mengeling van jaarlijkse winstoptimalisering (korte termijn) en vermogensaan groei (lange termijn).

In een dergelijk kader draait het «corporate governance»-debat uit op de regeling van de belangentegenstellingen tussen de (tevreden) meerderheidsaandeelhouders en de (eventueel ontevreden) minderheidsaandeelhouders of overige «stakeholders» (werknemers, schuldeisers, klanten, de overheid ...).

16. Aangezien het zgn. Cadbury-report althans niet rechtstreeks ⁹⁹ op de machtsverhouding tussen aandeelhouders en bestuur (vennootschap) ingaat, moet worden onderzocht of het gewijzigde voorstel van vijfde richtlijn en de CEPS Guidelines of Good Practice voor fundamentele wijzigingen in het bestaande model pleiten.

Onder voorbehoud van enkele punten, is vast te stellen dat de rechten en verplichtingen van Belgische aandeelhouders grosso modo met die Europese initiatieven overeenkomen. In die teksten wordt gepleit voor de mogelijkheid voor aandeelhouders om hun stemrechten geïnformeerd en onafhankelijk uit te oefenen, zonder nationale beperkingen; ¹⁰⁰ voor de bepaling door de aandeelhouders van de aan hun aandelen verbonden rechten en voor de regel «één aandeel, één stem», met dien verstande dat uitzonderingen op die regels door de algemene vergadering zijn toe te staan en dat bevoegdheidsdelegaties aan het bestuur tijdelijk en hernieuwbaar moeten zijn; ¹⁰¹ voor het fundamentele recht van de aandeelhouders om over de aanstelling en het ontslag van bestuurders en commissarissen, de goedkeuring van het dividend, van de statuten en van de uitgifte van aandelen te stemmen; ¹⁰² voor de plicht van de aandeelhouders, in het bijzonder van de grootaandeelhouders, om voor de langeter-

mijnontwikkeling van de vennootschap te zorgen; ¹⁰³ en ten slotte, voor de billijke en faire behandeling van minderheidsaandeelhouders, voornamelijk bij overname van de vennootschap. ¹⁰⁴

Er kan zonder veel risico van vergissing worden vastgesteld dat die bekommernissen reeds in het Belgische vennootschapsrecht zijn vertaald. Wanneer het Belgisch recht restrictiever dan de Europese teksten blijkt te zijn, ¹⁰⁵ is het verschil eerder kwalitatief dan fundamenteel.

Volledigheidshalve is nog te onderstrepen dat het aandeelhoudersbelang in het Belgische (burgerlijk en handelsrechtelijk) vennootschapsrecht steeds centraal heeft gestaan, waarvan ook de OBA-reglementering blijk geeft. Corporate governance die het aandeelhoudersbelang t.a.v. het bestuurdersbelang wil benadrukken, ¹⁰⁶ kan op dit punt in België evenmin vernieuwend worden genoemd.

17. De Belgische corporate governance zal, wat de rechten en plichten van de aandeelhouders betreft, niet vanuit Europeesrechtelijke vennootschapshoek, maar wel vanuit Europees financieelrechtelijke hoek onder druk komen te staan. Daarbij kan o.m. aan de volgende aspecten worden gedacht.

(i) De vrije financiële dienstverlening heeft tot een bijzondere bescherming van de investeerder (o.m. in beursgenoteerde vennootschappen) geleid, die vanuit de Europese Richtlijn 93/22/EEG van 10 mei 1993 (de zgn. ISD-Richtlijn) ¹⁰⁷ in artikel 36 van de Belgische wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs ¹⁰⁸ is omgezet. ¹⁰⁹ Door die wetbepaling worden aan de financiële bemiddelaars bij transacties in financiële instrumenten ¹¹⁰ gedragsregels t.a.v. elke investeerder opgelegd. Weliswaar hebben die gedragsregels enkel de financiële bemiddelaar (en niet de emittent) in het kader

het gewijzigd voorstel van vijfde richtlijn, die de bevoegdheid van de algemene vergadering vastleggen.

¹⁰³ Zie de vijfde CEPS-richtlijn; zie ook de artikelen 31 (uitwerking van de informatieverplichting ter A.V.) en 42-46 (nietigheidsregels m.b.t. besluiten van de A.V.) van het gewijzigd voorstel van vijfde richtlijn.

¹⁰⁴ Zie de zesde CEPS-richtlijn; zie ook de artikelen 16 (minderheidsaansprakelijkheidsvordering); 25 (inschrijving van punten op de dagorde van de A.V.); 34 (belangenconflicten met aandeelhouders); 42-46 (nietigheidsregeling m.b.t. besluiten van de A.V.) van het gewijzigd voorstel van vijfde richtlijn.

¹⁰⁵ Voornamelijk is te denken aan de gevraagde tussenkomst van banken en andere instellingen die aandelen bewaren (tweede CEPS-richtlijn); aan het initiatiefrecht van individuele aandeelhouders t.a.v. de dagorde van de A.V.; aan een ruimer informatierecht ter A.V.; aan de belangenconflictenregeling tussen de vennootschap en de individuele aandeelhouders; aan de verschillen inzake de nietigheidsregels van besluiten van de A.V. (zie artt. 25, 31, 34 en 42-43 van het gewijzigd voorstel van vijfde richtlijn).

¹⁰⁶ Cf. VINCKE, F., «The corporate governance debate in Belgium», *l.c.*, 6-7 en zie ook 5.

¹⁰⁷ *Pb.*, nr. L141 van 11 juni 1993, 27.

¹⁰⁸ *B.S.*, 4 juni 1995, 15876; erratum, *B.S.*, 1 augustus 1995, 22367.

¹⁰⁹ Zie CORNELIS, L. en PEETERS, J., «Gedragsregels van bemiddelaars bij transacties in financiële instrumenten, getoetst aan het aansprakelijkheidsrecht», in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, WYMEERSCH, E. (red.), Antwerpen, Maklu, 1996 (ter perse); WYMEERSCH, E., «Les règles de conduite relatives aux opérations sur instruments financiers», *Bank Fin.*, 1995, 574-592.

¹¹⁰ Als gedefinieerd in artikel 1, § 1, van de wet van 6 april 1995.

⁹⁶ WYMEERSCH, E., «Holding companies in Belgium», *l.c.*, 17.

⁹⁷ Zie DE KEULENEER, E., «Levert een beursnotering in België voldoende voordelen op?», *l.c.*, 534, die in de suboptimale beursprijs van de aandelen een oorzaak ziet voor de geringe activiteit op de Belgische beursmarkt.

⁹⁸ Artikel 74bis, § 2, Venn.W.

⁹⁹ ... wel onrechtstreeks via de 'reporting'- en 'control'-regels van het bestuur t.a.v. de aandeelhouders.

¹⁰⁰ Zie de tweede CEPS-richtlijn, die eraan toevoegt dat banken en andere instellingen die aandelen onder bewaring hebben, daaraan actief moeten meewerken. Zie ook de artikelen 22-32 van het gewijzigd voorstel van vijfde richtlijn.

¹⁰¹ Zie de derde CEPS-richtlijn; zie ook de artikelen 33 en 36-41 van het gewijzigd voorstel van vijfde richtlijn.

¹⁰² Zie de vierde CEPS-richtlijn; zie ook de artikelen 4, 8, 21b, 21t (benoeming en ontslag van bestuurders); 50 (uitkering van dividend); 55 en 61 (benoeming en ontslag van de commissaris); 37 e.v. (statutenwijziging, met inbegrip van maatschappelijk kapitaal) van

van een bepaalde transactie (en dus niet de werking van de emittent) op het oog, maar het van hem verwachte gedrag zou ook mutatis mutandis (en zelfs a fortiori) van de emittent kunnen worden verwacht. Het zijn overigens, in eerste instantie, de emittenten die de financiële markten maken, voordat de rol van de financiële bemiddelaars ter sprake kan komen. Doordenken op dit spoor brengt corporate governance op een (tot heden ongekende) kruissnelheid aanzien op die manier zeer precieze wettelijke en rechterlijke gedragsregels (kunnen) worden verkregen.

(ii) Het zgn. «Europese paspoort» brengt meer en meer buitenlandse (al dan niet Europese) institutionele beleggers (gemeenschappelijke beleggingsinstellingen, pensioenfondsen, verzekeringsmaatschappijen ...) en kredietinstellingen op de Belgische financiële markten. Op dit ogenblik lijkt hun rol vrij beperkt te zijn, wat weleens te verklaren zou zijn door de holdingstructuren waartoe zij meestal, rechtstreeks of onrechtstreeks, behoren.¹¹¹

Belgische kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en pensioenkassen zijn onderworpen aan – uiteenlopende – bepalingen inzake aandelenbezit, berekend in verband met het eigen vermogen of als een percentage van de technische voorzieningen en schulden, doch zonder beperking t.a.v. het maatschappelijk kapitaal of van de stemgerechtigde effecten van de emittent.¹¹² Die «institutionele» beleggers kunnen, bij ontstentenis van wettelijke beperking, de aan hun aandelenparticipatie verbonden stemrechten onverkort gebruiken o.m. om invloed en/of controle op het bestuur van de emittent te hebben. Dit geldt eveneens voor buitenlandse institutionen. T.a.v. de Belgische gemeenschappelijke beleggingsinstellingen is de toestand complexer: er bestaan niet alleen verschillende beperkingen op hun aandelenbezit in verband met hun eigen vermogen, bovendien is het hun verboden aandelen met stemrecht te verwerven waardoor een wezenlijke invloed op het bestuur van de emittent of op de benoeming van zijn leidende personen zou wor-

den verworven.¹¹³ Die desbetreffende regels kunnen evenwel verschillend zijn voor succursalen van buitenlandse kredietinstellingen en gemeenschappelijke beleggingsinstellingen die over een «Europees paspoort» beschikken en derhalve de wetgeving van hun land van herkomst moeten naleven.

Ondanks die beperkingen kunnen buitenlandse «institutionelen», eventueel in onderling overleg, tot aandelenparticipaties komen die hen in staat stellen het bestuur tot een corporate governance van buitenlandse signatuur te dwingen.

(iii) De vergemakkelijkte toegang tot de financiële markten en de toegenomen bescherming van de financiële investeerders en van de minderheidsaandeelhouders doet tevens de vraag rijzen naar de Belgische (resp. Vlaamse of Waalse) verankering van de (Belgische) beursgenoteerde of publieke vennootschap als macro-economisch element van corporate governance. Afgezien van de (on)verenigbaarheid van die bezorgdheid met de Europese idee en rechtsregels, kan de wens om de meerderheid van de aandelen van «Belgische» sleutelondernemingen in «Belgische» handen te weten, eigenlijk op twee manieren worden gerealiseerd.

Enerzijds, via de Belgische overheid en/of de Belgische holdings (referentieaandeelhouders), waarbij uiteraard op hun ultiem aandeelhouderschap acht is te slaan om uit te maken of zij wel Belgisch zijn. Die benadering is, in het kader van privatiseringen, tot op heden gevolgd.

Anderzijds door, via beursgang, naar een zo ruim mogelijk verspreid aandeelhouderschap te streven ervan uitgaand dat succesvolle Belgische sleutelondernemingen, zoals in het verleden is gebleken, de belangstelling van de Belgische – particuliere – belegger kunnen opwekken en bestendigen.¹¹⁴ Een dergelijke structuur gaat niet alleen gepaard met een grote bestuursautonomie, waarvan de grenzen nader zijn te bepalen¹¹⁵ maar maakt ook een – wettelijk, minstens statutair – toezicht op het aandeelhouderschap nodig.¹¹⁶ Er moet immers worden vermeden dat de aandelen worden geconcentreerd en/of dat stemmeerderheden ontstaan, waardoor de facto opnieuw controleaandeelhouders ontstaan. Dit kan gebeuren door een aangepaste transparantiewetgeving en door afdwingbare verbodsbepalingen van aandelenconcentratie, o.m. door een maximale participatiedrempel t.a.v. het maatschappelijk kapitaal en/of stemrechtverlenende effecten van de emittent en waarvoor verder in artikel 67 van de bovengenoemde wet van 6 april 1995 m.b.t. de beleggingsondernemingen inspiratie kan worden gevonden. Wat de stemconcentratie betreft, is gebruik te maken van het (nieuw) artikel 76 Venn.W. waardoor controlerende invloed door één enkele aandeelhouder aan banden is te leg-

¹¹¹ Zie WYMEERSCH, E., «Institutional Investors, Financial Groups and their impact on Corporate Governance in Belgium», *l.c.*, 357-359, nrs. 1-4.

¹¹² M.b.t. kredietinstellingen, zie artikel 32 van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, *B.S.*, 19 april 1993, erratum *B.S.*, 2 juni en 9 juli 1993. Zie ook MARTIN, G., «Détention d'actions et de participations par les établissements de crédit», in *La nouvelle législation bancaire belge*, Yearbook AEDBF, Mys en Breesch, Gent, 1994, 60-65; BYTTEBIER, K., *Handboek financieel recht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 145-151, nrs. 256-267. M.b.t. verzekeringsondernemingen, zie artikel 16 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen (*B.S.*, 25 juli 1975, doch sindsdien herhaaldelijk gewijzigd) en artikel 1 van het K.B. van 22 februari 1991 houdende algemeen reglement betreffende de controle op de verzekeringsondernemingen (*B.S.*, 12 oktober 1991; reglementering inzake dekkingswaarden). M.b.t. pensioenkassen, zie artikel 6 van het K.B. van 5 april 1995 betreffende de activiteiten van de pensioenkassen bedoeld in artikel 2, § 3, 4°, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen (*B.S.*, 15 juni 1995) en artikel 8 van het K.B. van 15 mei 1985 betreffende de activiteiten van de private verzorgingsinstellingen (*B.S.*, 7 juni 1985, reglementering van de dekkingswaarden). Hierbij is op te merken dat de reglementering inzake dekkingswaarden van pensioenkassen in een nabije toestand op die m.b.t. verzekeringsondernemingen zal worden afgestemd.

¹¹³ Zie artikel 126 Wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, *B.S.*, 22 december 1990, erratum *B.S.*, 1 februari 1991.

¹¹⁴ Zie ook DE KEULENEER, E., *l.c.*, 535.

¹¹⁵ Te vermijden is immers dat de macht van het management leidt tot de excessen die corporate governance in de Angelsaksische systemen juist wil tegengaan.

¹¹⁶ Vgl. het Amerikaanse systeem van verspreid aandeelhouderschap, dat ook in belangrijke mate het product is van wetgevende tussenkomsten strekkende tot het fragmenteren van de macht van de financiële tussenpersonen. Zie ROE, M., *Strong managers, weak owners, o.c.*, 21 e.v. en 283 e.v. Zie ook DE KEULENEER, E., *l.c.*, 534.

gen.¹¹⁷ De belangstelling voor het aandelenbezit van de kant van institutionelen kan worden aangezwengeld door hun de verplichting op te leggen een deel van hun eigen vermogen, technische voorzieningen en schulden in aandelen van Belgische beursgenoteerde vennootschappen te beleggen.

(iv) Door artikel 190^{quater} Venn.W. is een uitstapregeling in het leven geroepen waardoor de aandeelhouder binnen een N.V., een B.V.B.A. en een C.V.A. de overname van zijn effecten door een of meer andere aandeelhouders kan vorderen, wanneer hij een gegronde reden kan bewijzen.¹¹⁸ Die wetsbepaling is evenwel enkel toepasselijk op vennootschappen die geen publiek beroep op het spaarwezen doen of hebben gedaan. Die beperking van het toepassingsgebied werd tijdens de parlementaire voorbereiding o.m. door de zgn. liquiditeit van de markt gerechtvaardigd.¹¹⁹ De vraag rijst of die beperking vanuit «Corporate governance»-oogpunt wel aanvaardbaar is: zoals vermeld,¹²⁰ blijken de beursgenoteerde aandelen vaak met een onderwaardering af te rekenen te hebben. De uitstap kan onder die omstandigheden zowel t.a.v. de fractiewaarde, als t.a.v. de waarde die de rechter met toepassing van artikel 190^{quater} zou bepalen, verliesgevend zijn.

Kan van het bestuur van een «corporation» niet worden verwacht dat het o.m. via de techniek van de inkoop van eigen aandelen (artikel 52^{bis} Venn.W.), zgn. liquiditeits- en/of animatiecontracten met beursvennootschappen of kredietinstellingen ..., erin slaagt die onderwaardering onder controle te houden? Dit kan, vanuit een beleidsmatig oogpunt, o.m. worden gerealiseerd door artikel 190^{quater} op alle vennootschappen toepasselijk te verklaren, waardoor de minderheidsaandeelhouder steeds tegen «fractiewaarde» zou kunnen uitstappen en de aanhoudende discrepantie tussen beurskoers en fractiewaarde zelfs als een gegronde reden t.a.v. de meerderheidsaandeelhouder(s) aan te voeren zou zijn.

B. Structuur van het bestuur

18. Een van de centrale thema's in het «corporate governance»-debat is onmiskenbaar de structuur, de organisatie en de aansprakelijkheid van het vennootschapsbestuur. Vele bepalingen van de CEPS-richtlijnen, van het Cadbury-report

en van het (gewijzigde) voorstel van vijfde richtlijn zijn eraan gewijd.¹²¹ In alle systemen wordt op het vereiste van een onafhankelijk bestuur gehamerd,¹²² waarbij in de eerste plaats aan onafhankelijkheid t.a.v. het management wordt gedacht. Hoewel in de Belgische Vennootschappenwet¹²³ nog steeds wordt aangenomen dat «de besturing» aan de raad van bestuur toekomt, blijkt uit de vennootschapspraktijk, zeker wat de «publieke» vennootschappen betreft, dat die raad zich in werkelijkheid grotendeels tot controle op het management en tot de grote beleidsbeslissingen beperkt.¹²⁴ Een dergelijke controle is slechts doeltreffend wanneer de raad van bestuur t.a.v. het management onafhankelijk is. Die onafhankelijkheid kan op twee manieren worden verkregen: het bestuur wordt tussen een raad van toezicht en een raad van bestuur opgesplitst (dualisme)¹²⁵ of de unitaire raad van bestuur wordt behouden, evenwel met een onderscheid tussen zgn. «actieve»¹²⁶ (beleidsuitvoerende/executive) en «passieve» (toezichthoudende/non-executive/outside) bestuurders (monisme).¹²⁷ Laatstgenoemden, die o.m. volgens het gewijzigde voorstel van vijfde richtlijn de meerderheid zouden moeten hebben,¹²⁸ worden dan in het bijzonder belast met taken van controle t.a.v. de actieve bestuurders

¹²¹ Zie de zevende t.e.m. de tiende CEPS-richtlijn; zie ook de artikelen 1, 2 en 3 van het Cadbury-report; zie de artikelen 2 (dualistisch of monistisch systeem), 3-21 (organisatie, samenstelling, aansprakelijkheid dualistisch bestuursstelsel), 21a-21u (organisatie, samenstelling, aansprakelijkheid monistisch bestuursstelsel) van het gewijzigd voorstel van vijfde richtlijn.

¹²² Een ander punt waarop wordt gehamerd is de rol van de algemene vergadering in de benoeming, het ontslag en de aansprakelijkheid van de bestuurders (zie bv. de negende CEPS-richtlijn). Ook die bezorgdheid is ongetwijfeld reeds in het Belgische vennootschapsrecht vertaald.

¹²³ Zie artikel 54 Venn.W., met dien verstande dat krachtens het vierde lid van die bepaling, statutair bevoegdheidsdelegatie t.a.v. een of meer (actieve) bestuurders mogelijk is. De Belgische Vennootschappenwet (art. 63) laat bovendien toe dat het dagelijks bestuur wordt gedelegeerd aan een of meer gedelegeerden tot het dagelijks bestuur, die binnen die perken de hoedanigheid van orgaan verwerven.

¹²⁴ Dit werd reeds geruime tijd geleden door Van Ommeslaghe onderstreept: zie VAN OMMESLAGHE, P., *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1960, 569.

¹²⁵ Zie de artikelen 3-21 van het voorstel van vijfde richtlijn (opsplitsing tussen een leidinggevend en een toezichthoudend orgaan); zie ook de tiende CEPS-richtlijn (opsplitsing tussen een management board en een supervisory board). Zie ook de artikelen 90 t.e.m. 113 van het zgn. Groot Ontwerp, *Gedr. St., Kamer*, 1979-1980, nr. 387/1, 42 e.v. en 324 e.v. (opsplitsing tussen een bestuurder-zaakvoerder of een raad van beheer en een raad van toezicht). Het Cadbury-report blijft, zoals gezegd (zie *supra*, nr. 7), zweren bij een unitaire bestuursstructuur.

¹²⁶ Waarbij de «actieve» bestuurders zich met het eigenlijke bestuur inlaten, terwijl de «passieve» bestuurders eerder toezicht op dat bestuur uitoefenen. Beter is dan ook te spreken van «beleidsuitvoerende» en «toezichthoudende» bestuurders.

¹²⁷ Zie de artikelen 21a-21u van het gewijzigd voorstel van vijfde richtlijn (onderscheid tussen beherende en niet-beherende leden van het bestuursorgaan); zie ook de achtste CEPS-richtlijn (vereiste van zgn. «outside directors»); zie de artikelen 1.2, 1.3, 2 en 3 van het Cadbury-report (onderscheid tussen executive en non-executive directors).

¹²⁸ Zie artikel 21a, 1, a, van het gewijzigd voorstel. De achtste CEPS-richtlijn en artikel 1.3 van het Cadbury-report schrijven voor

¹¹⁷ Zie ook «Vlaams verankeringsdebat is gemiste kans?», *Financieel Economische Tijd*, 24 maart 1994, en de bespreking aldaar van de interessante voorstellen tot uitwerking van een zgn. «onafhankelijke naamloze vennootschap» of «autonome onderneming» van E. De Keuleneer (zie DE KEULENEER, E., *l.c.*, 535).

¹¹⁸ Zie over artikel 190^{quater} Venn.W. CORNELIS, L. en WILLEMEN, J., «Naar keuze: de stok achter de deur of de knuppel in het hoenderhok (over de artikelen 190^{ter}, ^{quater} en ^{quinquies} Venn.W.)», in *De gewijzigde vennootschapswet 1995*, BYTTEBIER, K., FRANÇOIS, A. en FELTKAMP, R. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1996 (ter perse); CORBISIER, I., «La société et ses associés», in *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, CENTRE D'ETUDE JEAN RENAULD (red.), Brussel/Louvain-la-Neuve, Bruylant/Academia, 1995, (105), 204-245; TILLEMANS, B., «De nieuwe regeling van uitsluiting en uittreding in de vennootschappenwet», *De Belgische Accountant*, 1995/3, 44-58; NELISSEN-GRADE, J.-M., «De geschillenregeling en de uitkoopregeling», in *De nieuwe vennootschaps wetten van 7 en 13 april 1995*, JAN RONSE INSTITUUT (red.), Kalmthout, Biblio, 1995, 337-372.

¹¹⁹ *Gedr. St., Senaat*, 1993-94, nr. 1086/2, 414, §§ 9-10.

¹²⁰ Zie *supra*, nr. 15.

(het management).¹²⁹ Waarborgen ter vrijwaring van de onafhankelijkheid van de raad van bestuur t.a.v. het management zijn tot op heden niet door de Belgische Vennootschappenwet¹³⁰ gevisieerd.¹³¹ De Vennootschappenwet hinkt de praktijk echter achterna, waar die waarborgen in de vorm van een delegatie van bevoegdheden aan een directiecomité of door de opname van toezichthoudende (al dan niet onafhankelijke) bestuurders in de raad van bestuur, vaak wel zijn aan te treffen.¹³² De ontstentenis van wetbepaling heeft evenwel tot gevolg dat die praktijk niet aan derden tegengeworpen kan worden.¹³³ Goedbedoelde pogingen tot corporate governance kunnen bijgevolg op rechtsonzekerheid uitmonden ...¹³⁴ Belgische publieke vennootschappen kunnen daardoor op de kapitaalmarkt een competitieve achterstand op buitenlandse concurrenten oplopen. Het is dan ook tijd dat de Vennootschappenwet aan de behoeften van de economische werkelijkheid wordt aangepast.

19. In vennootschappen met een zeer verspreid aandeelhouderschap kan de corporate governance wellicht aan een t.a.v. het management onafhankelijke raad van bestuur voldoende hebben. Toezichthoudende bestuurders, inzonderheid «onafhankelijken»,¹³⁵ moeten, in het belang van de

dat de toezichthoudende bestuurders bekwaam, ervaren en voldoende in aantal moeten zijn.

¹²⁹ Een aantal van die controletaken zijn volgens het Cadbury-report uit te oefenen in het kader van zgn. committees die geheel of gedeeltelijk bestaan uit toezichthoudende bestuurders. Zie de artikelen 3.3 («remuneration committee») en 4.3 («audit committee») van het Cadbury-report.

¹³⁰ Zoals gezegd wordt door het financiële recht wel in de mogelijkheid van een dualistische bestuursstructuur voorzien voor financiële instellingen en beleggingsondernemingen. Zie *supra*, noot 69.

¹³¹ Nog voor de «corporate governance»-beweging op gang kwam werd de onaangepastheid van de Vennootschappenwet t.a.v. de praktijk in het zgn. Groot Ontwerp op de korrel genomen (zie bv. *Gedr. St., Kamer*, 1979-80, nr. 387/1, 29). Daarin werd resoluut voor een dualistische bestuursstructuur geopteerd (artikelen 90 t.e.m. 113 van het Ontwerp, *ibid.*, 42 e.v. en 324 e.v.). Het Groot Ontwerp was evenwel het lot van het voorstel van vijfde richtlijn beschoren.

¹³² Zie, inzonderheid over de praktijk van het directiecomité, KEUTGEN, G., «L'organisation de la gestion des sociétés: l'exemple du comité de direction», *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1995, 7. Zie ook WYMEERSCH, E., «Holding companies in Belgium, l.c.», 8-9, nrs. 8-9.

¹³³ Zo heeft het directiecomité, in beginsel, niet de hoedanigheid van vennootschapsorgaan. Zie KEUTGEN, G., «L'organisation de la gestion des sociétés», l.c., 8, nr. 3 (de auteur meent drie uitzonderingen te ontwaren). Zie ook Cass. fr., 4 juli 1995, *J.C.P.*, 1995, Ed. E, nr. 750, met goedkeurende noot GUYON, Y., waar een besluit van een in de schoot van een raad van bestuur opgericht comité onregelmatig wordt geacht, omdat het niet het voorwerp van een formele beraadslaging van de raad van bestuur was geweest (het besluit was nl. enkel aan het proces-verbaal van de raad gehecht geworden). Rechtsonzekerheid kan ook rijzen omtrent «het statuut» van zgn. passieve bestuurders, aangezien het onderscheid niet in de vennootschappenwet voorkomt.

¹³⁴ Een ander voorbeeld van rechtsonzekerheid betreft de vraag naar de toepassing van artikel 60 Venn.W. (klassieke belangenconflictenregeling) op beslissingen van het directiecomité. Die vraag wordt allesbehalve eensgezind in de rechtsleer opgelost. Zie daarover FRANÇOIS, A., «De nieuwe regeling van belangenconflicten in de Raad van bestuur: een voorlopig eindpunt?», l.c., nr. 54.

¹³⁵ Bij de bespreking van het Cadbury-report (zie *supra*, nr. 7) werd erop gewezen dat zgn. non-executive directors niet noodzakelijk «independent directors» zijn. Een meerderheid van de toezicht-

aandeelhouders binnen de raad voor een tegenwicht t.a.v. het sterke management zorgen.¹³⁶

In vennootschappen waarvan de controle zich in de handen van een of meer referentieaandeelhouders bevindt, zoals overwegend in de Belgische beursgenoteerde vennootschappen het geval is,¹³⁷ bestaat een fundamenteel andere situatie. De onafhankelijkheid van de raad van bestuur t.a.v. het management is nog steeds wenselijk,¹³⁸ maar daarbij kan het niet blijven. In dergelijke vennootschappen kan het management, structureel, geen machtspositie t.a.v. de belangen van de meerderheidsaandeelhouder uitbouwen; er ontstaat wel een latente belangentegenstelling tussen meerderheids- en minderheidsaandeelhouders. De onafhankelijkheid van de raad van bestuur moet daarom in dit soort vennootschappen in het belang van de minderheidsaandeelhouders en – aangezien we het over publieke vennootschappen hebben – van het openbaar spaarwezen, een tegenwicht voor de referentieaandeelhouders vormen.¹³⁹

Een (weliswaar onvolmaakte) poging om tot dergelijke autonomie van de raad van bestuur binnen beursgenoteerde vennootschappen te komen, is in het nieuwe artikel 60bis Venn.W. aan te treffen. Daardoor worden belangenconflicten op het niveau van de raad van bestuur tussen de (beursgenoteerde) vennootschap en haar referentieaandeelhouder(s)¹⁴⁰ geregeld: beslissingen of verrichtingen van de raad van bestuur die tot toekenning aan de referentieaandeelhouder(s) van een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel kunnen leiden, moeten het voorwerp van een informatieve procedure zijn. Kenmerkend is dat, prima facie volgens Angelsaksisch voorbeeld (inz. het Cadbury-report) een beroep op drie onafhankelijke bestuurders is te doen.¹⁴¹ De onafhankelijkheid van die bestuurders is echter, blijkens de tekst van de wet, te beoordelen noch t.a.v. het management (Angelsaksische systeem),¹⁴² noch t.a.v. de referentieaandeelhouder, maar «in het licht van de overwogen beslissing of verrichting». Aan de door artikel 60bis Venn.W. gevisieerde «onafhankelijke bestuurder» komt aldus een sui generis-karakter toe: hij wordt ad hoc door de raad van be-

houdende bestuurders moet volgens artikel 2.2 van het Cadbury-report onafhankelijk zijn. De achtste CEPS-richtlijn daarentegen lijkt te vereisen dat alle toezichthoudende bestuurders «suitably independent» zijn. Het gewijzigde voorstel van vijfde richtlijn ten slotte stelt geen eisen van onafhankelijkheid.

¹³⁶ Inzonderheid moeten zij ervoor zorgen dat het management de aandeelhoudersbelangen behartigt. Of, zoals PRENTICE, D., l.c., 31, het uitdrukt: «This non-executive directors will operate in lieu of shareholders voice».

¹³⁷ Zie *supra*, nr. 9.

¹³⁸ De opinie van niet bij het dagelijks bestuur van de vennootschap betrokken bestuurders verrijkt immers de beraadslagingen.

¹³⁹ De referentieaandeelhouders zijn in het Belgische systeem doorgaans holdingmaatschappijen. Zie *supra*, nr. 9.

¹⁴⁰ De wet verwijst naar «een aandeelhouder die een beslissende invloed of een invloed van betekenis uitoefent op de aanwijzing van de bestuurders van de (ze) vennootschap» (art. 60bis, § 1, eerste lid, Venn.W.).

¹⁴¹ Zij worden door een onafhankelijke deskundige bijgestaan. Art. 60bis, § 1, tweede lid, Venn.W.

¹⁴² Zie nochtans hoofdstuk 3.2 (g) van het Britse «Stock Exchange Yellow Book» (geciteerd in DE KEULENEER, E., l.c., 532) dat onafhankelijkheid ook definieert in verhouding tot de controlerende aandeelhouder(s).

stuur aangewezen en krijgt geen andere taak dan de opstelling van het verslag bedoeld in artikel 60bis Venn.W.¹⁴³

Die wettelijke definitie van de onafhankelijke bestuurder is terecht door de commentatoren van de nieuwe wet onder vuur genomen. De ad hoc aanwijzing van onafhankelijke bestuurders dreigt namelijk tot getouwtrek en tot eventueel blokkerende onenigheid binnen de raad van bestuur te leiden.¹⁴⁴ Er is geen sprake van de benoeming van een stabiele groep van onafhankelijke (toezichhoudende) bestuurders.¹⁴⁵ De autonomie van de raad van bestuur in dit type van beursgenoteerde vennootschap wordt dus niet door artikel 60bis Venn.W. gewaarborgd en zou integendeel een bron van conflicten binnen de raad van bestuur kunnen worden.¹⁴⁶

20. De hervorming van de bepalingen m.b.t. de raad van bestuur van de publieke, minstens de beursgenoteerde vennootschappen wordt ongetwijfeld een van de belangrijkste uitdagingen waarmee de vennootschapswetgever via corporate governance zal worden geconfronteerd.¹⁴⁷ Er zal moeten worden gezorgd voor een bestuursstructuur die voldoende waarborgen van onafhankelijkheid zowel t.a.v. het management, als (en vooral) t.a.v. de referentieaandeelhouder(s) biedt. Of daartoe noodzakelijk tot een dualistische bestuursstructuur is over te stappen, zoals wordt bepleit,¹⁴⁸ valt te betwijfelen. De loutere splitsing tussen een eigenlijk bestuurs-

orgaan en een raad van toezicht biedt op zichzelf geen garantie voor onafhankelijkheid van laatstgenoemd orgaan t.a.v. de referentieaandeelhouder.¹⁴⁹ Die garantie is nodig, maar kan evengoed in een unitaire raad van bestuur worden ingebouwd.¹⁵⁰ Op voorwaarde dat rekening wordt gehouden met de (nog nader te onderzoeken) eigen kenmerken van het Belgische systeem, kunnen de CEPS-richtlijnen, het (gewijzigde) voorstel van vijfde richtlijn en het Cadbury-report voor die hervorming model staan.

V. BESLUIT

21. Het bij uitstek grensoverschrijdende karakter van het «corporate governance»-debat maakt Europese beïnvloeding ervan onvermijdelijk. Te verwachten is dat dit meer het geval zal zijn wanneer de Europese wetgever de CEPS-aanbevelingen zou volgen en zijn (té) ambitieuze plannen tot uniformisering van de diverse «corporate governance»-systemen zou verzachten tot beperktere doelstellingen die aan de lidstaten en de ondernemingen toestaan zelf naar een overtuigend belangenevenwicht op zoek te gaan. Op het vlak van de rechten en verplichtingen van de aandeelhouders in de Belgische beursgenoteerde (want tot dit soort vennootschappen is het «corporate governance»-debat in eerste instantie te beperken) vennootschappen, is vast te stellen dat de Europeesrechtelijke beïnvloeding vooral vanuit financieelrechtelijke, eerder dan uit vennootschapsrechtelijke hoek is te verwachten. De Europees-vennootschapsrechtelijke governance-bekommernissen zijn immers reeds grotendeels in de Belgische Vennootschappenwet vertaald. Op het vlak van de structuur van het bestuur van de beursgenoteerde vennootschap is daarentegen op te merken dat de Vennootschappenwet aan (verdere) hervorming toe is. Enerzijds hinkt de wet op de vennootschapspraktijk achterna, die aan de raad van bestuur nog slechts taken van controle, eerder dan het werkelijke bestuur toekent. Anderzijds dient die controle doeltreffender te worden d.m.v. waarborgen inzake autonomie van de raad, zowel t.a.v. het management als t.a.v. de referentieaandeelhouder(s). De Europese teksten, inzonderheid de CEPS-richtlijnen en het (gewijzigde) voorstel van vijfde richtlijn kunnen daarbij als inspiratiebron dienen.

Ludo CORNELIS
Deeltijds hoogleraar
Alain FRANÇOIS
Aspirant N.F.W.O.

Centrum voor Economisch Recht V.U.B.

¹⁴³ Zie FRANÇOIS, A., «De nieuwe regeling van belangenconflicten in de Raad van bestuur», *I.c.*, nr. 95.

¹⁴⁴ Zie SIMONT, L., «Conflits d'intérêts: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis», *I.c.*, 28; DIEUX, X., «Observations sur le régime des conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration de la société anonyme (à la lumière des nouveaux art. 60 et 60bis des lois coord.)», in *La nouvelle réforme du droit des sociétés*, Brussel, Séminaire Vanham, 17 mei 1995, 20, nr. 12; FRANÇOIS, A., «De nieuwe regeling van belangenconflicten in de raad van bestuur», *I.c.*, nr. 96.

¹⁴⁵ Waarbij de onafhankelijkheid wordt beoordeeld t.a.v. de verhouding tot de referentieaandeelhouders.

¹⁴⁶ In afwachting van een nieuwe wetgevende tussenkomst, doen de beursgenoteerde vennootschappen er wellicht goed aan om, vrijwillig, in een stabiele groep van bestuurders die onafhankelijk van de referentieaandeelhouders zijn, te voorzien. Getouwtrek, onenigheid en blokkering bij de ad hoc benoeming van onafhankelijke bestuurders kan daardoor grotendeels worden vermeden. Zie ook FRANÇOIS, A., «De nieuwe regeling van belangenconflicten in de raad van bestuur», *I.c.*, nr. 96.

¹⁴⁷ Een andere fundamentele uitdaging, waarover hier niet kan worden uitgeweid, is de vraag in welke mate bij de organisatie van dergelijke autonomie, afwijkingen aan vennootschappen kunnen worden toegestaan, die van een vennootschapsgroep deel uitmaken. Ook t.a.v. dat probleem schiet de regeling van artikel 60bis Venn.W., die in strijd met de realiteit van het groepsgebeuren, weinig ruimte laat voor het in aanmerking nemen van het groepsbelang, tekort. Zie FRANÇOIS, A., «De nieuwe regeling van belangenconflicten in de raad van bestuur», *I.c.*, nr. 99. Het Cadbury-report en de CEPS-richtlijnen spreken zich hierover niet uit. Artikel 63b, 1, a, van het gewijzigd voorstel van vijfde richtlijn daarentegen voorziet in een mogelijke afwijking t.v.v. groepsvennootschappen op de regel (artt. 10a en 21q) dat de bestuurders «hun functie dienen te vervullen in het belang van de vennootschap, daarbij rekening houdend met de belangen van de aandeelhouders en het personeel».

¹⁴⁸ Zie bv. SIMONT, L., «Conflits d'intérêts», *I.c.*, 34; DIEUX, X., «Observations sur le régime des conflits d'intérêts», *I.c.*, 21, nr. 12. Zie ook KEUTGEN, G., tussenkomst C.D.V.A., *Le projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales*, R.P.S., 1994 (bijzonder nummer), 165-166, nr. 8.

¹⁴⁹ Zie ook HOPT, K.J., «Labor Representation on Corporate Boards», *I.c.*, 209, die klaagt over een «control deficit» in de Duitse en de Nederlandse raden van toezicht.

¹⁵⁰ Dat wordt trouwens onderkend door de CEPS-richtlijnen en het gewijzigd voorstel van vijfde richtlijn, die de keuze laten tussen monisme of dualisme.