

XXXVIIe RECHTSCONGRES VAN DE VLAAMSE JURISTENVERENIGING TE BRUSSEL OP 27 APRIL 1996

DE DOORWERKING VAN HET EUROPEES GEMEENSCHAPSRECHT

Inleiding door prof. dr. Marc MARESCEAU

1. Ik voel me bijzonder vereerd hier vandaag op het Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging de inleiding te mogen verzorgen over het thema «De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht». Ik sta hierbij wel voor een bijna onmogelijke opdracht. Van mij wordt verwacht dat ik de voornaamste principes en technieken van de doorwerking zou synthetiseren, maar dit thema doorkruist quasi de volledige rechtspraak van het Hof van Justitie en communautaire rechtspraak. Problemen van doorwerking van gemeenschapsrecht zijn inderdaad zo oud als het gemeenschapsrecht zelf. Wat hier volgt is dan ook niet veel meer dan een zeer algemene en zeer fragmentaire schets van enkele belangrijke etappes in de evolutie van deze doorwerking. Bovendien heb ik bewust ervan afgezien, gezien de structuur van dit Congres, om een materieelrechtelijke analyse te geven. Dit geschiedt reeds op voldoende wijze in de diverse secties.

2. Ik durf aannemen dat met de uitdrukking «doorwerking» wordt bedoeld het fenomeen waarbij krachten of beginselen – ik citeer het *Woordenboek Van Dale* – «(hun) werking geleidelijk verder uitstrekken, verder doen gevoelen». het feit dat we straks in niet minder dan acht sectievergaderingen onze werkzaamheden zullen verderzetten is ongetwijfeld het beste bewijs dat de problematiek van de doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht zich op heel veel en zeer uiteenlopende rechtsgebieden doet gevoelen. Op de lijst van de thema's van de diverse sectievergaderingen ontbreken overigens nog een aantal belangrijke domeinen, zoals bijvoorbeeld grondwettelijk recht. Maar een onderzoek over de doorwerking van het gemeenschapsrecht over alle rechtstakken zou ongetwijfeld tot gevolg hebben gehad dat het banket vanavond niet om 19.30 uur maar wel om middernacht of nog later zou hebben dienen plaats te vinden.

3. Het gebruik van de term «doorwerking» in de relatie tussen het Europees gemeenschapsrecht en het nationale recht wijst op het feit dat de organisatoren het vandaag wellicht maar ten dele over *directe werking* willen hebben. Maar we kunnen deze rechtsfiguur natuurlijk ook niet uit de weg gaan. Het kan voorts worden verwacht dat in de verschillende secties veel aandacht zal gaan naar het *voorrangsbeginsel* en hoe dit in de specifieke rechtstakken wordt verwezenlijkt. Bovendien slaat de uitdrukking «doorwerking» ook op het *aansprakelijkheidsbeginsel* van de Lid-Staat voor aan particulieren veroorzaakte schade als gevolg van aan die Lid-Staat toe te rekenen schending van gemeenschapsrecht. Dit laat-

ste aspect van doorwerking is in de recente rechtspraak van het Hof van Justitie steeds vaker en met meer nadruk aan de orde geweest. Ik kom hierop straks nog terug aan de hand van het maken van een aantal bedenkingen bij de arresten *Francovich* (Zaken C-6/90 en C-9/90, *Jurispr.*, 1991, I5357), *Faccini Dori* (Zaak C-91/92, *Jurispr.*, 1994, I3325) en in het bijzonder het arrest *Brasserie du Pêcheur* en *Factortame* van 5 maart 1996 (Zaken C-46/93 en C-48/93, nog niet gepubliceerd).

A. Directe werking: het einde van een tijdperk?

4. Het hoeft geen verwondering te wekken dat reeds snel na de ratificatie van het EEG-Verdrag de vraag zich zou voordoen wat met dit Verdrag vóór de nationale instanties, in het bijzonder de nationale rechter, kon worden gedaan. Aanvankelijk uitgedrukt in termen van «het verlenen van subjectieve rechten die de nationale rechter moet handhaven», zou het concept directe werking geleidelijk worden verruimd en ook worden gebezigd in procedures voor de nationale rechter los van het creëren van subjectieve rechten. De figuur van de directe werking werd dan ook omschreven als de mogelijkheid voor particulieren om aan de communautaire norm een rechtspositie te ontlelen waarop zij voor de nationale rechter zich kunnen beroepen ter handhaving van hun belangen. Bij de figuur van de directe werking zouden echter ook snel conceptuele moeilijkheden rijzen, en een van de eerste auteurs die ons hierop attent heeft gemaakt was Mertens de Wilmars, die in zijn in 1969 verschenen magistrale studie over de directe werking wees op de «flexibiliteit» van dit begrip («De directe werking van het Europese recht», *S.E.W.*, 1969, 62-81). Hierop verder bouwend kon men stellen dat het van een te grote simplificatie getuigde de figuur van de directe werking enkel in termen van ja of nee, van zwart of wit voor te stellen. Met andere woorden, de doorwerking van het gemeenschapsrecht, via de figuur van de directe werking, heeft niet noodzakelijk een monolithische structuur. Het is tegen die achtergrond dat volgens mij best het begrip «gradaties van directe werking» kon worden geïntroduceerd. Wanneer ik echter de recente rechtspraak van het Hof van Justitie bekijk, moet worden vastgesteld dat het Hof van Justitie een andere weg lijkt te zijn ingeslagen. Ik kom daar later nog op terug.

5. Sinds het beroemde arrest *Van Gend en Loos* van 5 februari 1963 is de directe werking geleidelijk uitgegroeid tot

een van de voornaamste beginselen – zoniet het voornaamste beginsel – van het Europees gemeenschapsrecht. Vertrekpunt van het hof van Justitie was dat enerzijds *het EEG-Verdrag, als zodanig*, zich tot directe werking leende, en anderzijds dat specifieke bepalingen van het Verdrag aan de voorwaarden van directe werking konden voldoen. Hoe belangrijk de principiële en globale benadering van het Verdrag als zodanig zou blijken te zijn om de directe werking – of beter uitgedrukt «de ingesteldheid» tegenover de directe werking – na te gaan, zou pas later echt duidelijk worden nadat het Hof iedere directe werking van de GATT-bepalingen in de interne rechtsorde van de Lid-Staten had verworpen omdat, volgens het Hof, de geest, structuur en bewoordingen van de GATT, als zodanig, zich tegen directe werking verzetten (Zaken 21-24/72, *Jurispr.*, 1972, 1219). De globale benadering van de GATT belette als het ware dat specifieke GATT voorschriften, die misschien op zichzelf genomen wel aan de eisen van directe werking voldeden, directe werking zouden hebben.

6. De positieve ingesteldheid voor directe werking van het EEG-Verdrag, als zodanig, betekende nog niet noodzakelijk dat alle voorschriften van dit verdrag directe werking dienden te hebben, maar het verklaart wel dat de directe werking van de EG-Verdragsbepalingen zelf geleidelijk tot een principe van het communautaire recht zou worden verheven. Hierdoor kregen de «voorwaarden» of «criteria» voor het onderzoek naar directe werking, die oorspronkelijk bijna een Cartesiaanse opbouw kenden, een steeds kleinere betekenis. Dezelfde redenering zou trouwens ook geleidelijk worden toegepast op communautaire rechtshandelingen die op het EG-Verdrag worden gebaseerd, zoals verordeningen en richtlijnen. Bovendien assimileerde het Hof van Justitie akkoorden die de EG met derde Staten sluit eveneens met «communautaire rechtshandelingen», zodat ook voorschriften van deze akkoorden via de communautaire directe werking-technieken konden worden benaderd. Zelfs de algemene rechtsbeginselen van het EG-Verdrag bleken in bepaalde gevallen te kunnen doorwerken in de nationale rechtsorde.

7. Wanneer na zoveel jaren rechtspraak nu de balans wordt opgemaakt, komt ongetwijfeld de tendens naar een veralgemeende directe werking, of anders gezegd, veralgemeende inroepbaarheid van het gemeenschapsrecht naar voren. Directe werking is een normale eigenschap van het EG-recht geworden. Om die reden werd in een deel van de doctrine zelfs de problematiek van de directe werking als overgangsverschuif, of sterker nog als een noodzakelijke kinderziekte omschreven. In die zienswijze is directe werking, noch min noch meer, een ontwikkelingsfase die belangrijk was voor het opbouwen van afweersystemen. Maar eenmaal deze ontwikkeling of kinderziekte voorbij, wordt zij de meest natuurlijke en meest doorgedreven vorm van doorwerking van het gemeenschapsrecht. Het logisch doortrekken van deze zienswijze heeft echter tot gevolg dat er uiteindelijk geen nood meer is aan de «directe werking» als aparte rechtsfiguur: zo wordt de directe werking als het ware het slachtoffer van haar eigen succes. Door haar constante groei heeft ze zich als specifiek concept zelf overbodig gemaakt. Vragen van directe werking en doorwerking zijn in die optiek gereduceerd tot vragen van materiële relevantie of materiële inroepbaarheid van de norm. Van Den Hende, die voor zijn stelling inspiratie zoekt en vindt in de geschriften van Pesca-

tore, zegt onomwonden in zijn uitstekend *TPR* overzicht van rechtspraak Europees Gemeenschapsrecht dat «teneinde een goed inzicht te verschaffen in de structuur en de werking van de communautaire rechtsorde... het zelfs beter (is) het concept directe werking niet langer te gebruiken», want, aldus nog steeds deze auteur, «het is een fundamenteel verkeerd concept» en het leidt immers tot conceptuele misverstanden over de wijze waarop het gemeenschapsrecht kan worden ingeroepen» (*TPR.*, 1995, 214-220).

8. Op het eerste gezicht valt er veel te zeggen voor deze integratie-georiënteerde redenering, maar ze gaat voorbij aan ten minste één belangrijk element: de benadering waarbij de figuur van de directe werking als «un faux problème» zou moeten worden gecamoufleerd, kon slechts wortel schieten nadat in de rechtspraak van het Hof van Justitie de mogelijkheden en contouren van de directe werking grotendeels kwamen vast te liggen. Gezien in de historische context van het ontstaan en de evolutie van de directe werking, blijkt dat het precies deze rechtsfiguur is die als jurisprudentieel concept aan de communautaire rechtsorde haar «*élan vital*» heeft gegeven. Het is correct te stellen dat, eenmaal de krijtlijnen van de directe werking duidelijk zijn getrokken, in veel gevallen vragen over «doorwerking» in wezen betrekking hebben op vragen over de materiële reikwijdte van de Europees communautaire norm. Het is trouwens in het verleden reeds vaak het geval geweest dat belangrijke rechtspraak van het Hof enkel in termen van een zuiver materieelrechtelijk interpretatieprobleem wordt uitgedrukt, terwijl het in wezen ging over wat klassiek de directe-werking-problematiek kan worden genoemd (denk bijvoorbeeld aan de omvangrijke rechtspraak over de toegang van studenten die de nationaliteit bezitten van een Lid-Staat en die onderwijs willen volgen in een andere Lid-Staat dan hun eigen Lid-Staat).

9. Maar precies het feit dat het Hof van Justitie heeft aangevaard dat er uitzonderingen zijn op de principiële directe werking en dat er ook grenzen aan de directe werking dienen te worden gesteld – uiteindelijk moet deze rechtsfiguur zich nog steeds binnen een nationaal rechtskader en nationale procedureregels realiseren – geeft aan de vraag van de doorwerking van het Europees communautaire recht nog altijd een andere dimensie dan deze welke we kennen bij de interpretatie en toepassing van de nationale rechtsregel in een nationaalrechtelijk kader. Als we hier vandaag samen zijn om ons te bezinnen over de doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht dan is het niet alleen omwille van de materiële inhoud van dit recht met zijn eigen rechtsbronnen, instellingen, structuren en wetgevingsmechanismen op een andere wijze tot stand komt dan onze nationale rechtsregelen. Het is dit niet weg te cijferen gegeven dat tot gevolg heeft dat zolang de Europeescommunautaire rechtsorde bestaat vragen van directe werking en van doorstroming een belangrijke plaats in het rechtsgebeuren van de Lid-Staten zullen blijven bekleden. Ik heb er reeds op gewezen dat er een beperkt aantal materieel-rechtelijke verdragsprincipes, volgens het Hof van Justitie, geen directe werking hebben. Maar veel problematischer is het gesteld met de rechtspraak van het Hof van Justitie over de niet-horizontale directe werking van richtlijnen. Hoewel wellicht die rechtspraak door de meesten onder U is gekend, kan ik toch niet nalaten om hierop nog even terug te komen, temeer daar ze ongetwijfeld ook bij de evaluatie van de doorwerking in de meeste sectievergaderingen vandaag nog aan bod zal komen. Bovendien be-

treft het rechtspraak die, naar mijn oordeel, terecht onder scherpe kritiek is komen te staan, onder meer zowel in de conclusies van de advocaten-generaal Van Gerven (conclusies in zaak *Marshall II*, C-271/91, *Jurispr.*, 1993, I-4367) en Jacobs (conclusies in zaak *Vaneetveld*, C316/93, *Jurispr.*, 1994, I-765), als in een belangrijk deel van de doctrine. Het is genoegzaam bekend dat het Hof in het arrest *Marshall* onomwonden de horizontale directe werking van richtlijnen had uitgesloten, zich beroepend op het feit «dat het dwingend karakter van een richtlijn – waarop de mogelijkheid om er voor de nationale rechter beroep op te doen, is gebaseerd – slechts bestaat ten aanzien van elke Lid-Staat waarvoor zij is bestemd». Hieruit volgde, nog steeds volgens het Hof, «dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kon opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kon worden ingeroepen» (Zaak 152/84, *Jurispr.*, 1986, 723). In het arrest *Marleasing* worden de scherpe kanten van deze zienswijze afgezwakt door aan de nationale rechter de opdracht te geven, via de hem ter beschikking staande interpretatiemethodes, om toch het nationale recht zoveel mogelijk conform de richtlijn uit te leggen. Het Hof leidt dit af uit de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting voor de Lid-Staten om het in de richtlijn beoogde doel te verwezenlijken, alsook uit de verplichting geformuleerd in art. 5 EG-Verdrag, waarbij de Lid-Staten verplicht zijn om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren. Deze verplichting geldt «voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de Lid-Staten, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties» (Zaak C-106/89, *Jurispr.*, 1990, I4135).

10. Wat betekent nu eigenlijk voor de nationale rechter de uitdrukking dat in een geschil tussen particulieren het nationale recht «zoveel mogelijk» moet worden uitgelegd in het licht van de bewoordingen en doel van de richtlijn? Ik zelf zie slechts twee mogelijkheden: ofwel kan hij met wat het nationale recht bepaalt het geschil oplossen en dan heeft hij de richtlijn niet nodig; ofwel heeft hij de richtlijn nodig om het geschil in een bepaalde zin te beslechten. Welnu, in de mate waarin de nationale rechter de richtlijn hanteert om een voor hem hangend geschil op te lossen, m.a.w. in de mate waarin de richtlijn de oplossing van het geschil ook tussen particulieren bepaalt of medebepaalt, is er een graad van horizontale directe werking of, indien het bijvoeglijk naamwoord «direct» te vermetel klinkt «horizontale werking». De zienswijze van het Hof om eerst de directe werking van richtlijnen in geschillen tussen particulieren te ontkennen maar nadien wel de zg. richtlijnconforme interpretatie naar voren te schuiven, leidt tot halfslachtige en weinig coherente toestanden. Volgens mij zou het moeten het één of het ander zijn: men had desnoods omwille van de rechtszekerheid, de definitie van de richtlijn in artikel 189 EG-Verdrag, het onderscheid tussen verordening en richtlijn, en, zelfs omwille van de institutionele evenwichten, nog kunnen verdedigen dat iedere horizontale werking van richtlijnen zou moeten zijn uitgesloten. Maar dat zou een consequente en rigoureuze benadering hebben verondersteld: d.w.z. de totale verwerping van iedere inroepbaarheid van de richtlijn in geschillen tussen particulieren. Richtlijnen zouden in die visie immers volstrekt irrelevant moeten zijn om geschillen tussen particulieren op te lossen. Nu blaast het Hof van Justitie warm en

koud op hetzelfde moment. Het vergt dan ook in ieder geval meer dan een intellectuele krachttroef om, via het procédé van de richtlijnconforme interpretatie in de zaak *Marleasing*, de door het Hof voorgestane conclusie te volgen. Volgens het Hof heeft immers het vereiste om in casu de Spaanse wet uit te leggen overeenkomstig de richtlijn, tot gevolg dat de van oudsher in het Spaanse recht voorziene regeling voor nietigheid van naamloze vennootschappen niet langer door een der partijen kon worden ingeroepen, omdat de betrokken grond voor nietigheid niet in de limitatief opgesomde nietigheidsgronden in de richtlijn was voorzien. Het concrete resultaat van deze redenering was wel dat het *geschil tussen particulieren* exclusief door de richtlijn werd beslecht.

11. Wat hier zoëven werd vermeld, is derhalve niet enkel een kwestie van semantiek. De weigering van het Hof om de horizontale directe werking te erkennen, kan tot onbillijke situaties leiden, die dan tot op zekere hoogte worden gecompenseerd door een brede interpretatie van het begrip overheid. Men kan zich niet van de indruk ontdoen dat de omvang van de verticale directe werking van een richtlijn artificieel wordt uitgerokken om het gebrek aan horizontale directe werking van richtlijnen te compenseren.

12. We weten reeds uit het arrest *Costanzo* dat alle overheidsinstanties gehouden zijn de bepalingen van een richtlijn toe te passen. Dit geldt ook voor wat het Hof de «gedecentraliseerde instanties» noemt, zelfs met inbegrip van de «locale overheden», zoals gemeenten. Maar ook *overheidsbedrijven* kunnen onder het begrip «overheid» vallen, zodat de directe werking zich wel kan voordoen tegenover deze entiteiten. Dit kwam tot uiting in het arrest *Foster* (Zaak C-188/89, *Jurispr.*, 1990, I-3313) waarin de vraag rees of British Gas Corporation, een Brits overheidsbedrijf, gebonden kon zijn door een richtlijn. Hierin overwoog het Hof dat *verticale* directe werking mogelijk was in een geschil met British Gas Corporation. Het betrof hier immers een lichaam dat – ongeacht zijn juridische vorm – belast was met de uitvoering van een dienst van openbaar belang en dit onder toezicht van de overheid. Het is echter niet meteen duidelijk of deze rechtspraak ook impliceert dat iedere instantie die onder toezicht van de overheid een specifiek algemeen belang behartigt, steeds de verantwoordelijkheid op zich moet nemen om *alle* richtlijnen die rechtstreeks of onrechtstreeks relevant voor haar kunnen zijn, zelf uit te voeren, ook wanneer de geëigende nationale wetgevende of uitvoerende beleidsinstanties ingebreke zijn gebleven.

13. Naast de zojuist geschetste brede definitie van het begrip «overheid» met als corollarium de grotere mogelijkheid voor verticale directe werking, worden nog op een andere wijze de ongemakken van het ontbreken van horizontale directe werking opgevangen, nl. het openen van een schadevergoedingsvordering tegen de Staat die de richtlijn niet of verkeerd heeft uitgevoerd. Ik kom op dit moderne aspect van doorwerking terug in het laatste deel van mijn uiteenzetting.

14. Een laatste punt dat ik echter bij het concept directe werking niet onvermeld kan laten maar dat wellicht uitvoerig aan bod zal komen in de sectie over procesrecht, betreft de receptie van de directe werking in het nationale proceskader en nationale processtructuren. Het Hof van Justitie heeft herhaaldelijk gewezen op de grenzen van directe werking – of laten we het grenzen van doorstroming noemen – omdat directe werking, in de woorden van het Hof, op eigen gezag geen zelfstandig vorderingsrecht kon creëren los van de be-

staande processtructuren. Directe werking op zichzelf volstaat niet om nieuwe rechtsgangen in het nationale procesrecht te scheppen maar het kan wel een extra- of zelfs een nieuwe dimensie geven aan bestaande rechtsgangen. Toch brengt een dergelijke redenering ons ook snel in een grijze schemerzone, zoals uit de rechtspraak over aansprakelijkheid van Lid-Staten zal blijken. Ik wil echter eerst de tweede klassieke pijler van de doorwerking aansnijden en een woord zeggen over de voorrang van het Europees gemeenschapsrecht.

B. Voorrang

15. De rechtspraak van het Hof van Justitie over het principe van de voorrang van het Europees gemeenschapsrecht op strijdige nationale wetten is voldoende bekend. Reeds het oude arrest *Costa-Enel* (Zaak 6/64, *Jurispr.*, 1964, 1198) had het Hof het voorrangsbeginsel van het EG-recht afgeleid vanuit de eigen aard van het gemeenschapsrecht zelf. De redenering was, kort samengevat, de volgende: gemeenschapsrecht kon niet door voorschriften van nationaal recht worden opzij gezet zonder dat zijn communautair karakter werd aangetast. Lid-Staten hadden door het EG-Verdrag te sluiten hun bevoegdheid in een aantal beperkte maar belangrijke gebieden afgestaan. Deze rechtspraak werd later in tal van arresten verder gepreciseerd en verfijnd.

16. In de meeste Lid-Staten is het voorrangsbeginsel zonder al te veel moeilijkheden in de nationale rechtspraktijk overgenomen, maar er blijven nog wel specifieke moeilijkheden bestaan. Dit is met name het geval in deze Lid-Staten die een grondwettigheidscontrole van de wet kennen. In bepaalde van deze Lid-Staten zijn er vragen gerezen over de verhouding tussen het EG-recht en de door de grondwet gewaarborgde vrijheden. Ook de rechtspraak van het Belgische Arbitragehof betreffende de toetsing van verdragen aan de Grondwet heeft in dit verband reeds commentaren uitgelokt.

17. Ik kan daar nu niet verder op ingaan en er is hier ook geen mogelijkheid om een comparatieve analyse te verrichten over de concrete verwezenlijking van het voorrangsbeginsel in de diverse Lid-Staten. Wel wil ik erop wijzen dat de controle op de uitvoering van de communautaire verplichtingen door de Lid-Staten – en derhalve ook de doorwerking van het gemeenschapsrecht – zowel door de rechtspraak van het Hof van Justitie, als door het Verdrag van Maastricht werd verstrekt.

18. Lid-Staten die hun communautaire verplichtingen niet nakomen, kunnen ex art. 169 (of 170) EG-Verdrag voor het Hof worden gedaagd en door dit laatste worden veroordeeld. Arresten van het Hof werden echter niet altijd met de nodige spoed door veroordeelde Lid-Staten uitgevoerd. In zijn arrest *Waterkeyn* heeft het Hof in een aanzienlijke mate de doorwerking van zijn rechtspraak in de nationale rechtsorde verstevigd. In dit arrest – dat naar mijn gevoelen te weinig bekend is – stelde het Hof uitdrukkelijk dat nationale rechterlijke instanties geen arresten ex art. 169 waar inbreuken op direct werkende communautaire rechtsregels in het geding zijn, mogen negeren: ze moeten rekening houden met wat door het Hof als recht is omschreven. Dit punt is niet irrelevant in de context van de uitspraak van het Hof van Justitie van 25 april 1996 in de Waalse bussenzaak.

19. Daarnaast heeft ook het Verdrag van Maastricht de controle op de naleving verscherpt door in artikel 171, lid 2, EG-Verdrag de mogelijkheid van een pecuniaire sanctie in te voeren voor Lid-Staten die de arresten van het Hof van Justitie waarin een inbreuk ex art. 169 of 170 is vastgesteld, niet zouden respecteren. Het is bekend dat in het verleden België geregeld door het Hof van Justitie werd veroordeeld, en dat vaak de staatshervorming en de autonomie van de gewesten voor het Hof werden ingeroepen als verklaring voor deze gang van zaken. Bovendien bleken een aantal van deze arresten niet te zijn uitgevoerd en gaven ze aanleiding tot een tweede procedure ex artikel 169 met een nieuwe veroordeling. Het nieuwe artikel 171, lid 2, EG-Verdrag dat het Verdrag van Maastricht in het leven heeft geroepen, heeft een belangrijke doorwerking gekend in het Sint-Michiels-akkoord. Er werd immers uitdrukkelijk bepaald dat wanneer de Staat veroordeeld werd door een internationaal of supranationaal rechtscollège ten gevolge van het niet nakomen van een internationale of supranationale verplichting door een gemeenschap of gewest – hier wordt vooral bedoeld een veroordeling ex art. 169 door het Hof van Justitie – de Staat in de plaats kan treden van de betrokken gemeenschap of het betrokken gewest. Dit kan zelfs leiden tot het verrichten van de nodige wetgevende of uitvoerende activiteiten door de Staat in de plaats van de deelgebieden die nalatig zijn gebleven. De Staat kan bovendien de kosten van het niet nakomen door de deelgebieden van een Europees communautair verplichting verhalen op het betrokken gewest of de betrokken gemeenschap.

C. Aansprakelijkheid van de overheid

20. Het is wellicht nuttig in het laatste deel van mijn uiteenzetting even te blijven stilstaan bij de doorwerking van het gemeenschapsrecht op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt immers dat de Lid-Staat aansprakelijk moet worden geacht voor aan particulieren veroorzaakte schade als gevolg van aan die Lid-Staat toe te rekenen schendingen van gemeenschapsrecht. Het vertrekpunt is het inmiddels reeds uitvoerig becommentarieerd arrest *Francovich* (Zaak C6/90, *Jurispr.*, 1991, I-5367). In deze zaak bevestigde het Hof van Justitie dat «aan de volle werking van de gemeenschapsbepalingen zou worden afgedaan en de bescherming van de daarin toegekende rechten zou worden afgezwakt, indien particulieren niet de mogelijkheid zouden hebben om schadevergoeding te verkrijgen wanneer hun rechten worden aangetast als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht die aan een Lid-Staat kon worden toegerekend». Het Hof stelt dat deze aansprakelijkheid van de Staat «inherent is aan het systeem van het Verdrag». De verplichting om schade te vergoeden vindt haar grondslag in art. 5 EEG-Verdrag dat de Lid-Staten verplicht alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van de krachtens het gemeenschapsrecht op hen rustende verplichtingen te verzekeren. De voorwaarden waaronder het recht op schadevergoeding ontstaat, zijn afhankelijk van de aard van de aan de schade ten grondslag liggende schending van het gemeenschapsrecht.

21. Ik wil allereerst wijzen op een in het arrest *Francovich* op het eerste gezicht paradoxale situatie. In dit arrest weigert het Hof enerzijds de directe werking van de richtlijn te er-

kennen, maar suggereert anderzijds dat de richtlijn eventueel wel kan worden ingeroepen voor een schadevergoedingsactie voor de nationale rechter. Niet direct werkende richtlijnen kunnen dan toch voor de nationale rechter relevant zijn en particulieren kunnen er zich op beroepen in schadevergoedingsacties. Ik heb reeds vermeld dat dit niet noodzakelijk de coherentie in de rechtspraak vergroot.

22. In het arrest *Francovich* preciseert het Hof onder welke voorwaarden particulieren een vergoeding kunnen krijgen wegens het niet omzetten van een richtlijn in het nationale recht. Het principe van een dergelijke vergoeding is communautair-rechtelijk bepaald en is aan drie voorwaarden onderworpen: allereerst moet de richtlijn de toekenning van rechten aan particulieren inhouden, in de tweede plaats moet de inhoud van die rechten kunnen worden vastgesteld op basis van de richtlijn zelf, en ten slotte moet er een causaal verband bestaan tussen de schending en de schade. Aldus heeft het Hof de mogelijkheid voor schadevergoeding gesuggereerd bij, zoals gezegd, schade die aan particulieren wordt berokkend wegens het niet uitvoeren van niet direct werkende richtlijnen (*Francovich*), maar ook wanneer een richtlijn conforme interpretatie van het nationale recht niet mogelijk was gebleken (Zaak *Wagner Miret*, C-334/92, *Jurispr.*, 1993, I-6911) en ten slotte ook wanneer de richtlijn weliswaar directe werking heeft maar tegen een particuliere zou moeten worden ingeroepen, wat om de reeds eerder vermelde redenen, wegens gebrek aan horizontale werking, volgens het Hof, uitgesloten is (*Faccini Dori*).

23. Het is niet ongepast hier een sprong te maken naar het arrest *Brasserie du Pêcheur en Factortame* van 5 maart 1996 (Zaken C-46/93 en C-48/93, nog niet gepubliceerd). Omdat deze zeer recente uitspraak van het Hof wel eens relevant zou kunnen zijn voor de werkzaamheden van de verschillende secties, wil ik wat dieper ingaan op de achtergrond van deze geschillen. De Franse brouwerij Brasserie du Pêcheur had, na veroordeling van Duitsland door het Hof van Justitie voor het instandhouden van het Reinheitsgebot voor de Duitse rechter, een vordering tot schadevergoeding ingesteld. In de zaak *Factortame* had de nieuwe Britse wet op de registratie van vissersvaartuigen voorwaarden opgelegd in verband met nationaliteit, verblijfplaats en woonplaats die door het Hof van Justitie in strijd waren geacht met het EG-recht. Hierop werd door de benadeelde onderneming voor de Britse rechter een beroep tot schadevergoeding ingediend. In beide zaken was dus een verzuim van de nationale wetgever aan de orde, en de belangrijkste vraag was of er van aansprakelijkheid van de Staat wegens verzuim of verkeerd optreden van de nationale wetgever kon worden gesproken. Uiteindelijk zal het Hof met deze uitspraak een belangwekkend bijna academisch gestructureerd arrest afleveren over overheidsaansprakelijkheid als fenomeen van doorwerking.

Volgens het Hof geldt het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van gemeenschapsrecht, ongeacht het orgaan van de Lid-Staat waarvan de handeling of het verzuim de schending uitmaakt, dus ook de nationale wetgever. Bij het zoeken naar referentiepunten om de aansprakelijkheid wegens normatieve handelingen te bepalen, is het Hof van mening dat de rechtspraak over niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap ex artikel 215, lid 2, EG-Verdrag inspirerend kan werken. Hierbij zal met name rekening

moeten worden gehouden met de ingewikkeldheid van de te regelen sancties, de moeilijkheden bij de toepassing of interpretatie van de teksten en vooral de beoordelingsmarge waarover de auteur van de handeling beschikt. Daar waar een Lid-Staat gebonden is aan de resultaatsverplichting van een richtlijn, is een dergelijke beoordelingsmarge beperkt, maar in de zaken *Brasserie du Pêcheur* en *Factortame* beschikken de Lid-Staten over een ruime discretionaire bevoegdheid, want er waren in casu geen gemeenschappelijke harmonisatiemaatregelen uitgevaardigd. Schadevergoedingsacties dienen, zoals gezegd, een weg te volgen die analoog is met deze bij artikelen 215, lid 2 EG-Verdrag. Dit impliceert onder meer dat enkel een voldoende kennelijk gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht in aanmerking kan worden genomen. Elementen die in dit verband, volgens het Hof, relevant zijn en die de nationale rechter in zijn beschouwing kan betrekken, zijn onder meer de duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel aan de overheid laat, opzettelijkheid van de schending, de vraag of de rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar was, en de houding van de gemeenschapsinstellingen, bijvoorbeeld de Commissie, tegenover de vreemde inbreuk. Aldus zal met name van voldoende gekwalificeerde schending sprake zijn indien een Lid-Staat regelingen toepast die kennelijk onverenigbaar zijn met eerdere rechtspraak van het Hof.

24. Eenmaal deze principes voor aansprakelijkheid van de Lid-Staat in geval van een aan de nationale wetgever toe te rekenen schending van gemeenschapsrecht vastgelegd, staat het aan de Lid-Staat om, in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht, de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan te maken, met dien verstande dat de door de nationale wettelijke regelingen ter zake van schadevergoeding vastgestelde voorwaarden niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor gelijksoortige nationale vorderingen gelden en niet van die aard mogen zijn dat zij het verkrijgen van schadevergoeding nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

25. Toch blijven bij de nieuwe weg die het Hof hiermee is ingeslagen nog vele vragen onbeantwoord. Men kan zich niet van de indruk ontdoen dat het Hof met deze rechtspraak veel verwachtingen opwekt die het zelf niet of slechts ten dele kan waarmaken, en het zal voor de verwijzende nationale rechter geen gemakkelijke opdracht zijn deze rechtspraak in concreto toe te passen. Ik geef hiervan maar één voorbeeld. Met betrekking tot de zaak *Factortame* wordt aangegeven dat de nationale rechter onder meer rekening zal moeten houden met «de juridische discussies verband houdend met de specificiteit van het gemeenschappelijk visserijbeleid». Dit is het soort overwegingen die de initieel door het Hof opgeroepen intellectuele overtuigingskracht van het algemene leerstuk over aansprakelijkheid geen goed doen.

26. Ik moet besluiten: directe werking, voorrang en aansprakelijkheid zijn als de heilige drieuldigheid van de doorwerking. Het mysterie van de doorwerking zal vandaag op een diepzinnige – ik zou bijna durven te zeggen – op een scholastieke wijze worden bestudeerd. Een mysterie kan en mag nooit volledig worden ontsluit, maar ik ben er wel van overtuigd dat onze werkzaamheden, wegens de kwaliteit van programma van deze studiedag, ons toch een grote stap dichtert bij de waarheid zullen brengen.

IN HET VERLEDEN LIGT DE TOEKOMST VAN EEN EUROPEES IUS COMMUNE

Feestrede door prof. dr. W. VAN GERVEN

Is een Europees *Ius Commune* binnen handbereik? Ik zou menen van wel indien met die vraag verstaan wordt of in de bestaande rechtssystemen van West-Europa (laten wij ons daartoe beperken) algemene beginselen kunnen worden teruggevonden die gemeenschappelijk zijn en die door een analyse van wetgeving en vooral rechtspraak van de drie belangrijkste rechtsfamilies – waarvan het Engelse, het Franse en het Duitse recht de prototypes zijn – kunnen worden «ontdekt». Daarbij komt dat, dankzij regelgeving van de EU en van de Raad van Europa en van rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (hierna het Hof) en van het Hof (en de Commissie) voor de rechten van de mens, de rechtssystemen van de Lid-Staten in bepaalde gebieden dicht bij elkaar worden gebracht ¹.

Inleidende beschouwingen

Bij dat laatste past een belangrijke opmerking. Harmonisering van wetgeving *tussen de Lid-Staten* door middel van verordeningen of meestal richtlijnen heeft ongetwijfeld een harmoniserende uitwerking, maar dan toch maar alleen binnen het (soms heel) beperkte toepassingsgebied van de verordening of de richtlijn. Dit leidt evenwel meteen tot desharmonisatie *binnen elke Lid-Staat* doordat onderdelen van het nationale recht gedeeltelijk door Europees gemeenschapsrecht worden beïnvloed (en daardoor geharmoniseerd met het recht van andere Lid-Staten) terwijl andere onderdelen die nochtans een gelijkaardige materie bestrijken, niet door het Europese gemeenschapsrecht worden veranderd. Daardoor ontstaan binnen de rechtsorde van elke Lid-Staat bijkomende divergenties en zelfs verstoringen van interne evenwichten ². Om deze divergenties binnen grenzen te houden is het des te noodzakelijker de aan de onderscheiden Lid-Staten gemeenschappelijke algemene beginselen te beklemtonen opdat men door de bomen het bos zou blijven zien ³.

Nog een woord toelichting bij de titel van deze lezing, die een parafrase is op de titel van de aan Herman Schoordijk opgedragen bundel opstellen ⁴: *In het nu, wat worden zal*, zelf ontleend aan een versregel van Bilderdijk: *In het verleden ligt*

het heden, In het nu, wat worden zal. Deze uitspraak geldt in het bijzonder voor het Europees *ius commune*, een recht dat groeit uit nationale en communautaire regelgeving, rechtspraak en rechtsleer en bijgehouden wordt door een gemeenschappelijk erfgoed (vgl. art. 128 EG) van algemene beginselen. Een recht ook dat zich onttrekt aan statelijke soevereiniteit, gekenmerkt als het is door een pluriformiteit van rechtsbronnen en het gezamenlijk werk uitmaakt, doorheen de jaren, jazelfs eeuwen heen, van «judges, legislators, professors» ⁵.

Aan het eind van een boeiende studiedag gewijd aan de doorwerking van Europees gemeenschapsrecht in vele gebieden, beperk ik mij in deze slotrede tot de invloed die van dat recht uitgaat op de vorming van een Europees *ius commune* op het vlak van het publiek- en privaatrechtelijk aansprakelijkheidsrecht. Die invloed is op dat gebied bijzonder groot, omdat de aansprakelijkheidssanctie onderdeel is van het geheel van rechtsmiddelen die het nationaal recht, volgens de rechtspraak van het Hof, ter beschikking moet stellen van particulieren wanneer het er om gaat hun aan het gemeenschapsrecht ontleende subjectieve rechten (hierna kortweg: «gemeenschapsrechten») te handhaven tegen inbreuken op het gemeenschapsrecht vanwege communautaire of nationale overheden (dan wel, zo meen ik, vanwege andere particulieren).

Men mag het terrein van het (buitencontractueel) aansprakelijkheidsrecht evenwel niet als zuiver representatief beschouwen voor andere door het gemeenschapsrecht beïnvloede rechtsgebieden van nationaal recht. Precies omdat de aansprakelijkheidssanctie onderdeel is van de rechtsbescherming van particulieren, op welk gebied het Hof van Justitie bijzonder creatief is tewerk gegaan, *en* omdat in het EG-Verdrag zelf een norm voorkomt in artikel 215, lid 2, die de buitencontractuele aansprakelijkheid van de gemeenschapssinstellingen regelt (waarbij verwezen wordt naar «de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben»), is doorwerking van gemeenschapsrecht op dat gebied bijzonder vruchtbaar gebleken. Hetzelfde kan niet gezegd worden van andere domeinen van privaatrecht, zoals contractenrecht, of van sociaal- of strafrecht, waar de doorwerking meer het werk is van punctuele gemeenschapsbepalingen in Verdragen, verordeningen of richtlijnen die, wanneer het over de twee laatste soorten van bepalingen gaat, door het Hof veelal op een behoedzame, bijna textuele manier worden geïnterpreteerd ⁶.

¹ Wat in dit artikel wordt besproken heb ik uitvoeriger uiteengezet in een lezing «Bridging the unbridgeable» gehouden op 24 november 1995 in Durham University en in een bijgewerkte versie gepubliceerd in de reeks van het Durham European Law Institute. Zie ook mijn artikel over «Bridging the gap between Community and national laws: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies», *CML Rev.*, 1995, p. 679.

² Ik heb op dit gevaar reeds gewezen in een artikel «In welke mate werkt de uitbouw der EEG rechtseenheid in de hand?», *R.W.*, 1963-64, 1793 e.v. op 1799.

³ Daarover ook mijn artikel «Naar een Europees gemeen recht van algemene rechtsbeginselen», *RM Themis*, 1995, p. 233 e.v.

⁴ Uitgegeven in 1991 bij Kluwer-Deventer, op p. XI.

⁵ Aldus R.C. VAN CAENEGHEM, *Judges, Legislators and Professors*, Goodhard lectures 1984/85, Cambridge, 1987, p. 67.

⁶ Een voorbeeld van dergelijke behoedzame interpretatie vormt bijv. het recente arrest van het Hof van 12 maart 1996 in zaak C-441/93, *Pafitis*, nog niet gepubliceerd in *Jurispr.*, in verband met de interpretatie van de tweede vennootschapsrichtlijn met betrekking tot de wijziging van kapitaal van een bank.

Nationaalrechtelijke verschillen geïllustreerd aan de hand van vier «kabel»-zaken

Wanneer men de regels inzake onrechtmatige daad van de drie grote rechtsstelsels, het Engelse, het Franse en het Duitse, bekijkt, bemerkt men in de eerste plaats aanzienlijke verschillen op het vlak van de beschermde belangen. Een illustratie daarvan bieden de vier hiernagenoemde kabelzaken die allen het probleem betreffen van compensatie van louter economisch of financieel verlies, d.i. verlies dat niet bestaat in of direct voortvloeit uit schade aan de persoon van de benadeelde of diens eigendom.

Het Engelse *Spartan Steel* arrest⁷, uitgesproken door de Engelse *Court of Appeal*, betrof de beschadiging van een elektrische kabel bij wegenwerken waardoor een fabriek een tijdje moest worden stilgelegd. Het Hof stelde dat de onderneming recht had op een vergoeding voor de schade aan de oven en aan de smelting (inclusief gedeelde winst) die in de oven aanwezig was op het ogenblik dat de stroom werd afgesneden, maar niet voor de schade aan vier andere smeltingen die gedurende de stroomonderbreking zouden zijn afgewerkt geworden. Lord Denning weigerde vergoeding voor deze laatste schade, beschouwd als louter economisch verlies⁸, omdat zij niet direct schade aan de eigendom van de onderneming uitmaakte.

In dezelfde zin gaat ook een arrest van het Duitse *Bundesgerichtshof* in een kabelzaak⁹, waarin de weigering van de beroepsinstantie werd bevestigd om aan de onderneming schadevergoeding toe te kennen voor het arbeidsloon dat tevergeefs werd uitbetaald voor de tijd dat de fabriek ten gevolge van de stroomonderbreking stil lag. Deze rechtspraak steunt op de vaststelling dat louter economisch verlies geen rechtsbelang is dat in § 823, lid 1, van het *Bürgerliches Gesetzbuch* wordt beschermd.

In tegenstelling tot de Engelse en de Duitse wet, die louter economisch verlies dus niet vergoedbaar achten omdat zij niet valt hetzij onder een jurisprudentiële «duty of care», hetzij onder een wettelijk «beschermd belang», leveren de Franse regels inzake onrechtmatige daad een ander resultaat op. Artikel 1382 van de *Code Civil*, als geïnterpreteerd door het Franse *Cour de Cassation* en de *Conseil d'Etat*, laat inderdaad vergoeding van schade toe wegens elke inbreuk op een rechtmatig belang. Zoals blijkt uit een kabelzaak van 2 juni 1972¹⁰, is louter economisch verlies zo'n belang, wanneer de geleden schade een onmiddellijk gevolg is van nalatigheid in hoofde van de verwerende partij.

Tot slot is er de spectaculaire kabelzaak die op 14 mei 1958¹¹ werd beslecht door de Nederlandse *Hoge Raad*. Zowel het Gerechtshof van 's-Gravenhage als de *Hoge Raad* namen aan dat de autoriteiten van de Luchtmacht onrechtmatig hadden gehandeld door een piloot toe te staan een duikvlucht uit te voeren in de buurt van een hoogspanningskabel die bij de duikvlucht door het vliegtuig werd beschadigd. De

causale band tussen de fout en de schade geleden door een naburig bedrijf dat niet verder kon werken als gevolg van de stroomonderbreking, werd bewezen geacht, aangezien de schade in de specifieke omstandigheden van het geval voorzienbaar was¹².

Deze korte beschrijving wijst op enkele belangrijke verschillen bij het toekennen van schadevergoeding voor louter economisch verlies, dat is de soort van verlies die meestal voorkomt bij schendingen van gemeenschapsrecht waarover het hierna gaat. Terwijl het Engelse en het Duitse rechtstelsel dergelijke claims afwijzen, zij het om verschillende redenen, nemen het Franse en het Nederlandse (en het Belgische) rechtstelsel een andere houding aan.

Dit betekent nog niet dat louter economisch verlies volgens het Engelse of Duitse recht op geen enkele manier vergoed kan worden. Naar Engels recht kunnen dergelijke vorderingen wel eens worden toegestaan op grond van andere dan de gemeenrechtelijke regelen inzake «negligence». Zo bijv. wanneer een wetsbepaling wordt geschonden, dit is bij «statutory breach» en die bepaling in de mogelijkheid voorziet voor de groep van personen waartoe de eiser behoort, tot vergoeding van gedeelde winst. Voorts bestaat er een speciale onrechtmatige daad, «misfeasance» genoemd, die private personen beschermt tegen het intentionele foutieve gedrag van overheidspersonen en hen de mogelijkheid biedt schadevergoeding te bekomen, inclusief voor louter economisch verlies¹³.

Ook het Duitse recht voorziet in soortgelijke bijzondere actiemogelijkheden in § 823, lid 2, BGB voor inbreuk op een beschermende bepaling («Schutznorm»), en in § 839 BGB voor onrechtmatig handelen van overheidsambtenaren. Omgekeerd sluiten de Franse en de Nederlandse regelen niet uit dat een vordering tot vergoeding van gedeelde winst toch nog wordt afgewezen bij ontstentenis van causaal verband.

Het voorgaande is een illustratie van de belangrijke verschillen die bestaan tussen de «onrechtmatige daad»-stelsels van de LidStaten en die zowel de aansprakelijkheid van overheden als die van particulieren betreffen. Wat betreft de door het aansprakelijkheidsrecht beschermde belangen zijn die verschillen het grootst inzake vergoeding van zuiver economisch verlies dat niet direct verbonden is met schade aan een persoon of aan eigendom, althans wanneer men acht slaat op de algemene aansprakelijkheidsregelen. Ze zijn evenwel minder groot als men ook bijzondere aansprakelijkheidscategorieën in acht neemt. Bovendien de hiervoor genoemde verschillen zijn er natuurlijk nog heel wat andere verschilpunten inzake onder meer het begrip onrechtmatigheid, causaliteit, omvang en vorm van schadeloosstelling, verschonings- en rechtvaardigingsgronden. Op één punt bestaat er evenwel een (vrij) grote eensgezindheid, namelijk wat betreft de terughoudendheid om (elke vorm van) schadevergoeding toe te staan wegens onrechtmatig handelen van de formele wetgever. Welnu, het is precies op dat punt – en de in verband daarmee voorkomende vraag naar vergoeding van zuiver economische schade – dat de invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie zich het duidelijkst ma-

⁷ (1972) 3 All ER 597.

⁸ Louter economisch verlies is een nogal vaag concept. Daarover Winfield & Jolowicz in «*Tort*», 14e editie, Rogers, p. 93-94.

⁹ Arrest van 12 juli 1977, NJW 1977, 2208; JZ 1977, 721.

¹⁰ AJDA, 1972. II. Jur., 356 met advies van de Commissaire du gouvernement, M. Bertrand.

¹¹ NJ 1961, no. 570, p. 1217. Het arrest van het Hof van Beroep dateert van 24 januari 1957.

¹² Zie nu artikel 6:98 van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek in Nederland.

¹³ Zie BREALY en HOSKINS, *Remedies in EC Law*, 1994, p. 76.

nifesteert. Vooraleer daarop in te gaan, enkele woorden over het vereiste van efficiënte rechtsbescherming.

Het gemeenschapsrechtelijk vereiste van een voldoende efficiënte rechtsbescherming en het principe van overheidsaansprakelijkheid

Een van de belangrijkste pijlers van het gemeenschapsrecht bestaat erin aan particulieren, natuurlijke personen of rechtspersonen, de mogelijkheid te verschaffen om rechten die zij uit het gemeenschapsrecht kunnen afleiden, daadwerkelijk langs gerechtelijke weg te zien handhaven, en dit voornamelijk via rechtsgangen die zij voor een nationale rechter kunnen inleiden en dus in overeenstemming met de nationale bevoegdheids- en procesregelen¹⁴. In zijn arrest *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constable*¹⁵ bevestigde het Hof het vereiste van een voldoende efficiënte rechtsbescherming als een algemene rechtsregel die aan de basis ligt van het gemeenschappelijke constitutionele erfgoed van alle Lid-Staten. Het volstaat evenwel niet, zo kan daaraan worden toegevoegd, dat binnen elke Lid-Staat een voldoende mate van rechtsbescherming bestaat. Een eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht vereist bovendien dat de door de Europese regelgeving in het leven geroepen eenvormige rechten van particulieren, ook afdwingbaar kunnen worden gemaakt via sancties en rechtsmiddelen die in alle Lid-Staten gelijk of tenminste gelijkwaardig zijn.

Het Hof heeft over de jaren heen in een lange rij van beslissingen aan de rechtsbescherming van particulieren concrete gestalte gegeven¹⁶, in de eerste plaats door directe werking toe te kennen aan voldoende precies en onvoorwaardelijk geformuleerde verdragsbepalingen, eerst verticaal dit is tegen de betrokken Lid-Staat, maar later ook horizontaal dit is tegen andere particulieren. Vervolgens heeft het een dergelijke directe werking ook toegekend, maar dan alleen verticaal, dit is tegen de betrokken Lid-Staat maar niet tegen particulieren, aan richtlijnbevestigingen die voldoende nauwkeurig zijn en onvoorwaardelijk. Teneinde de rechtsbescherming van particulieren ook veilig te stellen ten aanzien van inbreuken op richtlijnbevestigingen die geen directe werking hebben – ofwel omdat ze onvoldoende precies of niet onvoorwaardelijk zijn, ofwel als zij dat wel zijn, omdat de directe werking daarvan, zoals gezegd, niet kan ingeroepen worden tegen andere particulieren – introduceerde het Hof van Justitie nog twee andere principes. Dit zijn, enerzijds, het principe van richtlijnconforme interpretatie – op grond waarvan de nationale rechtbanken verplicht zijn de regelen van hun nationaal recht zoveel mogelijk conform een reeds uitgevaardigde maar nog niet in nationaal recht omgezette richtlijn te interpreteren – en anderzijds, het in het beroem-

de *Francovich*-arrest van 19 november 1991¹⁷, neergelegde principe van aansprakelijkheid van een Lid-Staat om onder bepaalde voorwaarden de schade te vergoeden die een particulier heeft geleden wegens verzuim van een Lid-Staat om een (zelfs niet direct werkende) richtlijn tijdig in nationaal recht om te zetten.

Ofschoon het principe van overheidsaansprakelijkheid al dus tot een beginsel van communautair recht werd verheven, liet het Hof het niettemin aan het recht van de Lid-Staten over om de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan te maken, in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht. Toch, aldus het Hof, mogen de formele en materiële voorwaarden die door de nationale regeling terzake van schadevergoeding worden vastgesteld

«niet ongunstiger zijn dan die welke door gelijksoortige nationale vorderingen gelden en niet van dien aard..., dat zij het verkrijgen van schadevergoeding nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken»¹⁸.

Het moge duidelijk zijn dat deze «renvoi» naar nationaal recht (op grond van een zogenaamd principe van procesuele autonomie) op gespannen voet kan komen te staan met de hiervoor genoemde noodzaak om, ter wille van de eenvormige toepassing van (eenvormig) gemeenschapsrecht in de Lid-Staten, en elke Lid-Staat in een gelijke of althans gelijkwaardige mate van rechtshandhaving te voorzien. In hoeverre een dergelijke spanning kan ontstaan, zal afhangen van de bereidheid van het Hof in latere zaken om zelf – en dus op eenvormige wijze voor de gehele Gemeenschap – de materiële voorwaarden van de aansprakelijkheid van de autoriteiten van de Lid-Staten vast te leggen.

De «Brasserie» en «British Telecom»-arresten

Inmiddels heeft het Hof twee arresten gewezen waarin de *Francovich*-leer niet alleen bevestigd wordt maar verder uitgebouwd. Uit die arresten blijkt dat het Hof ertoe gebracht wordt om de materieelrechtelijke aansprakelijkheidsvoorwaarden zelf tot op zekere hoogte vast te leggen. Het eerste arrest, van 5 maart 1996, inzake *Brasserie du Pêcheur en Factortame* (hierna het *Brasserie*-arrest¹⁹) betreft de aansprakelijkheid van een Lid-Staat wegens schending van direct werkende verdragsbepalingen. Het tweede arrest, van 26 maart 1996, inzake *British Telecommunications* betreft, zoals in *Francovich*, de aansprakelijkheid van een Lid-Staat wegens niet-omzetting van een richtlijn, ditmaal echter niet zoals in laatstgenoemde zaak omdat de richtlijn helemaal niet binnen de daarvoor voorziene periode was omgezet, maar omdat hij, naar het Hof vaststelde, op een *onjuiste* manier was omgezet.

Voor het eerste arrest is van wezenlijk belang. Daarin komt in de eerste plaats de vraag aan bod (die in het *Francovich*-arrest al impliciet bevestigend beantwoord was) of schadevergoeding aan particulieren verschuldigd is voor schendingen van gemeenschapsrecht die te wijten zijn aan handelingen en verzuimen van de nationale wetgever (in de formele zin van

¹⁴ Voor een algemeen overzicht, in verband met het principe van buitencontractuele overheidsaansprakelijkheid, zie mijn artikel «Non-contractual liability of Member States, Community Institutions and Individuals for breaches of Community Law with a view to a common law for Europe», *1 Maastricht Journal of European and Community Law*, 1994, 6.

¹⁵ Zaak 222/84, *Jurispr.*, 1986, 1651, op 1683.

¹⁶ Voor een volledig en grondig overzicht, zie L. VAN DEN HENDE, «Overzicht van rechtspraak. Europees Gemeenschapsrecht: Rechtsbescherming (1979/1994)», *T.P.R.*, 1995, op p. 162-220.

¹⁷ Gevoegde zaken C6/90 en 9/90, *Francovich*, *Jurispr.*, 1991, I-5357, bevestigd in zaak C-334/92, *Wagner Miret*, *Jurispr.*, 1993, I-6911.

¹⁸ R.o. 43 van het geciteerde *Francovich*-arrest.

¹⁹ Gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, nog niet gepubliceerd in *Jurispr.*

het woord). Het Hof had weinig moeite om te stellen dat het aansprakelijkheidsbeginsel «geldt voor alle gevallen van schending van het gemeenschapsrecht door een Lid-Staat, ongeacht het orgaan van de Lid-Staat waarvan de handeling of het verzuim de schending uitmaakt»²⁰. Om tot deze conclusie te komen beriep het zich o.m. op een beginsel dat ook in de internationale rechtsorde wordt aanvaard²¹.

Vervolgens ging het Hof nader in op de bij schending van gemeenschapsrecht geldende aansprakelijkheidsvoorwaarden. In dit verband zet het Hof een belangrijke stap voorwaarts door aan te nemen, wat het in de *Francovich*-zaak niet had willen doen (ofschoon het daartoe uitgenodigd was door advocaat-generaal Mischo) – dat:

«(...) de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de Staat wegens aan particulieren veroorzaakte schade tengevolge van een schending van het gemeenschapsrecht, behoudens indien bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen, niet verschillen van die welke gelden voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap in vergelijkbare situaties. De bescherming van de rechten die de particulieren aan het gemeenschapsrecht ontleen, kan namelijk niet verschillen naargelang het orgaan dat de schade heeft veroorzaakt, een nationaal dan wel een communautair karakter heeft»²².

Deze ontwikkeling kan alleen maar worden toegejuicht. In de eerste plaats omdat daardoor een gelijke behandeling van benadeelden wordt gevrijwaard, ongeacht, zoals het Hof aangeeft, wie de auteur is van de schadeveroorzakende schending van gemeenschapsrecht: een communautaire instelling gevisieerd in artikel 215, lid 2, EG dan wel een Lid-Staat of een tot de Lid-Staat behorende nationale overheid gevisieerd in de *Francovich*- en *postFrancovich*-rechtspraak. In de tweede plaats, omdat de twee buitencontractuele aansprakelijkheidssystemen van communautair recht daardoor op elkaar kunnen worden afgestemd en consistent gemaakt, met als neveneffect dat de al vrij overvloedige rechtspraak van het Hof (en Gerecht van Eerste Aanleg) inzake artikel 215 EG nu volledig ten nutte kan worden gemaakt bij de uitbouw van de *Francovich*-aansprakelijkheid²³.

De door het Hof gestelde aansprakelijkheidsvoorwaarden

Het Hof heeft de parallelliteit tussen de artikel 215 EG en de *Francovich*-aansprakelijkheidsregimes in het *Brasserie*-arrest meer bepaald beklemtoond teneinde lering te trekken uit zijn artikel 215 EG-rechtspraak in verband met de verminderde aansprakelijkheid van de communautaire wetgever voor normatieve handelingen (de zogenaamde *Schöppenstedt*-regel)²⁴. In dat verband onderscheidt het Hof, met het oog op de vaststelling (uiteindelijk door de nationale rechter als het Hof niet zelf over alle nodige elementen beschikt²⁵) van een schending van gemeenschapsrecht door een (communautaire of nationale) overheid, twee extreme

situaties. Aan de ene kant is er de situatie, die voorlag in de *Francovich*-zaak, van een schending van een door het gemeenschapsrecht opgelegde resultaatsverplichting. Aan de andere kant is er de situatie waarin de overheid beschikt over een ruime beoordelingsbevoegdheid bij de toepassing of uitvoering van gemeenschapsrechtelijke voorschriften²⁶. In de laatste situatie

«kent het gemeenschapsrecht een recht op schadevergoeding (slechts) toe wanneer is voldaan aan drie voorwaarden, te weten dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, dat sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, en tenslotte dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade»²⁷.

Meer bepaald in verband met de tweede voorwaarde²⁸, stelt het Hof (in navolging van zijn *Schöppenstedt*-formule) dat een «voldoend gekwalificeerde schending» aanwezig is bij «kennelijke en ernstige miskenning van de grenzen waarbinnen (de) discretionaire bevoegdheid dient te blijven»²⁹, waarna het Hof een hele reeks elementen noemt die daarbij in de beschouwing kunnen worden voltrokken. Eén daarvan is «de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel»³⁰. In het tweede hiervoor genoemde arrest, het *British Telecom*-arrest, is het precies deze omstandigheid die het Hof de mogelijkheid biedt te beslissen dat de betrokken Lid-Staat, door een richtlijn onjuist te interpreteren (zoals uit het vorige gedeelte van het arrest bleek), niet een voldoende gekwalificeerde schending van gemeenschapsrecht had gepleegd³¹.

In verband met de door het Hof genoemde elementen ter beoordeling van wat als voldoende gekwalificeerde schending kan worden gekwalificeerd, merkt het Hof verder op in het *Brasserie*-arrest dat het ontstaan van aansprakelijkheid niet kan worden afhankelijk gesteld van een voorwaarde ontleend aan enig schuldbegrip, als dat begrip verder gaat dan wat kan worden verstaan onder een voldoende gekwalificeerde schending³². Niettemin komen er onder bedoelde elementen³³ enige voor die met schuld te maken hebben, zoals het al of niet opzettelijk begaan van de schending, de aanwezigheid van een al of niet verschoonbare rechtsdwalig, het instandhouden van de onrechtmatige maatregel. Uit de door het Hof gemaakte overweging dat het hanteren van een schuldbegrip immers zou kunnen leiden tot een «bijkomende voorwaarde... (waardoor) het recht op schadevergoeding... opnieuw ter discussie zou worden gesteld»³⁴, kan

voltrekken wanneer het meent daartoe over alle noodzakelijke gegevens te beschikken.

²⁶ *Brasserie*-arrest, r.o. 46-47.

²⁷ R.o. 51.

²⁸ Aan de eerste voorwaarde is volgens het Hof zonder meer voldaan wanneer het gaat, zoals in casu, om schending van Verdragsbepalingen die voor particulieren rechten doen ontstaan (r.o. 54). De beoordeling van de derde voorwaarde (aanwezigheid van een direct causaal verband) laat het Hof volledig over aan de nationale rechter (r.o. 65).

²⁹ R.o. 55, waar ook de andere elementen worden genoemd.

³⁰ R.o. 56.

³¹ *British Telecom*-arrest, r.o. 43-45.

³² *Brasserie*-arrest, r.o. 79.

³³ R.o. 56.

³⁴ R.o. 79.

²⁰ R.o. 32.

²¹ R.o. 34.

²² R.o. 42.

²³ Zie verder daarover mijn in n. 1 en in n. 14 geciteerde artikelen.

²⁴ Daarover L. VAN DEN HENDE, «Overzicht van rechtspraak», gecit. in n. 16, op p. 328 e.v.

²⁵ Vgl. r.o. 58 van het *Brasserie*-arrest met r.o. 41 van het *British Telecom*-arrest. Daaruit blijkt dat het Hof die beoordeling zelf zal

overigens worden afgeleid dat een nationale rechtsorde de door het Hof gestelde (tweede) voorwaarde wel mag aanscherpen in die zin dat aansprakelijkheid van de overheid wegens schending van gemeenschapsrecht, makkelijker kan ontstaan, bijv. door daarvoor niet meer dan een gewone fout te vereisen ³⁵.

Het is hier niet de plaats om op deze arresten verder in te gaan. Er zijn trouwens voor het Hof nog enige zaken hangende die wellicht gelegenheid bieden nog meer licht over deze problematiek te laten schijnen ³⁶. Het moge volstaan hier nog aan toe te voegen dat, volgens het Hof, de vergoeding van de aan particulieren veroorzaakte schade «adequaat dient te zijn ten opzichte van de geleden schade, zodat de daadwerkelijke bescherming van hun rechten is verzekerd» ³⁷. Adequaat betekent derhalve dat de benadeelde daadwerkelijk in zijn communautaire rechten wordt hersteld. Dit lijkt niet te impliceren dat de vergoeding volledig moet zijn, aangezien het Hof eraan toevoegt dat de gehanteerde criteria niet ongunstiger mogen zijn dan voor gelijksoortige «nationale» vorderingen en in geen geval de vergoeding in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken ³⁸.

De doorwerking van gemeenschapsrecht op de nationale regelen inzake overheidsaansprakelijkheid

Van de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof van Justitie gaat uiteraard een belangrijke harmoniserende werking uit ten aanzien van de nationale rechtsordes van de Lid-Staten. Dit fenomeen, veelal aangeduid met het woord doorwerking, is niet eigen aan de rechtspraak inzake overheidsaansprakelijkheid, zoals voldoende blijkt uit de onderscheiden rapporten die aan het 37ste Wetenschappelijk Rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging werden voorgelegd ³⁹. Toch kent het, zoals reeds bij het begin van deze lezing aangestipt, op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid een heel ruime toepassing. Zoals nu *in concreto* blijkt is dit omdat de door de rechtspraak van het Hof op dit gebied teweeggebrachte harmonisatie slaat op fundamentele concepten van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, meer bepaald op onrechtmatigheid en auteur van de onrechtmatige handeling, aard van de beschermde belangen, mogelijke verschonings- en rechtvaardigingsgronden en omvang van schadevergoeding.

Aangezien dergelijke fundamentele concepten aan de orde zijn, blijft de doorwerking van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsordes niet beperkt tot het terzijde schuiven van een of andere, al bij al *qua* toepassingsgebied beperkte, nationale maatregel van wetgevende of administratieve aard maar heeft zij betrekking op hele regelbestanden die tot de kern van het aansprakelijkheidsrecht behoren. Dit brengt mee dat de doorwerking in dit gebied meer betekent dan buitentoepassingverklaring («disapplication») van met

het gemeenschapsrecht strijdige nationale regelen en veel eerder neerkomt op eenvormige toepassing («uniform application») van gemeenschapsrecht door middel van nationaal recht ⁴⁰.

Het reeds genoemde *Brasserie*-arrest biedt aan deze ingrijpende doorwerking een treffende illustratie. Zo stelt het Hof dat beperkingen die inzake overheidsaansprakelijkheid voorkomen in de nationale rechtssystemen wegens de uitoefening van wetgevende bevoegdheid (dit zijn regelen inzake legislatieve immuniteit) niet in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht, en dus door de nationale rechters moeten worden terzijde geschoven, als die beperkingen het verkrijgen van schadevergoeding nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken ⁴¹. Dit betekent zowel voor het Duitse als voor het Engelse recht – maar ook voor tal van andere nationale rechtssystemen – een belangrijke aanpassing van de toepasselijke regelen ⁴². Voorts wijst het Hof erop, zoals reeds aangestipt, dat de verplichting tot schadevergoeding niet afhankelijk kan worden gesteld van enig schuldbegrip, als daardoor aan het schadeherstel een bijkomende voorwaarde wordt gesteld dan het begrip «gekwalficeerde schending van het gemeenschapsrecht» toestaat ⁴³. Inzake de omvang van de schadevergoedingsplicht verwerpt het Hof ten slotte elke nationale regeling die vergoeding van gederfde winst volledig uitsluit. Ook deze stellingname kan verantwoordelijk zijn, zoals hierboven reeds aangeduid ⁴⁴, voor belangrijke aanpassingen in het Engelse en het Duitse recht, nu beide rechtssystemen weigerachtig staan ten aanzien van het toekennen van schade voor zuiver economisch verlies.

Nog verdere doorwerking van gemeenschapsrecht: het homogeniteitsbeginsel

De doorwerking die het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsordes teweegbrengt, blijft uiteraard in de eerste plaats beperkt tot de delen van nationaal recht die binnen de reikwijdte komen van het gemeenschapsrecht. Zoals reeds beklemtoond leidt deze – *qua* toepassingsgebied en dus ook *qua* uitwerking – beperkte doorwerking weliswaar tot harmonisering, tussen de Lid-Staten, van (belangrijke) onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht maar leidt zij tevens tot divergentie, binnen elk rechtstelsel, omdat de wel door het gemeenschapsrecht bestreken regelen van nationaal recht voortaan anders gemoduleerd zijn dan de daardoor niet bestreken regelen, en dit ofschoon zij de regeling van gelijksoortige belangenconflicten op het oog hebben. Gevolg daarvan is dat er een ongelijkheid ontstaat inzake rechtsbescherming, en dus ongelijke behandeling van rechtszoekers

⁴⁰ Voor meer bijzonderheden zie de tweede in n. 1 geciteerde bijdrage.

⁴¹ R.o. 68 e.v.

⁴² In Duitsland vergt dat een aanpassing van § 839 BGB, in Engeland van de regelen inzake «misfeasance in public office» (zie r.o. 71-73 van het *Brasserie*-arrest). Voor wat betreft de situatie naar Belgisch en Nederlands recht, zie de pre-adviezen voor de *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland* van A. van Oevelen en P. Popelier resp. R.M. van Male over «De gevolgen van onrechtmatige wetgeving», 1995.

⁴³ R.o. 79.

⁴⁴ Zie de bespreking van de kabelgevallen bij het begin van deze bijdrage.

³⁵ Als dit bijv. ook zo is voor schending van hoger nationaal recht.

³⁶ Zie meer bepaaldelijk gevoegde zaken C-178 e.a., *Dillenkofer* en de conclusie van advocaat-generaal Tesauro, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

³⁷ *Brasserie*-arrest, r.o. 82.

³⁸ R.o. 83. Die toevoeging lijkt inderdaad overbodig te zijn indien de vergoeding in elk geval volledig moet zijn.

³⁹ Gepubliceerd in *R.W.*, 1995-96, 1107 e.v.

den, bij de vrijwaring van aan die rechtszoekenden toekomende subjectieve rechten ⁴⁵.

Deze vaststelling heeft meer bepaaldelijk het *House of Lords* ertoe gebracht om de niet door gemeenschapsrecht bestreken onderdelen van Engels recht af te stemmen op de veranderingen die aan de daardoor wel bestreken onderdelen moesten worden aangebracht. Men zou hier kunnen spreken van een «verderdoorwerking» (of «reflex-werking») van (reeds doorgewerkt) gemeenschapsrecht. Om dit te verduidelijken, moet vooraf herinnerd worden aan het eerste *Factortame*-arrest van het Hof van Justitie ⁴⁶ gewezen in verband met de zogenaamde naar Engels recht tot dan geldende «immunity of the Crown». Op grond van deze immuniteit kon tegen de overheid, in het voorliggende geval het Britse Parlement, geen voorziening in kort geding worden genomen tot vrijwaring van communautaire rechten wanneer op het eerste gezicht mocht worden aangenomen dat de betrokken regelgeving wel eens in strijd zou kunnen zijn met fundamentele bepalingen van gemeenschapsrecht. Na een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te hebben gericht – waarop dit Hof in zijn eerste *Factortame*-arrest heeft geantwoord dat bedoelde immuniteit niet mocht worden ingeroepen tot afwijzing van een dergelijke voorziening – verleende het *House of Lords* de gevraagde maatregel tot opschorting van de betwiste *Act of Parliament* ⁴⁷.

Het bleef echter niet bij deze loutere doorwerking van gemeenschapsrecht. In een latere beslissing *M. v. Home Office* ⁴⁸ besloot het *House of Lords* immers eenzelfde vorm van rechtsbescherming toe te staan – en de «immunity of the Crown» hier dus ook te beperken inzake het verstrekken van een voorlopige voorziening – met betrekking tot een schending (op het eerste gezicht) van een hogere nationale norm. Het zou immers onaanvaardbaar zijn, aldus het *House of Lords*, rechtzoekenden in een «zuiver» nationale situatie minder rechtsbescherming te bieden dan in een door gemeenschapsrecht bestreken situatie van nationaal recht die voor het overige, dit is vanuit een oogpunt van rechtshandhaving en rechtsbescherming, volledig identiek is.

Ook in verband met de in deze bijdrage besproken problematiek van de buitencontractuele (overheids-) aansprakelijkheid kan zich eenzelfde noodzaak van homogeniteit inzake rechtsbescherming voordoen. Men denke maar aan de vraag of, nu de aansprakelijkheid van de nationale (formele) wetgever wegens met het gemeenschapsrecht onverenigbare wetgeving vaststaat, eenzelfde oplossing niet evenzeer moet gelden in verband met wetgeving die in strijd is met hogere normen van nationaal recht. Zo ook rijst de vraag of de omvang van schadevergoeding niet even uitgebreid moet zijn (naar Engels of Duits recht, waar het probleem rijst in verband met schade wegens gederfde winst) in geval van schending van normen van hoger nationaal recht als dit nu het geval moet zijn, gelet op het *Brasserie*-arrest, bij schending van hoger gemeenschapsrecht.

Aan het voorgaande moet worden toegevoegd dat de noodzaak van homogeniteit (of convergentie) niet kan steu-

nen op enig beginsel van gemeenschapsrecht, aangezien het hier gaat om «verdere» doorwerking van gemeenschapsrecht, *buiten* de door het gemeenschapsrecht bestreken gebieden van nationaal recht. Tot ondersteuning van die noodzaak dienen beginselen van nationaal recht te worden aangevoerd, zoals een vereiste van gelijke behandeling of ruimer een vereiste van behoorlijke wetgeving en rechtspraak.

Uitbreiding van het gemeenschapsrechtelijk beginsel van buitencontractuele aansprakelijkheid naar het privaatrecht toe?

Tot dusver heeft het Hof zich uitsluitend bezig gehouden met het principe van buitencontractuele *overheids*-aansprakelijkheid. De vraag of een gelijksoortig principe geldt voor handelingen van particulieren die gemeenschapsrecht schenden, en zo ja, onder welke voorwaarden, is wel aan bod gekomen in de zaak *Banks* maar werd door het Hof niet beslecht ⁴⁹. Dit betekent niet dat particulieren (of overheden) die beweren schade te hebben geleden ingevolge de door een (andere) particulier gepleegde schending van gemeenschapsrecht, alsnog geen kans hebben om schadeherstel vanwege een nationale rechter te bekomen. Het lukken van een dergelijke vordering hangt evenwel af van de bepalingen die gelden in de Lid-Staat voor wiens rechtbanken de vordering wordt gebracht. Naar Belgisch recht kan dit geen probleem vormen. Schending van een regel van gemeenschapsrecht geeft evenzeer aanleiding tot een mogelijkheid van schadeherstel, en onder dezelfde voorwaarden, als schending van een regel van nationaal recht.

Aangezien ons buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht de leer van de relatieve onrechtmatigheid niet aankleeft, rijst in ons land eens de vraag of de geschonden regel van gemeenschapsrecht bestemd is om de benadeelde, of de groep waartoe hij behoort, te beschermen. In landen, als Nederland, Duitsland en Engeland, die deze leer wel onderschrijven, kan die vraag wel rijzen. Maar ook dan hoeft dit geen beletsel te zijn voor het bekomen van schadevergoeding, indien de geschonden regel van gemeenschapsrecht geacht wordt niet alleen ingegeven te zijn door de bescherming van een algemeen belang maar ook van het belang van een bepaalde groep rechtsonderhorigen.

Een mooie illustratie daarvan biedt de beslissing, alweer van het *House of Lords*, in de zaak *Garden Cottage* ⁵⁰. Daarin zei Lord Diplock, sprekend voor de meerderheid, in verband met een beweerde schending door de *Milk Marketing Board* van artikel 86 EG – dat een rechtstreeks tot particulieren gericht verbod van misbruik van machtspositie inhoudt – dat de schending van dat artikel

«can be categorised in English law as a breach of a statutory duty that is imposed not only for the purpose of promoting the general economic prosperity of the Common Market but also for the benefit of private individuals to whom loss or damage is caused by a breach of that duty».

Daarbij past evenwel een belangrijke kanttekening. Of de bepalingen van artikel 86 (of artikel 85) EG – waarvan duidelijk is dat zij verplichtingen aan particulieren opleggen en

⁴⁵ Zie ook in die zin F. JACOBS, «remedies in national courts for the enforcement of Community rights» in *Liber Amicorum for Don Manuel Diez de Velasco*, 1993, p. 969 en 982.

⁴⁶ Arrest van 19 juni 1990, zaak C 213/89, *Jurispr.*, 1990, I-823.

⁴⁷ House of Lords [1991] 1 AC 603.

⁴⁸ [1993] 3 WLR 433; [1993] 3 All ER 537.

⁴⁹ Zaak C-128/92, *Banks t. British Coal Corporation*, *Jurispr.*, 1994, I-1209.

⁵⁰ [1984] 1 A.C. 130.

(horizontale) directe werking hebben ten behoeve van andere particulieren – al dan niet (benevens het algemeen belang) een bepaalde groep van particulieren beschermen, bijv. concurrenten of consumenten, is mijns inziens een vraag waarvan de beantwoording in laatste instantie aan het Hof van Justitie toekomt en niet aan de nationale rechter. Als die rechter daaromtrent twijfel heeft, past het dat hij een prejudiciële vraag richt aan het Hof van Justitie, dat hem het antwoord zal verstrekken in het licht o.m. van de nationale juridische context (met inbegrip van wat bijv. naar Duits recht onder een «Schutznorm» wordt verstaan).

Schadevergoeding wegens schending van gemeenschapsrecht door particulieren kan dus desgevallend worden bekomen op grond van toepasselijk nationaal recht. Toch kan het van belang zijn, bijv. omdat het nationaal recht geen herstel van zuiver economische schade toelaat⁵¹, te weten of het principe van buitencontractuele aansprakelijkheid wegens dergelijke schendingen van gemeenschapsrecht niet evenzeer een principe van gemeenschapsrecht uitmaakt als het principe van buitencontractuele aansprakelijkheid wegens door de overheid gepleegde schendingen. Zou het Hof van Justitie dit bevestigen, dan komt het dit Hof toe om, net zoals inzake overheidsaansprakelijkheid, de basisvoorwaarden voor het ontstaan van een dergelijke aansprakelijkheid op een voor de gehele Gemeenschap uniforme wijze vast te leggen. Persoonlijk ben ik de mening toegedaan (zoals uiteengezet in mijn conclusie voor het Hof in de zaak *Banks*⁵²) dat het principe van aansprakelijkheid, ook voor schendingen door particulieren inherent is aan het gemeenschapsrecht. De erkenning van dit principe zou het mogelijk maken dat de handhaving van de communautaire mededingingsvoorschriften via schadeherstel, in alle Lid-Staten in eenzelfde mate zou kunnen worden doorgezet (als nu al geldt voor de in artikel 85, lid 2, EG uitdrukkelijk voorziene nietigheids-sanctie). M.a.w., rechtszoekenden die schade hebben geleden wegens door een onderneming gepleegde overtreding van communautair mededingingsrecht (art. 85 en 86 EG) zouden dan in elke Lid-Staat in een zelfde mate en onder gelijksoortige voorwaarden, schadeherstel kunnen bekomen.

Indien het Hof het principe van aansprakelijkheid ook voor particulieren aanvaardt – en bijgevolg toekomt aan de vraag naar de aansprakelijkheidsvoorwaarden daarvoor – is

uiteraard te verwachten dat het voor de vaststelling daarvan aansluiting zal zoeken bij de hiervoor reeds besproken voorwaarden inzake overheidsaansprakelijkheid. Toch hoeven deze voorwaarden niet volstrekt identiek te zijn, al was het maar omdat de situatie waarin een overheid zich bevindt, als zij bijv. gemeenschapsrecht schendt bij gelegenheid van de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, natuurlijk heel verschillend kan zijn van de situatie waarin een particulier een dergelijke schending begaat⁵³.

Besluit

Zoals reeds bij de aanvang werd vermeld, kan niet zo maar worden aangenomen dat de «door- en verderdoorwerking» van gemeenschapsrecht zich in andere rechtstakken op dezelfde indringende wijze zal voltrekken als in het hiervoor besproken rechtsgebied. Daarvoor is het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, als essentieel component van rechtshandhaving en rechtsbescherming, te bijzonder binnen de structuur van het gemeenschapsrecht. Bovendien steunt de rechtspraak van het Hof in deze materie rechtstreeks op een lezing van de gemeenschapsverdragen zelf, in welk opzicht het Hof zich het meest creatief pleegt te gedragen. Daarbij komt dat het Hof zich voor zijn rechtsvinding mede kan beroepen, wat de overheidsaansprakelijkheid betreft, op de bepaling van artikel 215, lid 2, EG en de in verband daarmee gewezen rechtspraak.

Al is de besproken rechtstak dus niet ten volle representatief voor andere rechtstakken waarin het gemeenschapsrecht doorwerkt, toch is de hierin geschetste evolutie een voorbeeld van hoe het toekomstige Europese *ius commune* mede door de communautaire rechter wordt gevormd. Ik zeg wel: mede. Uiteindelijk wortelt deze rechtspraak immers, zoals artikel 215, lid 2, EG tot uiting brengt, in de rechtsbeginselen die aan de rechtsordes van de Lid-Staten gemeen zijn, en die op hun beurt in die rechtsordes door gezamenlijke inspanningen van wetgevers, rechters en rechtsgeleerden tot ontwikkeling zijn gebracht. Vandaar de aan deze bijdrage meegegeven titel: in het verleden ligt de toekomst.

⁵³ Wel zou ook voor een particulier de regel kunnen gelden, zoals in het *British Telecom*-arrest ten aanzien van de overheid aangenomen (zie supra), dat het criterium van voldoende gekwalificeerde schending ook toepasselijk is bij het interpreteren van onduidelijke bepalingen van gemeenschapsrecht.

PLAATS VOOR JURISTEN IN BELGIE EN EUROPA

Slotrede door prof. dr. M. STORME

Zo komt een mooie dag ten einde.

Het was goed hier vandaag te mogen toeven om ons te verdiepen in een der meest opmerkelijke ontwikkelingen in de geschiedenis van het recht, met name het indringen van het Europees recht in het nationaal recht. Nog altijd blijft mijns

inziens het woord van Lord Denning bij dit fenomeen het meest reële en tegelijk het meest dichtsterlijke: «*European law is like an incoming tide*».

Dit was het 37e wetenschappelijk congres van onze Vereniging die 110 jaar oud is (1885); mag ik eraan herinneren dat

het tweede rechtskundig congres plaats vond te Brussel in 1903 en dat er toen 220 deelnemers waren. Sinds de heroprichting van de VJV in de zestiger jaren is dit het vierde congres dat we te Brussel mogen organiseren.

Maar bovenal is dit het allereerste congres – beter laat dan nooit – dat door een vrouwelijke Vlaamse juriste werd georganiseerd en dit – voeg ik er graag aan toe – op een voortreffelijke wijze. In uw aller naam zeg ik Kaat Leus en haar medewerkers zeer hartelijk dank, net zoals ik dank zeg aan VUB, de ASLK, de BBL en de Generale, die dit congres hebben gesponsord.

Ook inhoudelijk was het een festijn van de geest met negen uitstekende pre-adviseurs, acht sectievoorzitters, acht secretarissen en acht respondenten. Ten slotte gaat mijn dank naar de beide collega's die het hele debat hebben ingeleid en uitgeleid, Marc Maresceau en Walter Van Gerven.

Sehr geehrte Herr Rabe, Vorsitzender der Deutschen Juristentages,

Es war für mich und den Vize-Vorsitzenden Kollegen Frans De Pauw eine Ehre und Freude an Ihrer Tagung in Münster in 1995 teilgenommen zu haben. Und wir sind froh Sie hier in Brüssel bewillkommen zu können.

Das Recht braucht, wie Chaim Perelman, der bekannte Brüsseler Rechtsphilosoph, es betont hat, ein Auditorium wo Juristen miteinander über das Phänomen des Rechts reden können.

Heute können wir über die Durchwirkung des Europäischen Rechts Gedanken austauschen und das ist ganz wichtig, seit Goethe hat gedichtet:

*«Ein edler Mensch kann einem engen Kreise
Nicht seine Bildung danken.
Vaterland und Welt muß auf ihn wirken»*
(Goethe, Tasso, 1.2.)

Ook U, zeer geachte heer Koster, ondervoorzitter van de Nederlandse Juristenvereniging, die vorig jaar haar 125-jarig bestaan vierde met een mooie feestbundel *«Tussen Droom en Daad»*, heet ik graag welkom.

Ik blijf ervan overtuigd dat dit meer is dan een vriendenvisite; het is telkens een ontmoeting waar wij moeten vaststellen hoeveel wij van elkaar kunnen leren en hoezeer de Nederlandse rechtscultuur in Europa een eigen geluid kan laten horen.

Mijnheer de minister van Justitie,

Het is in Nederland ondenkbaar dat de minister van Justitie niet aanwezig zou zijn op de jaarvergadering van de Juristenvereniging. Ik ben verheugd dat u vandaag de oude traditie die jaren hier ook bij ons bestond, opnieuw opneemt. Want hier zit u niet meer bij de hofmeiers, de belagers of de media, maar bij diegenen die dan toch in Vlaanderen het hoofd en het hart van het levende recht zijn.

Uw voorganger heeft een belangrijke stap gezet door bij wet van 1991 de benoemingen in de magistratuur te objectiveren. Dit is in hoge mate te danken aan de nooit aflatende strijd die wij met onze VJV in dezen hebben gevoerd. Die ontwikkeling moet worden voltooid, want het einde is nog niet in zicht. Bovenal moet de wet van 1991 op haar merites worden geëvalueerd; het is niet te vroeg dit althans na vijf jaar te doen.

Maar ook de logge inertie van «het Gerecht» moet worden overwonnen. Met Gerecht bedoel ik uiteraard alle actoren die bij de werking van het gerecht betrokken zijn. Ik heb lange tijd gedacht dat het wel kon met allerlei middelen, zoals

het bijsturen van de wet, maar vandaag zeg ik dat het veel fundamenteeler moet want *hier is een overheidsdienst werkzaam, die goederen, d.w.z. vonnissen en arresten produceert, waarvan de leveringstermijn niet is bepaald*. Het gaat bovendien om de belangrijkste en tevens de edelste overheidsdienst: hij moet menselijke conflicten oplossen, bovendien recht spreken en bij dit alles gerechtigheid doen. Maar de adel van deze activiteit rechtvaardigt niet dat hier geen termijnen opgelegd worden.

De kwaliteit van het product, om in de gebezigde terminologie te blijven, kan daarentegen wel worden bekritiseerd. Er zijn niet alleen de vele rechtsmiddelen, waarbij men de producent een nieuwe kans geeft (verzet, derdenverzet, en in zekere zin herroeping van gewijsde) of waarbij men naar een andere producent stapt (hoger beroep, cassatie, Straatsburg); er is ook de aansprakelijkheid van de producent zelf (burgerrechtelijk: artikel 1147 Ger. W. en strafrechtelijk: artikel 258 S.W.: verhaal op de rechter en veroordeling wegens rechtsweigeren). Soms is zelfs het staatsbedrijf aansprakelijk voor de onbehoorlijke productie van het rechterlijk dochterbedrijf (arrest Anca). Maar een ontijdige of laattijdige levering wordt vooralsnog niet nationaal gesanctioneerd.

De tijden zijn rijp voor een fundamentele hervorming want nu is het zoals men in de volks mond zegt:

«God slaat niet of Hij zalft»

Men heeft immers moeten wachten tot recentelijk voor-
aanstaande politici – terecht of ten onrechte – in aanraking kwamen met het gerecht om in politieke middens eindelijk te horen verklaren dat aandacht moet worden besteed aan de goede werking van een onafhankelijk en onpartijdig gerecht.

En dat het fundamenteel moet gebeuren, moge ik staven met twee cijfergegevens:

(a) Het aantal inleidingen voor de hoven van beroep is nog steeds hoger dan het aantal uitspraken, zodat de achterstand hoe dan ook blijft toenemen.

(b) Er zijn op dit ogenblik in totaal – met weglating van de eerste voorzitter – 187 magistraten in de hoven van beroep, die in 1993 17.500 arresten velden.

Met plaatsvervangende raadsheren alleen redt men het dus niet. Wij hebben behoefte aan een of andere vorm van *Managerial Justice* en dit op alle echelons. En om dit voor te bereiden zouden alle rechtscolleges moeten doorgelicht worden, niet door een auditbureau, maar door vijf *visitatiecommissies* – één per rechtsgebied – bestaande uit magistraten in ruste, advocaten uit een ander rechtsgebied, professoren van een of andere rechtsfaculteit en consumenten-rechtszoekenden.

Mag ik eraan toevoegen dat de ervaring met de *visitatiecommissies* van de Vlaamse en Nederlandse universiteiten overtuigend heeft bewezen dat dit een voortreffelijk instrument is om de kwaliteit én de efficiëntie van het onderwijs en het onderzoek te stimuleren, zodat dit ook nuttig zou kunnen aangewend worden bij de productiviteitsstudie van het gerecht. Bovendien kosten deze *visitatiecommissies* omzeggens niets.

Ten slotte zou hierdoor op geen enkele wijze inbreuk worden gepleegd op het principe van de scheiding der machten, wat niet kan gezegd worden van eventuele parlementaire onderzoekscommissies.

* * *

Dames en Heren,

U verwacht van mij een soort «*State of the Association*» en dit sinds het 36e Congres te Antwerpen in 1994.

Wij hadden onze jaarvergadering in Sint-Niklaas, gewijd aan de moeilijke verhouding tussen recht en politiek, juristen en politici.

Vorige week organiseerden wij opnieuw in het kader van Flanders' Technology (thans Technoland) een druk bijgewoonde studiedag over de informatie-snelweg.

Tussendoor bezochten wij de verschillende arrondissementen om er lunch- of avondmaalcauserieën mee te maken: na Brugge en Hasselt kwamen Oudenaarde, Ieper en Kortrijk aan de beurt. Eerstdaags volgen Mechelen, Leuven en Turnhout en zo verder...

Ons blad «Vlaams Jurist Vandaag» kende een stijgende waardering, én door de prachtige presentatie én door de kwaliteit van de bijdragen. In dit blad mochten wij persoonlijk, dan wel in naam van de Vereniging, duidelijke standpunten vertolken met betrekking tot politieke actualiteiten die het justitiebeleid, de werking van de wetgeving en van de rechterlijke macht en de rechtsstaat betroffen.

Enkele dagen geleden mochten wij aan de minister van Justitie ons manifest over het justitiebeleid overhandigen. Het werd intussen ook gepubliceerd in «Vlaams Jurist Vandaag» en algemeen bijzonder positief onthaald.

Maar nieuwe initiatieven staan reeds op het getouw: de wetgevingscel, de staatsrechtconferentie, het maatschappelijk debat over Recht en Gerecht.

Ook de jaarvergadering van 24 mei 1997 in Tongeren wordt nu reeds voorbereid en zal gewijd zijn aan het rechts-onderwijs. Meer bepaald willen wij nadenken over het profiel van de juristen die in 2020 de maatschappij mede zullen boetseren. Ook zullen wij de vraag moeten stellen naar de *slagkracht van 14 Nederlandstalige rechtsfaculteiten op de Europese interne markt*.

Wij plannen de oprichting van een Vereniging van Vlaamse Juristen in overheidsdienst, alsook ontmoetingen met de beroepsverenigingen van juristen (advocaten, magistraten, bedrijfsjuristen, notarissen, ...) en met de overige Vlaamse verenigingen.

Eindelijk is het voor mij een groot genoegen te mogen meedelen dat de prijs die wij uitgelooft hebben ten gevolge van het 110-jarig bestaan van onze vereniging, na rijp beraad door de aangestelde jury, vandaag overhandigd kan worden aan dr. Stefaan Callens voor zijn werk: «*Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*». Mag ik hem uitnodigen om deze prijs thans in ontvangst te komen nemen.

* * *

Staat u mij toe om in deze slotrede enkel twee thema's kort te behandelen, omdat zij aansluiten bij de naam van onze Vereniging: *Vlaamse Juristen*.

Ik begin met het eerste, omdat het ook de mogelijkheid geeft de brug te slaan naar het thema van vandaag. Inderdaad het gebeurt herhaaldelijk dat men in de triade Vlaanderen-België-Europa, de middenterm bewust, doch mijns inziens ten onrechte, laat vallen.

Ik zal u niet verhehlen dat ik persoonlijk moeite heb met de pogingen van sommigen om Vlaanderen meteen als een volledig autonome en zelfstandige entiteit direct in Europa on-

der te brengen, zonder dat men hiervan een ernstige kosten-baten-analyse heeft gemaakt. Zo ben ik er vooralsnog niet van overtuigd dat onze taal en cultuur in de vrije ruimte van Europa beter zullen beveiligd zijn dan in ons land.

Evenzeer heb ik moeite met diegenen die na elke (constitutionele en institutionele) hervorming meteen een volgende stap willen zetten, alsof wij gedoemd zouden zijn om ten eeuwigen dage verder dol te draaien in een carrousel, zonder dat wij ons een adempauze mogen gunnen om nieuwe instellingen (zoals bv. het Vlaams Parlement) eerst naar behoren te laten werken.

Ten slotte zijn wij in Vlaanderen doende egoïstische illusies te scheppen over een samenleving die een puur Vlaams paradijs zal zijn, waar we het allemaal veel beter zullen doen dan waar ook ter wereld.

Zouden wij ons daarentegen niet in de eerste plaats de vraag moeten stellen *welk Vlaanderen wij willen?*

Hebben wij een mening, zo ja welke, hoe Vlaanderen tegen het jaar 2020 (over amper een kwarteeuw) ondermeer op de hiernavolgende vragen een antwoord moet bieden:

1. *De economische welvaart, het sociaal beleid en het geestelijk welzijn* in Vlaanderen, waarbij ondermeer opdoemen de werkloosheid, de milieuverontreiniging en de onveiligheid.

2. *De cultuur* die wij den volke brengen moeten. Ik gruwel wanneer een vooraanstaand Vlaams politicus komt verklaren dat onze cultuur gered is, nu 80% van de kijkers in Vlaanderen naar Vlaamse TV-programma's kijkt (*sic*). In wezen is dit een desolaat televisie-landschap geworden dat goeddeels debilerend en erotiserend werkt.

3. *De samenwerking met Nederland* en het promoten van Benelux in Europa. Opvallend was bijvoorbeeld het feit dat op 28 februari jl. het Nederlands-Vlaams cultureel verdrag op een drafje werd goedgekeurd, omdat de zogeheten schrikkelnota over een volgende staatshervorming – en de molen draait maar vaart – een prioritaire parlementaire behandeling behoefde.

4. *De tolerantie* in onze samenleving. Persoonlijk heb ik niet de indruk dat «anders denken» in Vlaanderen op politiek, ideologisch, levensbeschouwelijk, cultureel, maatschappelijk, etnisch en taalkundig gebied door bepaalde opinion-makers wordt geduld.

5. Er moet gewaarschuwd worden voor een *verkeerde aanpak van de solidariteit*. Wie de solidariteit misbruikt door zelf jarenlang een sector te laten verzieken, mag niet verwachten dat alles door de gehele gemeenschap zal worden opgelost. Om nu eens niet te verwijzen naar de sociale zekerheid in eigen land, moge ik refereren aan het recente voorval met de Engelse dulle koeien, waar de Europese Gemeenschap niet voor het geheel mocht opdraaien, nu gebleken was dat men in Engeland jarenlang had nagelaten de Europese normen correct na te leven.

Maar er moet evenzeer gewaarschuwd worden voor de *perversiteit van het doorbreken van de solidariteit*, want meestal vergeet men dat er meer is dan een solidariteit tussen Noord en Zuid. Er is eveneens solidariteit tussen Oost en West of tussen steden waar het geld ronddraait en andere steden. Er is ook een transgenerationele solidariteit tussen jongeren en ouderen en een sociale solidariteit tussen werkenden en werklozen. Zijn wij in Vlaanderen niet aardig op weg om de kring der solidariteit onzichtbaar maar zeker te doorbreken en een groepsegoïsme optimaal te cultiveren?

Maar onze intelligentsia mag zich niet beperken tot kritische vragen en waarschuwingen. Zij moet ook inhoud geven aan datgene wat wij vanuit Vlaanderen kunnen realiseren op het gebied van de cultuur, de wetenschap, de technologie en het entrepreneurship. Want daar liggen onze voornaamste troeven. En mag ik diegenen die hieraan mochten twijfelen de lectuur aanbevelen van het pas verschenen verhaal over Van Maerlant, de man van Damme en van Voorne, de vader der «*Dietsche dichtren al te gader*», maar bovenal de man die de kunst en de kennis van zijn tijd in een wereld van woorden wist om te toveren (van Oostrom, F., Maerlants wereld, Amsterdam 1996).

Onder de intellectuelen blijven de juristen een eminente rol vervullen, maar een rol die ons dwingt hierover kritisch na te denken: «*Nachdenken über das eigene Tun*».

1. In de eerste plaats omdat er *stormen gaan over de juridische beroepen* (sic: de Groot-van Leeuwen, L.E., en Quant, L.H., Ethiek en het juridisch beroep, Den Haag, 1995, p. 7).

De rechterlijke macht moet voortdurend aan zelfbeschouwing doen als gevolg van toegenomen werkdruk, grotere noodzaak tot specialisatie, integratie van de gerechten en vereenvoudiging van procedures, om er slechts enkele te noemen. Het openbaar ministerie wordt geconfronteerd met verschijnselen als een steeds harder wordende criminaliteit, interne gezagscrises, een zich eigennuttig opstellende politie en een steeds beter toegeruste en brutalere advocatuur. De advocatuur op haar beurt wordt door de criminaliteit belaagd, door de publieke opinie aangevallen, door het openbaar ministerie verguisd en door de consument aan-

sprakelijk gesteld. Het notariaat volgt in het voetspoor van de advocatuur en merkt dat zijn traditioneel beschermde positie, onder meer door het streven naar meer marktwerking, in gevaar komt. Bedrijfsjuristen zien het karakter van hun beroep veranderen door gewijzigd vennootschaprecht, toegenomen aansprakelijkheden, sterke internationalisering, vrijere marktwerking en assertiever koperspubliek.

2. De juristen die bij uitstek «*connoisseurs of law*» zijn (de uitdrukking komt van A.T. Kronman, *The lost lawyer; failing ideals of the legal profession*, Cambridge Mass., 1993), zouden hun deskundigheid in de eerste plaats ter beschikking moeten stellen om het recht, de rechtsbescherming, de toepassing van wetten en reglementen dichter bij de burger te brengen.

Dit zou betekenen dat zij meteen afstand zouden nemen van de «terreur» van het recht en deze meteen vervangen door de dienstbaarheid van het recht.

Dit betekent ook dat wij bijzonder gevoelig blijven voor een rigied respect van de rule of law. Concreet betekent dit bv. dat wij de doorwerking van het arrest Van Hool beschouwen als een toetssteen voor de Belgische Rechtsstaat.

3. Ten slotte en aansluitend bij het voorgaande zijn juristen ook diegenen die op zeer vele gebieden de *ethische zorg in onze samenleving* normatief dienen te verwoorden. Zij zouden naar het woord van Etty Hillesum «*een pleister moeten zijn op vele wonden*».

Dit is onze roeping. Moge de Vlaamse Juristenvereniging ook in de toekomst het forum bij uitstek blijven om deze idealen gezamenlijk te beleven en uit te dragen.

VERSLAGEN

ALGEMEEN VERSLAG

Onder een stralend blauwe hemel tussen het ontluikende voorjaarsgroen mocht de Vlaamse Juristenvereniging de deelnemers verwelkomen op haar tweejaarlijks wetenschappelijk congres, dit jaar georganiseerd aan de Vrije Universiteit Brussel.

Bij aankomst ontvingen de congresdeelnemers-leden van de vereniging, met de congresdocumenten meteen ook een mooi geschenk als blijk van waardering voor hun trouw lidmaatschap.

Prof. dr. K. Leus had de eer als eerste vrouwelijke congresvoorzitter in het 110-jarig bestaan van de vereniging, het 37e wetenschappelijk congres van de vereniging te openen en de talrijke deelnemers uit verscheidene beroepsmiddelen te verwelkomen. De congresvoorzitter mocht tevens de heer Rabbe, voorzitter van de Duitse Juristenvereniging en de heer Koster, ondervoorzitter van de Nederlandse Juristenvereniging welkom heten. Prof. dr. E. Witte, rector van de VUB hield de openingsrede.

In afwijking van de vorige congressen, werden de parallelle secties (8) voorafgegaan door een plenaire sessie.

Prof. dr. M. Maresceau gaf een inleiding over «De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht», waarin de

problematiek van de «doorwerking» werd uiteengezet ten einde belangrijke rechtspunten zoals de directe werking, de richtlijnconforme interpretatie, de Francovich-jurisprudentie..., te situeren en toe te lichten. Deze aanpak werd fundamenteel geacht, mede in het licht van de thematische materiële benadering in de parallelle secties (elders in dit nummer gepubliceerd).

Volgende themata kwamen daar aan bod:

Sectie I «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» (voorzitter prof. M. Flamee);

Sectie II «De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in de sector van de overheidsopdrachten» (voorzitter prof. J. Dujardin);

Sectie III «De beperkingen voor een federaal en regionaal milieubeleid die voortvloeien uit de interne markt» (voorzitter prof. W. Lambrechts);

Sectie IV «De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht op het gebied van de fiscale rechtsbescherming» (voorzitter prof. F. Van Istendael);

Sectie V «De rechtsverhouding tussen het Europees economisch recht en het nationaal sociaal recht» (voorzitter prof. B. Dubois);

Sectie VI «De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht met betrekking tot de strafbaarstelling» (voorzitter prof. C. Van Den Wijngaert);

Sectie VII «De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in het procesrecht» (voorzitter prof. P. Lemmens), en

Sectie VIII «De 'doorwerking' van komende Europese regelgeving in het vennootschapsrecht» (voorzitter prof. E. Wymeersch).

Pre-adviseurs waren respectievelijk prof. J. Stuyck, de heer J. Stevens, auditeur Raad van State, mr. G. Van Hoorrick, prof. L. Denys, mr. Van Hoogenbemt, prof. B. Spriet, prof. J. Laenens, prof. L. Cornelis en A. François, aspirant N.F.W.O.-V.U.B. Hun omstandige pre-adviezen werden opgenomen in het *R.W.*, 1996, 13-20 april, nr. 33-34, 1107-1192.

De pre-adviezen werden in de secties besproken aan de hand van vooraf vastgestelde vraagpunten, zodat het debat in de secties primeerde. Respondenten waren: prof. R. Van Den Bergh, prof. D. D'Hooghe, mr. D. Van Der Meersch, prof. H. Dubois, P. Schoukens, wet. medewerker K.U.-Leuven, raadsheer L. Huybrechts, prof. P. Taelman, en prof. K. Van Hulle.

De besprekingen in de verschillende secties waren uitermate boeiend. De tijd te kort. Zowel het werk van de pre-adviseurs als van de respondenten was de basis voor geanimeerde discussie binnen de secties.

Tijdens de middagpauze wandelen de deelnemers naar het studentenrestaurant, waar velen niet wachten tot de namiddagvergaderingen om de debatten voort te zetten.

In de namiddag mocht de vereniging zich verheugen op de geïnteresseerde aanwezigheid van de minister van Justitie, de heer S. Declerck.

Rond 16.00 u werden de sectievergaderingen afgerond door de congresvoorzitter, die een speciaal dankwoord richtte tot de preadviseurs, de respondenten, voorzitters van de sectievergaderingen, en hun secretarissen, m.n. P. De Bruyne, S. Baeten, mr. A. De Sloovere, B. Peeters, prof. dr. G. Van Limberghen, F. Deruyck, prof. dr. B. Maes, prof. dr. K. Byttebier. De verslagen van deze laatsten worden elders in dit nummer gepubliceerd.

De boeiende slotrede over «De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht: 'back to the future'?» werd gehouden door prof. dr. W. Van Gerven (publicatie elders in dit nummer).

Prof. dr. Marcel Storme, voorzitter van de Vereniging sloot uiteindelijk dit congres af met een betoog voor een plaats voor Vlaamse Juristen in België en in Europa (publicatie elders in dit nummer).

Allereerst dankte hij de congresvoorzitter en haar team voor het voortreffelijke werk dat werd gepresteerd ter voorbereiding van dit schitterend congres van de Vlaamse Juristenvereniging. Zijn dank ging voorts uit naar de uitstekende pre-adviseurs, sectievoorzitters, secretarissen en respondenten, alsook naar hen die het hele debat hebben ingeleid en uitgeleid, prof. M. Maresceau en prof. W. Van Gerven. Het werd een inhoudelijk festijn.

Tijdens zijn slotrede overhandigde de voorzitter de prijs uitgelooft ter gelegenheid van het 110-jarig bestaan van de Vereniging, aan dr. Stefaan Callens voor zijn werk «Goed ge-

regeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek.»

De voorzitter besluit dat de juristen een eminente rol blijven vervullen, maar een rol die hen dwingt hierover kritisch na te denken «*Nachdenken über das eigene Tun*»:

1. omdat er stormen gaan over de juridische beroepen,
2. omdat de juristen, bij uitstek «*connoisseurs of law*» hun deskundigheid ter beschikking moeten stellen om het recht, de rechtsbescherming, de toepassing van wetten en reglementen dichter bij de burger te brengen,
3. omdat de juristen diegenen zijn die de ethische zorg in onze samenleving normatief dienen te verwoorden.

Het is dan ook de hoop van de voorzitter dat de Vlaamse Juristenvereniging ook in de toekomst het forum bij uitstek zou blijven om deze idealen gezamenlijk te mogen beleven en uit te dragen.

Alle deelnemers werden vervolgens uitgenodigd tot een drink in de gebouwen van de VUB.

Vele congresgangers kwamen ten slotte samen en genoten van het prachtige kader in het Hotel Astoria te Brussel en van het heerlijke banket. Het zou evenwel geen banket van de Vlaamse Juristenbeweging zijn zonder de vanzelfsprekende en gewaardeerde tafelredes van prof. E. De Pauw, ondervoorzitter van de vereniging en mr. G. Franck, ere-deken van de Nationale Orde van Advocaten, waarna volgens aloude traditie tot slot het woord werd gegeven aan de vertegenwoordiger van de Nederlandse Juristenvereniging.

Y. VANDEN BOSCH
secretaris-generaal
Vlaamse Juristenvereniging

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

De materiële doorwerking van de bepalingen van het EG-Verdrag en van de verordeningen en beschikkingen inzake kartelrecht en concentratiecontrole, is structureel ingebed in het Belgische recht: de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (hierna: WEM) is in hoge mate geïnspireerd op Europese rechtsbronnen.

Inzake concentratiecontrole is de bevoegdheidsverdeling tussen de Belgische Raad voor de Mededinging (hierna: de Raad) en de Europese Commissie (hierna: de Commissie) beheerst door kwantitatieve drempels, zodat verstoringen van de interstaatse handel die boven deze drempels uitstijgen, onbetwistbaar onder de bevoegdheid van de Commissie ressorteren.

In het kartelrecht, dat niet wordt beheerst door een gekwantificeerde bevoegdheidsafbakening tussen de nationale en de communautaire kartelrechtelijke instanties, rijzen meer vragen inzake de gelijktijdige toepassing van de artikelen 2 en 3 van de WEM en van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag. Het onderzoek naar de doorwerking van het communautaire recht, ontleent zijn voornaamste nut aan de problematiek van de toepassing van de Europees geformuleerde normen voor de Belgische rechter en aan de bereid-

heid tot handhaving van zowel uitdrukkelijke als geïmpliceerde Europese voorschriften door deze rechter binnen ons grondgebied.

Als toetssteen voor de gezamenlijke en gelijktijdige toepassing van het nationale en het Europese kartelrecht voor de Belgische rechter, worden de principes vooropgesteld uitgezet door het Europese Hof van Justitie in het *Walt Wilhelm*-arrest¹. In deze uitspraak hanteert het Hof het «double barrier»-principe, d.i. dat naar aanleiding van een beweerde overtreding van zowel het nationale als het Europese kartelrecht, eenzelfde ondernemingsafpraak aanleiding kan geven tot twee parallel lopende procedures: één op grond van het communautaire recht en één op grond van het nationale recht. Niettemin dient de nationale rechter zijn recht op dusdanige wijze toe te passen, dat de uitspraak waartoe deze toepassing leidt – in geval van twee parallelle procedures – niet verzoenbaar is met de volledige en uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht en dat bovendien bij de bepaling van de strafmaat, deze straf dient gedragen te worden door de eigen doelstelling van de toegepaste normen en door algemene billijkheidsgronden die een cumulatie zonder meer afkeuren.

Indien de WEM, naar Italiaans voorbeeld, een «single barrier» toepassing inzake kartelafspraken en misbruik van machtspositie zou opnemen, dient lering getrokken uit de manco's van het voorbeeld: indien de Italiaanse benadering aantrekkelijk is in concept, faalt zij deels in haar concrete uitwerking. Eén van de oorzaken van dit falen is dat enkel de Italiaanse kartelautoriteit gehouden is door het «single barrier»-principe, maar niet de rechtbanken.

Inzover het begrippenapparaat in de WEM gestroomlijnd is op de Europese concepten, zal de Raad of de nationale rechter voor de uitlichting van deze begrippen kunnen putten uit de op Europees niveau gevestigde jurisprudentie. Uiteraard is deze interpretatieve doorwerking beperkt door de – vooral territoriaal – onderscheiden werkingsgebieden van WEM en Europees recht: in tegenstelling tot de WEM, beogen de Europese normen eveneens ondernemingsafspraken te laten toetsen aan de afscherming van nationale markten.

De respondent, R. Van Den Bergh, toetst de vraag of er ruimte is voor een eigen Belgisch kartelrecht inmiddels een economisch georiënteerde kosten-baten analyse van, in het ene uiterste, een nationale procedure met een eigen materieelrechtelijk kader (decentralisatie) ten opzichte van, in het andere uiterste, een uniforme toepassing van enkel Europese normen door enkel Europese instanties (centralisatie).

Ten voordele van decentralisatie pleiten informatievoordelen: de lokale kartelinstantie is een agent die de informatie verzamelt in het belang van de rechtsconsumenten. De centrale organen faciliteren en sturen deze uitwisseling van informatie en vermijden een protectionisme van de ene decentrale consument van recht tegenover een andere.

Concurrentie tussen decentrale normen geldt bovendien als een leerproces: de chemie tussen afwijkende en strijdige normen – die kan leiden tot een verbetering van de centrale normen – gaat verloren indien alle decentrale normeerders uniform het centrale model overnemen en, a fortiori, bij het verdwijnen van decentrale normeerders.

Ten nadele van decentralisatie kan onder meer worden gewezen op de externaliteiten: d.i. de onderlinge – ongewenste en zelfs disruptieve – effecten van het ene decentrale stelsel op de rechtsen feitelijke verhoudingen in een ander centraal stelsel. Het actuele rechtskader noopt tot het besluit dat het Europees niveau deze disrupties niet opheft noch verzacht: de eigen exclusieve Europese bevoegdheid inzake concentratiecontrole wordt immers louter bepaald door kwantitatieve drempels. Deze bevoegdheidsverdeling is vatbaar voor kritiek: de negatieve spillover van een decentrale beslissing in een andere lidstaat, biedt een relevanter criterium voor het bepalen van de bevoegdheid van de Commissie.

Het herleiden van de bron van recht tot één centraal niveau, vermindert de transactiekosten en leidt tot wetgeven-de schaaieconomieën. In praktijk is de convergentie met de centrale normen zoals die voorkomt in de WEM, een transactiekostenbeperkende factor.

Het blijkt niet mogelijk op algemene wijze te poneren of decentralisatie de lokale wetgevers inspireert tot een destructieve concurrentie, dan wel hen tot een «race to the top» aanspoort.

Er wordt aangestipt dat deze analyse kan ingepast worden in de op handen zijnde verfijning van de WEM en, meer bepaald, voor een aanpassing inzake twee punten: ten eerste de handhaving van de aan het EG-Verdrag ontleende begrippen en ten tweede, het bereik waarin de Raad een eigen afwijkende koers kan varen.

Het subsidiariteitsbeginsel geeft voedsel aan een logica waarin de communautaire organen afzien van bevoegdheid, wanneer de doelen van de gemeenschap beter worden gediend door een decentrale aanpak.

Het subsidiariteitsbeginsel creëert niettemin geen relevante bijkomende ruimte voor een nationaal mededingingsbeleid: in het licht van het *Walt Wilhelm*-arrest, zullen communautaire groepsvrijstellingen de facto het bevoegdheidsveld volledig bestrijken. Deze vaststelling wordt versterkt door het gegeven dat de Commissie een beleid kan voeren, terwijl de Raad essentieel een administratief orgaan blijft.

Een nationale afwijkende beoordeling inzake vertikale beperkingen wordt als wenselijk ervaren: te strenge communautaire beoordelingen heffen eventueel positieve aspecten van vertikale integratie (o.m. lagere transactiekosten) op en sporen – paradoxaal genoeg – aan tot een stabiele geïnstitutionaliseerde vorm van vertikale integratie. De nood aan een soepele beoordeling noopt tot een ingrijpen ex post, via het misbruikstelsel, en tot een verwerping van een ab initio verbod van concurrentiebeperkende afspraken.

Per conclusie is de ruimte voor een nationaal mededingingsbeleid denkbaar, al put inzake kartelrecht de Europese bevoegdheid middels het criterium van de beïnvloeding van de interstatelijke handel op dit moment de materie verder uit dan nodig en zou een verdere decentrale bevoegdheid uit het oogpunt van een kosten-baten analyse, betere resultaten geven. De decentrale motoriek kan een voorafspiegeling vormen van de te nemen Europese maatregelen. De kwantitatieve bevoegdheidsafbakening tussen de nationale en de communautaire instanties voor concentratiecontrole zou beter wijken voor een criterium op basis van de negatieve spillover van een nationale beslissing voor een andere lidstaat.

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

Op dit moment is de Raad niet geconcipieerd als een beleidsorgaan. Inzake de opportuniteit van een beleidsfunctie voor de Raad, rijst enerzijds de vraag of België niet te klein is voor een relevant beleid in het raam van de eenheidsmarkt. Anderzijds bestaat de noodzaak om voor bepaalde materies (bv. media) een decentraal beleid te voeren op Belgisch en eventueel op Vlaams niveau. In het kader van het nieuwe spanningsveld tussen het primaat van het communautair recht en het subsidiariteitsbeginsel, dient op vandaag de vraag beantwoord te worden tot op welk niveau men aan de Raad een eigen beleidsbevoegdheid wil toekennen.

Peter De Bruyne

Bedrijfsjurist

Vrijwillig medewerker Centrum Economisch recht

Vrije Universiteit Brussel

SECTIE 2

De doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht in de sector van de overheidsopdrachten

Na een schets van zijn pre-advies door referent J. Stevens, werd de discussie geopend door een «provocatief» standpunt van respondent D. D'Hooghe: hij beweerde namelijk dat de overheid via de wet op overheidsopdrachten niet (altijd) de «beste koop» kan doen. Indien immers de kosten voor het maken van een wetgeving op de overheidsopdrachten, het toepassen daarvan door de bestuurders, het voeren van geschillen en de daaruit eventueel volgende schadevergoeding zouden worden meegerekend in de kostprijs van de opdracht, dan zou het voor de overheid voordeliger zijn om de besturen meer vrijheid te geven. Het strakke keurslijf kan tot aan de drempelbedragen van de E.G.-richtlijnen worden afgeworpen. Hij verwees hierbij naar de Nederlandse studie.

Een deelnemer had echter de overtuiging dat het via een algemene offerteaanvraag mogelijk is om de gunningscriteria zodanig te bepalen dat het bestuur, binnen het kader van de wet op de overheidsopdrachten, de «beste koop» kan sluiten. Het opstellen van het bestek is hier een zeer belangrijke factor.

Referent J. Stevens vond dat de regels betreffende de overheidsopdrachten belangrijk zijn wegens het feit dat het bestuur werkt met geld van de gemeenschap. De reglementering moet de gelijkheid tussen de verschillende mogelijke inschrijvers en de transparantie van de procedure waarborgen. Hiermee komt het bestuur misschien niet altijd tot het sluiten van de «beste koop», maar hij vond dit ondergeschikt aan het principe van de «rechtstaat». De ingewikkelde reglementering volgt immers op vroegere misbruiken van de besturen.

Voorzitter J. Dujardin besloot, met betrekking tot de discussie over dit thema, dat de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten moet zorgen voor spelregels voor een behoorlijk optreden van de overheid, maar dat een al te detailistische uitwerking een rem kan vormen voor een bestuur ter goeder trouw. Hij herhaalde dat bijzondere zorg moest besteed worden aan de voorbereiding van de opdracht (o.m. het bestek) om tot de «beste koop» te komen.

De vereiste van het moeilijk te herstellen nadeel (als één van de twee grondvoorwaarden van het administratief kort geding) is volgens D. D'Hooghe in te passen in de rechtsbescherming als voorzien door de Richtlijnen nrs. 89/665 en 92/

13. Hierbij maakt hij wel een voorbehoud ten aanzien van de rechtspraak van de franstalige kamers van de Raad van State: deze is manifest strijdig met de vermelde richtlijnen.

De deelnemers aan de sectie wezen vooral op het resultaat: de voorwaarden van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan «Europese problemen» geven. Dit wil zeggen dat ze kan leiden tot veroordelingen van de Belgische Staat tot het vergoeden van de schade die volgt uit een niet (volledige) omzetting van richtlijnen.

Referent J. Stevens kwam tot de conclusie dat de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel ertoe kan leiden dat de burger niet de *toegang* tot de beroepsprocedures heeft zoals die voorgeschreven worden door artikel 1.3 van beide Europese richtlijnen. Hij onderstreepte met name dat de rechtspraak van de franstalige kamers manifest strijdig is met de Europese richtlijnen; hij vroeg zich daarenboven af of deze al te restrictieve interpretatie van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet strijdig is met de Belgische wetgeving.

Respondent D. D'Hooghe opperde de vraag of het niet inconsequent is om enerzijds te stellen dat *het na het uitvoeren van een opdracht* niet meer nuttig is om de gunningsbeslissing te schorsen, maar anderzijds wel over te gaan tot de vernietiging van die beslissing. De reden van de weigering tot schorsing van de Raad van State is immers dat dit geen nuttig effect meer heeft, maar heeft een vernietiging dit dan nog wel? Hij oordeelt zonder hier evenwel dieper op in te gaan dat de Raad ook na de uitvoering van de opdracht nog moet overgaan tot de schorsing.

Volgens referent J. Stevens is het uitgangspunt van voorgaande redenering fout: de schorsing en de vernietiging hebben een andere finaliteit. De schorsing dient tot het voorkomen van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel: de verzoevende partij wil zelf de opdracht toegewezen krijgen of ten minste een nieuwe kans krijgen. Na het uitvoeren van de opdracht is geen herstel in natura meer mogelijk: de schorsing heeft dan ook geen zin meer. De vernietiging is echter wel nuttig, al was het maar om het risico van een (wettige) herhaling van een (onwettige) onderhandse gunning te voorkomen.

Respondent D. D'Hooghe wees op het belang van het ter beschikking stellen van de nodige informatie aan de rechtsonderhorigen die een vordering willen instellen. Hij duidde hierbij weliswaar op het probleem van de vertrouwelijkheid van bepaalde informatie, waardoor het voor bestuur moeilijk is om alle gegevens vrij te geven.

Verder werd het probleem aangekaart van een rechtspersoon die *geen* administratieve overheid is in de zin van artikel 14 R.v.St.-wet maar wel binnen het toepassingsgebied valt van de Richtlijnen nr. 89/665 of nr. 92/13. Referent J. Stevens stipte aan dat nog lang niet bepaald was dat de overheidsbedrijven slechts een administratieve overheid zijn in de mate dat ze een openbare dienst uitoefenen. De rechtspraak van de franstalige kamers van de Raad van State gaat volgens hem weliswaar eerder naar een functionele benadering, maar hij wees erop dat een aantal argumenten aan te halen waren om de overheidsbedrijven, ook in de mate dat ze geen openbare dienst verzekeren, te beschouwen als een administratieve overheid. Deze stelling van de referent kan, volgens een aantal aanwezigen, toch niet voorkomen dat de controle op de overheidsopdrachten verder versnipperd; de privé-be-

drijven, die adressanten zijn van de richtlijnen, vallen zeker niet onder de bevoegdheid van de Raad van State.

Kan een beroep op de burgerlijke rechtscolleges dan volstaan? Kunnen zij overgaan tot de vernietiging van de beslissing van de adressant van de richtlijn waarbij deze besloten heeft de opdracht aan een bepaalde gegadigde te gunnen? Een deelnemster maakte de opmerking dat deze rechtscolleges in principe het verbintenissenrecht gaan toepassen en dat de nietigheid daarin als een zeer zware sanctie wordt beschouwd, die slechts wordt toegepast wanneer dat echt noodzakelijk is.

Indien echter op de voorafgaande vragen positief geantwoord wordt, kunnen deze rechtscolleges dan niet dezelfde bevoegdheden krijgen ten aanzien van de administratieve overheden? Behoeft de Raad van State dan nog wel enige bevoegdheid in het kader van de wetgeving «overheidsopdrachten»?

De deelnemers aan de sectie vonden dat de wetgever niet tot een volledige implementering van de richtlijnen was gekomen (een stelling die door referent Stevens reeds in het pre-advies werd onderschreven). Vooral de versnippering van de rechtsbescherming kwam onder vuur te liggen. Het teveel aan rechtsbescherming werkt contra-productief. Naar het oordeel van een aantal van de deelnemers heeft de introductie van het administratief kort geding, voornamelijk wegens de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, geen verbetering aangebracht aan de rechtsbescherming. Deze voldoet niet aan de vereisten van de richtlijnen en kan daarom leiden tot een veroordeling van de Belgische Staat wegens het niet (voldoende) uitvoeren van een richtlijn. De staatsaansprakelijkheid kan hierdoor in gedrang komen.

In het pre-advies heeft referent J. Stevens reeds een aantal voorstellen tot verbetering van de rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten gedaan. Zo pleitte hij onder meer voor het instellen van een wachttermijn tussen de gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst om te vermijden dat de overheid de Raad van State buiten spel zet door (vlug) de overeenkomst te sluiten. Deze stelling werd volledig onderschreven door respondent D. D'Hooge, die het instellen van een dergelijke wachttermijn als een belangrijke stap in de strijd tegen het voldongen feit beschouwt.

Verskillende deelnemers verwachten echter weinig resultaat van een (eindeloos) gesleutel aan de bestaande duale rechtsbescherming. Prof. I. Opdebeek suggereerde met een «nieuw lei» te beginnen: een tabula rasa wat de bevoegdheidsverdeling tussen de gewone en de administratieve rechtscolleges betreft. Deze zou gepaard moeten gaan met een herziening van de artikelen 144 en 145 G.G.W. Daarbij werd onder meer de incorporatie van de Raad van State in de rechterlijke macht voorzien met het oog op het bereiken van een juridisch monisme.

Referent Stevens betwijfelde dat de rechtscolleges, die nog nooit een overeenkomst inzake overheidsopdrachten hebben vernietigd, dit wel zouden doen op het ogenblik dat de Raad van State zou worden afgeschaft.

Respondent D. D'Hooge wees hierbij op het feit dat de duale rechtsbescherming was ontstaan uit de weigering van de rechterlijke macht om een daadwerkelijke controle op de uitvoerende macht. Dit gebrek aan controle werd opgevangen door de Raad van State via de theorie van de afsplitbare akte, die uit Frankrijk was komen overwaaien. Nu is de rech-

terlijke macht lang niet zo terughoudend meer om de uitvoerende macht te controleren. Hij is daarom voorstander van de afschaffing van de duale rechtsbescherming, die een aantal manifeste problemen kent. Hij verkies echter de Raad van State als enig bevoegd rechtscollege inzake overheidsopdrachten, omdat de Raad de gespecialiseerde instantie voor de controle op de overheid is.

Referent J. Stevens blijft voorstander van de duale rechtsbescherming, met meer samenwerking tussen de administratieve en de gewone rechtscolleges. In zijn pre-advies heeft hij een soort ideaal beeld geschetst (zie Stevens, J., «De doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht in de sector van de overheidsopdrachten. Overheidsopdrachten: Europese en nationale rechtsbescherming, weinig wol?», *R.W.*, 1121). De afschaffing van de duale rechtsbescherming ziet hij veeleer als een ultiem redmiddel indien de samenwerking zo moeizaam blijft.

Prof. M. Maresceau vroeg zich tot slot af of de sectie bestuursrecht het onderwerp van de studiedag «de doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht» niet uit het oog verloren heeft. Voorzitter J. Dujardin verduidelijkte de kritiek op de Belgische duale rechtsbescherming (onder meer) voortvloeide uit de tekortkomingen van de wetgever om te voldoen aan de vereisten van de richtlijnen.

Toch betreurt de auteur van dit verslag dat in de sectie, daags na de uitspraak in de zaak Van Hool, niet echt ingegaan werd op de mogelijkheid van een effectieve(re) rechtsbescherming, welke (de voorzitter van) het Hof van Justitie, onder omstandigheden kan bieden. Nochtans had referent J. Stevens hiertoe een aanzet gegeven in zijn pre-advies.

Sven Baeten

Assistent Bestuursrecht (V.U.B.)

SECTIE 3

De beperkingen voor een federaal en regionaal milieubeleid die voortvloeien uit de interne markt

A. Inleiding

De onderzoeksoopdracht van de sectie «milieurecht», voorgezeten door Professor W. Lambrechts, was gericht op de vraag naar de beleidsruimte die de Lid-Staten rest, nadat een Europese harmonisatiemaatregel is genomen met het oog op de realisatie van de interne markt.

Het uitgangspunt van de discussie was het referaat van preadviseur, mr. G. Van Hoorick ² die dit vooraf beknopt uiteenzette en de voornaamste punten beklemtoonde.

Nadien heeft de sectie, aan de hand van verschillende vraagpunten aangebracht door mr. D. Vandermeersch, zich voornamelijk verdiept in de interpretatie van het artikel 100A, 4 de zogenaamde «escape clause».

B. Vraagpunten

In een eerste vraagpunt werd de sectie aangespoord te zoeken naar oplossingen, teneinde interpretatieproblemen rond het al dan niet «uitputtend» karakter van een richtlijn te vermijden. Wanneer een richtlijn de betrokken materie op

² VAN HOORICK, G., «De beperkingen voor een federaal en regionaal milieubeleid die voortvloeien uit de interne markt», *R.W.*, 1995-1996, 1128.

een «uitputtende wijze» regelt, beschikken de Lid-Staten niet meer over de mogelijkheid om hun eigen milieubeleid te concretiseren. Het uitputtend karakter van een richtlijn kan ondermeer blijken uit een «vrij verkeer»-clausule, zoals men die aantreft in de richtlijn 94/62 betreffende verpakkingen en verpakkingsafval³ «*De lidstaten mogen het in de handel brengen op hun grondgebied van verpakkingen die aan het bepaalde in deze richtlijn voldoen, niet beletten.*»

De sectie was het er over eens dat de bepalingen van de richtlijn 94/62 eerder vaag zijn en geen normen als zodanig stellen in verband met de verpakking. Zij meende dat de norm betreffende de concentratie van metalen de enige duidelijke norm was. Desgevallend werd vastgesteld dat door de richtlijn enkel een juridisch kader werd geschapen, en bitter weinig harmonisatie werd verwezenlijkt. Als dusdanig besloot de sectie dat de tekst van de «vrijverkeer»-clausule meer problemen schept dan oplost, en de Commissie er beter aan zou doen haar bevoegdheid aan te wenden om het voorstel van richtlijn in te trekken wanneer de door de Raad uitgewerkte compromistekst problematisch is.

In een tweede vraagpunt werd onderzocht of een Lid-Staat nog afwijkende regels kan stellen voor specifiek plaatselijke doelstellingen, nadat een productnorm op uitputtende wijze is geregeld. Bijvoorbeeld, de toepassing van lokale, meer stricte geluidsnormen⁴

De sectie was van oordeel dat dit probleem een schoolvoorbeeld was van «gebiedsgericht milieubeleid», en dus geenszins strijdig kon worden geacht met het Europees Recht. Voor bepaalde aangelegenheden moet het namelijk mogelijk zijn dat een stad of gemeente beperkingen kan opleggen aan normen die op algemene wijze gelden, zonder dat aan deze normen afbreuk wordt gedaan. Om de «aanpassingsmogelijkheid» aan plaatselijke oogmerken te beoordelen, zal aandacht moeten geschonken worden aan hetgeen men begrijpt onder «redelijke begrenzing» en zal in geval van discussie de rechterlijke macht het laatste woord voeren.

Over het derde vraagpunt, namelijk of een Lid-Staat, die strengere normen wil invoeren dan de opgelegde minimumnormen, verplicht moet worden vooraf de procedure van artikel 100A, 4, te volgen, ontstond weinig discussie. De sectie was het er roerend over eens dat in een dergelijk geval voornoemde procedure niet gevolgd moet worden.

In het vierde vraagpunt daarentegen werd gepolst naar het standpunt van de sectieleden ten aanzien van een versoepeling van een harmonisatienorm, met andere woorden ten aanzien van het handhaven van minder strenge nationale normen.

In verband hiermee was de sectie van oordeel dat wanneer richtlijnen geen precieze bepalingen inhouden, de mogelijkheid moet bestaan om de handhavingsnormen in minder strenge zin toe te passen, op voorwaarde dat de milieubalans positief wordt bevonden.

Het vijfde vraagpunt verwijst opnieuw uitdrukkelijk naar het preadvies waar de referent stelt dat artikel 100A, 4, kan worden ingeroepen voor het invoeren van *nieuwe* nationale normen, niettegenstaande artikel 100A, 4, verwijst naar «het toepassen van nationale bepalingen» en artikel 130 T naar

«handhaven en treffen» van verdergaande nationale maatregelen.

De taak voor de sectie bestond erin te oordelen of de beleidsargumenten die pleiten voor een ruime interpretatie voldoende overtuigend zijn om het tekstargument opzij te schuiven.

Allereerst benadrukten de sectieleden dat inzake het bestaan van de beschikking van 26 februari 1996⁵, die een afwijking van de PCP-richtlijn toestaat ten voordele van Denemarken, niet over het hoofd mag worden gezien. In die beschikking troost de Commissie zich namelijk enorm veel moeite om ons te overtuigen dat de nationale bepalingen, ingevoerd in Denemarken na de inwerkingtreding van de richtlijn, slaan op bepalingen die reeds van toepassing waren vóór de inwerkingtreding van de richtlijn. Hieruit blijkt duidelijk dat de Commissie veel belang hecht aan de voorwaarde «bestaande» maatregelen en het niet in haar bedoeling ligt om nieuwe nationale maatregelen toe te laten. Daarenboven meende de sectie dat tevens rekening moet worden gehouden met de rechtsoverweging 26 van het PCP-arrest van 17 mei 1994⁶, waaruit kan worden afgeleid dat een «restrictieve» interpretatie moet worden aangenomen.

Het onderwerp van het zesde vraagpunt was tweërlei:

1. Kan artikel 100A, 4, enkel worden aangewend door Lid-Staten die werden overstemd;
2. Is de toepassing van artikel 100A, 4, enkel beperkt tot harmonisatiemaatregelen die met gekwalificeerde meerderheid door de Raad werden aangenomen.

De sectie was van oordeel dat enkel «overstemde» Lid-Staten zich kunnen beroepen op artikel 100A, 4, maar haalt toch aan dat hier waakzaamheid geboden is, om te voorkomen dat Lid-Staten zouden tegenstemmen teneinde nog mogelijkheden open te laten. Uiteraard zou een dergelijk stemgedrag ertoe kunnen leiden dat het tot stand komen van richtlijnen wordt bevroren, omdat men niet aan de vereiste gekwalificeerde meerderheid komt.

In het laatste vraagpunt op de agenda werd een discussie losgeweekt omtrent het vraagstuk of een Lid-Staat bijzondere redenen moet aantonen die verantwoorden dat wordt afgeweken van de interne markt, of dat de loutere wil om meer beschermend op te treden volstaat.

De sectie vond het opvallend dat zowel in de PCP-beschikkingen van de Commissie met betrekking tot Duitsland⁷, als in deze betreffende Denemarken⁸, wordt benadrukt dat het om «bijzondere» gevallen gaat. Dit is ten eerste te betreuren, daar normaliter, indien het principe van artikel 100A, 4, wordt aanvaard, ook moet worden getolereerd dat de ene Lid-Staat meer beschermend optreedt dan een andere Lid-Staat. De sectie is dan ook van oordeel dat de te volgen richting deze is waar de Gemeenschap het niveau van bescherming bepaalt en de discretionaire bevoegdheid bij de Lid-Staten berust, teneinde alsoz hun eigen beschermingsmilieu uit te bouwen. De controle op de wijze waarop de Lid-Staten hun bevoegdheid uitoefenen, zal mogelijk zijn daar hun motivering met ernstige redenen zal moeten worden omkleed. Aldus is het verantwoord dat een Lid-Staat een beroep doet

⁵ PCP-arrest van 26 februari 1996, *Pb.L.*, 19 maart 1996, L. 68/32.

³ Richtlijn 94/62/EEG van de Raad van 20 december 1994, *Pb.L.*, 1994, nr. 365.

⁴ Vgl. de Londen-Lorries zaak, House of Lords 24 juli 1991, *C.M.C.R.*, 1992, 5.

⁶ Hof van Justitie, 17 mei 1994, zaak C-41/93, Franse Republiek t. Commissie, *Pb.L.*, 1994, L. 316/43.

⁷ PCP-arrest van 17 mei 1994, *Pb.L.*, 1994, L. 316/43.

⁸ Beschikking van 26 februari 1996, *Pb.L.*, 1996, L. 68/32.

op artikel 100A, 4, mits bijzondere redengeving, zonder dat deze bijzondere redenen evenwel moeten teruggrijpen op de specifieke situatie van de Lid-Staten.

C. Besluit

In het kader van het XXXVIIe Rechtscongres, heeft de sectie milieurecht onderzocht in welke mate artikel 100A, 4, van het Verdrag, de Lid-Staten in de gelegenheid stelt van de milieuharmonisatiemaatregelen af te wijken. De sectie heeft vastgesteld dat ondanks ernstige beleidsargumenten die pleiten voor een tegengestelde conclusie, de juridische betekenis van artikel 100A, 4, wellicht is dat de procedure enkel kan worden toegepast door Lid-Staten die in de Raad zijn overstemd, en enkel wat betreft reeds bestaande nationale regelgeving.

Audrey De Sloovere
Advocaat bij de Balie van Brussel

SECTIE 4

De doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht op het gebied van de fiscale rechtsbescherming

In de sectie fiscaal recht van het door de Vlaamse juristenvereniging op 27 april 1996 gehouden rechtscongres, ging pre-adviseur prof. L.A. Denys in eerste instantie in op de tweede generatie doorwerking van het gemeenschapsrecht in het nationale fiscale procesrecht. Deze generatie is van een andere orde dan de eerste, aangezien het in dit geval in eerste instantie gaat om nationaal recht dat begrensd wordt door het gemeenschapsrecht.

Zoals uit de schriftelijke bijdrage van prof. L.A. Denys⁹ blijkt, wordt deze tweede generatie vnl. beheerst door drie elementen nl.: 1) de plicht rechtsbescherming te verlenen 2) de nationale procedureautonomie en 3) de gelijkheids- en effectiviteitsvereiste.

Op grond van deze elementen kwam prof. L.A. Denys tot de conclusie dat verwacht mag worden dat het fiscaal procesrecht, telkens dit een domein van het gemeenschapsrecht betreedt, in de toekomst meer en meer aan de redelijkheid getoetst zal worden.

De respondent mr. H. Dubois bevestigde deze tendens door er in eerste instantie op te wijzen dat in diverse gevallen het Europees Hof van Justitie of Belgische rechtbanken of Hoven in het verleden reeds corrigerend zijn opgetreden ten opzichte van nationale wetgeving¹⁰ die het gemeenschapsrecht raakt, wat hem tot treffende uitspraak bracht dat «Goed Europees recht slecht Belgisch recht corrigeert.»

Verder ging mr. Dubois ook in op het binnen de effectiviteitsvereiste kaderend proportionaliteitsbeginsel, op grond waarvan de voorwaarden die een nationale wetgever oplegt, de effectieve uitoefening van «gemeenschapsrechten» niet de facto onmogelijk mag maken.¹¹ Teleurstellend in dit ver-

band vond hij dat de feitelijke invulling van het proportionaliteitsbeginsel aan de nationale rechter overgelaten wordt en het Hof van Justitie, via de prejudiciële procedure, slechts een toetsing in abstracto doet. Dit houdt volgens mr. Dubois het (hopelijk tijdelijk) gevaar in van een proportionaliteitsbeginsel in twee snelheden. Prof. L.A. Denys wees er evenwel op dat een soepele concrete invulling van dit beginsel aangepast aan de nog steeds vrij uiteenlopende culturen binnen de landen van de Europese Unie, doch uitgaand van een uniforme in abstracto interpretatie van het Hof van Justitie, geen gevaar hoefde te vormen voor een coherente toepassing, en misschien in deze fase van het gemeenschapsrecht een betere garantie vormt voor de toepassing van de Europeesrechtelijke voorschriften. Bovendien dient rekening gehouden te worden met de huidige juridische realiteit die er in bestaat dat een aantal domeinen van het recht verschillend ingevuld worden naargelang het gaat om de toepassing van zuiver nationaal recht dan wel gemeenschapsrecht. In dit verband verwees prof. L.A. Denys o.m. naar de Belgische Cassatierechtspraak die halsstarrig volhoudt dat het artikel 6 van het EVRM niet toepasselijk is in fiscale aangelegenheden, terwijl voor domeinen die het gemeenschapsrecht aangaan goede argumenten bestaan om aan te nemen dat deze regels behoren tot de fundamentele rechten van het gemeenschapsrecht.¹²

Het tweede domein dat door prof. L.A. Denys behandeld werd, was dit van de interpretatiemethoden. Daarbij wees hij in eerste instantie op de in het Belgisch fiscaal recht traditioneel strikte interpretatiemethode, die op het grondwettelijk legaliteitsbeginsel gebaseerd is, maar met als bijzonder aandachtspunt de recente wettelijke invoering van de *fraus legis*-doctrine.¹³ Het Hof van Justitie daarentegen, dat een exclusief bindende bevoegdheid heeft voor de interpretatie van het gemeenschapsrecht, hanteert uitgesproken de teleologische interpretatiemethode. In geval van conflict tussen de twee primeert evenwel de methode van het communautaire recht, voor zover evenwel het communautaire rechtszekerheids- en non-retroactiviteitsbeginsel zich hiertegen niet verzet. Vandaar de vraag of in het Belgisch fiscaal recht nu gesteld moet worden dat de Brepols-doctrine bedreigd is door de Europeesrechtelijke teleologische interpretatiemethode telkens het nationaal fiscaal recht het domein van het Europees recht betreedt.

Volgens respondent mr. Dubois gaat het evenwel om een «faux problème», omdat uit een aantal nationale arresten, ook van het Hof van Cassatie, blijkt dat ook in het nationale recht een interpretatie volgens doel en strekking reeds eerder tot de mogelijkheden behoorde. Maar mr. Dubois wees er tevens op dat z.i. voor de gevallen waarin het nationale recht het domein van het communautaire recht betreedt, de Europese teleologie niet in alle gevallen zal stroken met de teleologie van de nationale wet. In dit geval dient dit volgens hem opgelost te worden aan de hand van de oorsprong van de norm: nl. is de te interpreteren norm Europees dan dient de Europese teleologie voorrang te krijgen. Prof. L.A. Denys

⁹ DENYS, L.A., «De doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht op het gebied van de fiscale rechtsbescherming», *R.W.*, 1996, 1134.

¹⁰ Bijv. de overdreven straffen in de nationale douanewetgeving die in sommige gevallen als een kwantitatieve invoerbepijking beschouwd kunnen worden.

¹¹ Daarbij verwees mr. Dubois bijvoorbeeld naar de verplichtingen inzake factuurvermeldingen voor tweedehandswagens.

¹² DASSE M., «Human Rights, European Law and Tax Law: the implications of the Judgement of the Court of Human Rights in *re Füncke* and of the European Court of Justice in *re Corbiau*», *EC Tax Review*, 1994, 86.

¹³ Althans wat betreft de inkomstenbelastingen, registratierechten en successierechten.

wees er in dit verband evenwel nog op dat verdedigd kan worden dat het rechtszekerheidsbeginsel en het niet-retroactiviteitsbeginsel zich verzet tegen een op het Europees recht gebaseerde teleologische interpretatie van een nationale norm, tegen de belastingplichtige in.

Verder werd tijdens de discussie aandacht besteed aan de vraag welke ruimte er binnen de nationale procedureregels van een Lidstaat bestaat voor maatregelen tegen belastingontwijking of fraude op het vlak van domeinen die behoren tot het gemeenschapsrecht. In dit verband kwam men tot de conclusie dat het Hof van Justitie, bij gebrek aan een «uitgekristalliseerde» Europese doctrine inzake belastingontwijking en -ontduiking, dergelijke nationale maatregelen gedooft, op voorwaarde dat deze de toepassing van het gemeenschapsrecht niet in het gedrang brengen. Het is in dit kader dat men tevens kan refereren aan een Europeesrechtelijke billijkheidsexceptie, waarbij met het communautaire recht in aanraking komende nationale antimisbruikbepalingen die in geval van goede trouw onvoldoende souplesse aan de dag leggen, als strijdig met het gemeenschapsrecht beschouwd kunnen worden.

In dezelfde lijn kwam de vergadering tot de conclusie dat het Hof van Justitie zich niet zal verzetten tegen de toepassing van een nationale billijkheidsexceptie, op voorwaarde dat de toepassing van het gemeenschapsrecht hierdoor niet belemmerd wordt.

Tot slot werd ook nog van gedachten gewisseld over de bijstandrichtlijnen. Prof. L.A. Denys heeft in zijn schriftelijke bijdrage gewezen op de bescherming die de belastingplichtige aan de Europese bijstandrichtlijnen kan ontleen, en op het beginsel van de meest restrictieve nationale wetgeving¹⁴.

Dit ontlokte bij respondent mr. Dubois de vraag of er dan niet sprake was van onderzoeksbevoegdheden die erg verschillend kunnen zijn naargelang de betrokken feiten al dan niet intracommunautair grensoverschrijdend zijn. Dit zou dan volgens hem ertoe leiden dat intracommunautaire transacties meer rechtsbescherming aan de belastingplichtige zouden geven dan louter nationale transacties.

Prof. L.A. Denys was evenwel van oordeel dat dit wellicht niet zo'n probleem vormt, omdat enerzijds de belastingplichtige het Europees recht niet kan gebruiken om nationaal recht te ontgaan, en omdat de beginselen waarop de meest restrictieve wetgeving gebaseerd is, meestal indirect ook in de nationale wetgeving van de andere Staat terug te vinden zullen zijn.¹⁵

Bernard Peeters

Fiscaal jurist

Praktijklector Vrije Universiteit Brussel

SECTIE 5

De rechtsverhouding tussen het Europees economisch recht en het nationaal sociaal recht Vrij verkeer van diensten en Belgisch sociaal recht

Het centrale thema van de sectie «Sociaal Recht» was de vraag in hoeverre de Europese regels inzake het vrij verkeer van diensten een invloed uitoefenen op het Belgisch sociaal

recht en over welke wapens de Belgische wetgever beschikt om deze externe druk te pareren.

Referent H. Van Hoogenbemt meende allereerst uit de rechtspraak van het Hof van Justitie te mogen afleiden dat de werknemers van een elders gevestigde dienstverrichter, wegens het tijdelijke karakter van hun tewerkstelling, geen toegang hebben tot de Belgische arbeidsmarkt van het gastland en zich om die reden niet kunnen beroepen op het vrije verkeer van werknemers, zodat zij geen aanspraak kunnen maken op de, in voorkomend geval, gunstigere arbeidsvoorwaarden in ons land.

Respondent P. Schoukens repliceerde dat die zienswijze indruist tegen de rechtspraak van het Hof van Justitie en dat het vrij verkeer van werknemers evenzeer als het vrije dienstenverkeer zijn grondslag vindt in het E.E.G.-Verdrag, en bijgevolg niet door het vrije dienstenverkeer kan worden gekortwiekt. Van belang is zijns inziens niet zozeer of werknemers tijdelijk of met duurzamere bedoelingen arbeid in ons land verrichten, dan wel of de werknemers al dan niet de nationaliteit van een Lid-Staat bezitten. In het eerste geval kunnen zij zich, ook wanneer zij met hun grensoverschrijdende dienstverrichter-werkgever meereizen, op de regels inzake het vrij verkeer van werknemers beroepen. In het tweede geval kunnen zij slechts uit het vrije dienstenverkeer afgeleide rechten doen gelden.

In zijn repliek bleef H. Van Hoogenbemt bij het standpunt dat niet zozeer het onderscheid tussen tijdelijk en duurzaam in ons land tewerkgestelde werknemers, maar wel het onderscheid tussen werknemers die al dan niet toegang hebben tot de Belgische arbeidsmarkt, van belang is, en stelde hij dat gedetacheerde kaderleden, in tegenstelling tot wat de respondent van mening was, wel toegang hebben tot de arbeidsmarkt van het gastland en zich dus toch op het vrije werknemersverkeer kunnen beroepen.

De referent verdedigde voorts de stelling dat het gemeenschapsrecht de toepassing van de Belgische arbeidswetgeving op de werknemers van in ons land werkzame dienstverrichters slechts toestaat op voorwaarde dat gebeurlijke, daaruit voortvloeiende beperkingen voor het dienstenverkeer steunen op het algemeen belang en geen dubbele last opleggen aan de elders gevestigde dienstverrichters, en dat het door de nationale wetgever beoogde resultaat niet met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.

P. Schoukens was van oordeel dat het allemaal niet zo'n vaart loopt en dat de naleving van gunstigere Belgische arbeidsvoorwaarden gerust mag worden opgelegd, zolang de betrokken werknemers daaruit een aanvullend voordeel puren. Het begrip «algemeen belang» waarin beperkingen van het dienstenverkeer volgens het Hof van Justitie hun grondslag moeten vinden, werd zijns inziens door de referent te eng geïnterpreteerd en zou niet zozeer als het belang van de werknemers, dan wel als het staatsbelang moeten worden opgevat.

De referent merkte in zijn reactie op dat het algemeen belang uiteraard niet kan bestaan in de bescherming van de ingezetenen werknemers tegen de gevolgen van het vrije dienstenverkeer.

H. Van Hoogenbemt concludeerde dat België, rekening houdende met de reikwijdte van onze arbeidsrechtelijke wetten van politie en veiligheid, vooralsnog geen gebruik heeft gemaakt van de door het gemeenschapsrecht wel beperkte, maar niet uitgesloten mogelijkheid om de dreiging

¹⁴ DENYS L.A., o.c., randnummer 35.

¹⁵ Als voorbeeld kan verwezen worden naar de mogelijkheid om fabrieksgeheimen te beschermen.

van sociale dumping zoveel mogelijk af te wenden met nationale wetgeving die ook ten aanzien van tijdelijk in ons land tewerkgestelde werknemers in een minimale sociale bescherming voorziet.

De respondent weigerde van zijn kant zonder slag of stoot aan te nemen dat ons internationaal privaatrecht zonder meer verbiedt onze arbeidswetgeving op de werknemers van in het buitenland gevestigde dienstverrichters toe te passen, maar zag op lange termijn toch meer heil in de toekenning van ruimere sociale bevoegdheden aan de Europese instanties, opdat de Europese economische beginselen op een gelijk niveau te woord zouden kunnen worden gestaan.

Wat het sociaal statuut van de dienstverrichters zelf betreft, achtte H. Van Hoogenbemt een aantal beslissingen van Belgische overheden om in ons land werkzame, maar in een andere Lid-Staat gevestigde en aldaar als zelfstandige beschouwde dienstverrichters te onderwerpen aan de toepassing van het Belgische arbeids- en sociale-zekerheidsrecht, onverenigbaar met het vrije dienstenverkeer en met de bepalingen van verordening 1408/71 die de detachering van grensoverschrijdende zelfstandigen betreffen.

P. Schoukens weerlegde in dat verband de bewering van de referent dat de verordening die als secundaire bron van gemeenschapsrecht wel aan de bepalingen inzake het vrije dienstenverkeer moet worden getoetst, haar grondslag vindt in artikel 59 van het E.E.G. Verdrag, en wees voorts erop dat de bepalingen inzake detachering slechts als een uitzondering op de algemene, in verordening 1408/71 neergelegde aanwijzingsregels mogen worden toegepast.

De respondent was ten slotte van mening dat de vraag of de Belgische wetgeving de toets aan de regels inzake het vrije dienstenverkeer kan doorstaan, wellicht nog meer vragen opwerpt ten aanzien van de sector van de gezondheidszorg dat ten aanzien van de door H. Van Hoogenbemt besproken dienstverlenende activiteiten.

Toen sectievoorzitter B. Dubois vervolgens de aanwezige deelnemers in de gelegenheid stelde zich in het debat te mengen, opperde prof. Stroobant de bedenking dat ons land zich niet zomaar het gangbare Europese concept van een weinig sociaal gecorrigeerde vrije markt moet laten opdringen, dat een consequente afbakening van de respectievelijke bevoegdheden der Europese en nationale instanties in sociale zowel als in andere aangelegenheden zou verhinderen dat het Europees recht in het nationale sociale recht kan doorwerken en dat bij de interpretatie van Europeesrechtelijke regels de historische ontwikkeling van een land niet uit het oog mag worden verloren. De sectievoorzitter wees erop dat het Hof van Justitie in de zaak *Reed* een Europeesrechtelijk begrip in het licht van nationaalrechtelijke tradities heeft geïnterpreteerd.

M. Stroobant klaagde vervolgens het Europese democratische deficit aan, waarop rechter De Wael betoogde dat onze nationale sociale wetgeving evenmin een toonbeeld van parlementaire democratie kan worden genoemd. H. Van Hoogenbemt voegde hieraan toe dat de arbeidersbeweging zich in deze te lang afzijdig heeft gehouden. M. Stroobant verduidelijkte dat hij met zijn tussenkomst voornamelijk wilde pleiten voor democratischere Europese structuren, en dat hij ervan overtuigd was dat een geheel andere Europese (sociale) wetgeving dan het daglicht zou zien. Dat ontlokte bij P. Schoukens, enerzijds, de vraag of de Lid-Staten thans wel werkelijk een sociaal Europa wensen, en, anderzijds, de

bedenking dat beter niet wordt getalmd, nu een aantal Oost-europese landen bijvoorbeeld veeleer voor het Amerikaanse dan voor het Europese model dreigen te kiezen. B. Dubois bespeurde van zijn kant toch een aantal recente Europese verwezenlijkingen op het sociale terrein, zoals de pas goedgekeurde richtlijn betreffende de uitzending van werknemers in het kader van het vrije verkeer van diensten, die naar zijn mening een goed uitgangspunt in de strijd tegen de sociale dumping kan zijn, maar volgens H. Van Hoogenbemt dan weer elke rechtsgrond mist.

De aanwezigen kwamen ten slotte tot het aan de plenaire vergadering voorgelegde besluit dat de afbouw van de sociale verworvenheden in de vooruitstrevende Lid-Staten slechts kan worden gekeerd door een intensiever beroep op het subsidiariteitsbeginsel en door de gelijktijdige uitbouw van een daadwerkelijke Europese sociale unie.

Guido Van Limberghen
Docent Vrije Universiteit Brussel

SECTIE 6

De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in de strafbaarstelling van het interne Belgische strafrecht

In een eerder klein doch select gezelschap en onder voorzitterschap van prof. C. Van Den Wijngaert, werd in de Sectie Strafrecht van gedachten gewisseld over de invloed van het Europees gemeenschapsrecht op de internrechtelijke strafbaarstelling. De discussie werd, in navolging van het voortreffelijk pre-advies van prof. B. Spriet, in twee delen opgesplitst, waarbij eerst de positieve en daarna de negatieve doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht aan bod kwam.

Bij zijn uiteenzetting over de positieve doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht op de internrechtelijke strafbaarstelling vertrok de pre-adviseur van de vaststelling dat de Europese gemeenschap een gemeenschap is zonder strafrechtelijke bevoegdheden¹⁶. Respondent L. Huybrechts, raadsheer in het Hof van Cassatie, wees evenwel op het feit dat «strafbaar stellen» in wezen uit twee delen bestaat, namelijk het – in casu in het Europees gemeenschapsrecht – omschrijven van de na te leven verplichtingen of de verboden gedragingen, en het – in casu in het Belgisch strafrecht – opleggen van straffen, zodat het gemeenschapsstrafrecht kan worden beschouwd als een tussen de Europese gemeenschap en de Lidstaten gedeelde bevoegdheid. Wat er ook van zij, vast staat dat een interne strafrechtelijke interventie noodzakelijk is, zoniet is een inbreuk op het Europees gemeenschapsrecht niet strafbaar. Aldus leidt het Europees gemeenschapsrecht tot de creatie van nieuwe strafbaarstellingen in het interne strafrecht: dit wordt precies bedoeld met positieve doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht.

De integratie van de Europese norm in het interne strafrecht kan grosso modo op twee wijzen gebeuren: ofwel wordt in de interne strafbaarstelling rechtstreeks naar de communautaire norm verwezen (welke techniek wordt toegepast bij verordening), ofwel wordt in de interne strafbaar-

¹⁶ Vgl. 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.

stelling de communautaire norm hernomen (welke techniek wordt toegepast bij richtlijnen). Bij het laatste geval, de strafrechtsintegratie door interne omzetting, werd door de vergadering niet lang stilgestaan, omdat in dat geval weinig verschil bestaat met de «nationale» strafbepalingen. De eerste hypothese van de strafrechtsintegratie door interne verwijzing, daarentegen gaf aanleiding tot enkele fundamentele opmerkingen betreffende het zgn. «lex certa»-beginsel. In een arrest van 16 november 1994 heeft het Hof van Cassatie beslist dat geen enkele wetsbepaling verbiedt om in een strafbepaling de bestanddelen van een misdrijf te omschrijven door naar een andere wettelijke of verordende tekst te verwijzen¹⁷. De Raad van State heeft evenwel, geplaatst voor een bepaling waarin de niet-naleving van de verplichtingen opgelegd door de E.G.-verordening nr. 259/93 strafbaar werd gesteld, opgemerkt dat «het systeem waarbij een EG-instelling verbods- en gebodsbepalingen rechtstreeks van toepassing maakt in de nationale rechtsorden, terwijl de nationale overheden de naleving van die bepalingen beogen te verzekeren door strafrechtelijke sancties, ... moeilijkheden (meebrengt) wat betreft de ondubbelzinnige kwalificatie van bepaalde gedragingen als strafbare misdrijven»; de Raad heeft dan ook geoordeeld dat de interne wetgever, in het licht van artikel 14 (toen 9) van de Grondwet, een grotere nauwkeurigheid aan de dag moet leggen en derhalve de precieze gebods- en verbodsbepalingen moet aanwijzen waarvan de overtreding als misdrijf strafbaar zal zijn¹⁸. Algemeen was het gevoelen dat de Raad van State in dit advies wellicht iets te streng is geweest: getransponeerd naar het nationale strafrecht zou dit immers betekenen dat de meeste bijzondere strafwetten, waar de blanco-strafnormen de regel zijn, in strijd zouden zijn met het «lex certa»-beginsel. Toch bleef ook bij de aanwezigen een zeker onbehagen bestaan betreffende deze techniek van de strafbaarstelling door verwijzing. Sprekend was in dit verband het voorbeeld dat de respondent aan het fiscaal strafrecht ontleende en waarbij gestraft wordt «hij, die met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, de bepalingen van dit Wetboek (= het W.I.B.) of van de ter uitvoering ervan genomen besluiten overtreedt»¹⁹.

Dat de communautaire norm door een internrechtelijke strafbaarstelling wordt gehandhaafd, heeft tot logisch gevolg dat deze norm, eenmaal geïntegreerd in het interne strafrecht, onderworpen is aan de regels van dat interne strafrecht – zoals de gelding in de tijd en de bestaansvoorwaarden van het «Europees misdrijf» – alsmede van het interne strafprocesrecht.

Wat de procedure betreft werd door de respondent terecht opgemerkt dat b.v. het vervolgingsbeleid in de diverse lidstaten niet steeds even streng hoeft te zijn, hetgeen een verstoring van de concurrentievoorwaarden zou kunnen betekenen. De vergadering zag als enige oplossing voor dit moeilijke probleem de creatie van een «echt Europees strafrecht», met Europese vervolgingsambtenaren, Europese onderzoeksrechters en wie weet ooit Europese strafrechters, doch

zag tevens in dat zulks – hoewel een dergelijke evolutie onvermijdelijk lijkt – tot enorme technische moeilijkheden aanleiding zal geven.

De negatieve doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht op de internrechtelijke strafbaarstelling houdt in dat een interne strafbaarstelling, die in strijd is met een direct werkende communautaire norm, niet kan worden toegepast. Zo'n communautaire norm die vaak wordt ingeroepen is artikel 30 van het E.G.-Verdrag, waardoor kwantitatieve invoerbeperkingen of maatregelen van gelijke werking tussen de Lidstaten verboden worden²⁰. De vergadering heeft zich desbetreffend vooral gebogen over de bewijslastregeling. In een arrest van 1 februari 1995 heeft het Hof van Cassatie beslist dat de beklaagde die de strijdigheid van de interne strafnorm met artikel 30 E.G.-Verdrag inroep, «zijn beweringen dient te staven met alle gegevens die ze geloofwaardig maken»²¹. De vraag werd geopperd of hierdoor niet een al te zware last aan de verdediging wordt opgelegd.

De vergadering schaarde zich ten slotte eensgezind achter de conclusie dat het Europees Gemeenschapsrecht en het interne strafrecht niet steeds voldoende op elkaar zijn afgestemd.

F. Deruyck
Assistent V.U.B.

SECTIE 7

De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in het procesrecht

1. Tijdens de voormiddagzitting benadrukte prof. Laenens dat in Europa procesrecht nog steeds in veel te grote mate wordt beheerst door nationaal recht. Vertrekend van de bepaling van art. 27.2 EEX-verdrag, legde hij aan de vergadering het idee voor dat het Hof van Justitie, door zijn rechtspraak, aan alle Europese rechters inzake de «binnenlandse» akte van rechtsingang een *raamn*norm aanbiedt. Aan de hand van het arrest DebaeckerBouwman dd. 11 juni 1985 en de bijhorende conclusie van advocaatgeneraal VerLoren van Themaat, alsook van het arrest MinalmetBrandeis dd. 12 november 1992, kwam prof. Laenens evenwel tot verrassende vaststellingen. Een al te slaafse toepassing van deze rechtspraak op het Belgisch procesrecht zou namelijk kunnen leiden tot een *internationale immunitéit* voor versteklatende partijen binnen de Europese Unie. Dit zou het geval zijn indien de meest diverse, vaak voorkomende omstandigheden (opname in een ziekenhuis, poststaking, vakantie, brand, vissers op zee, enz.) door de rechter in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van de voorwaarde dat het gedinginleidend stuk «zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was aan de verweerder (...) is betekend of is meegedeeld» (art. 27.2) (cf. arrest Debaecker-Bouwman).

²⁰ Art. 36 E.G.-Verdrag bevat wel een uitzondering voor invoerbeperkingen welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van o.m. de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten. Om die reden is het K.B. van 2 april 1996 waarbij de invoer van vlees en voedingsmiddelen bekomen op basis van vlees van runderen die geslacht werden in het Verenigd Koninkrijk verboden wordt (B.S., 6 april 1996), niet in strijd met artikel 30 E.G. Verdrag.

²¹ Cass., 1 februari 1995, A.C., 1995, nr. 61. Vgl. met het aanvoeren van rechtvaardigingsgronden en dgl. TRAEST, Ph., *Het Bewijs in Strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 220 e.v.

¹⁷ Cass., 16 november 1994, A.C., 1994, 964.

¹⁸ Advies van de Raad van State van 26 oktober 1993 bij het voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest tot wijziging van het decreet van 2 juli 1981 betreffende het beheer van afvalstoffen, *Ge-dr. St.*, VI. R., 1993-94, nr. 485-1, 143-144.

¹⁹ Art. 449 W.I.B.

Bovendien zou het niet instellen, door de verweerder, van enig rechtsmiddel – hoewel deze daartoe de mogelijkheid had – hierbij zonder belang zijn (cf. arrest Minalmet Brandeis).

Prof. Laenens uitte vervolgens de vrees dat zulk een «doorwerking» van Europees gemeenschapsrecht i.v.m. verstekvonnissen, tot gevolg kan hebben dat voortaan aanzienlijke risico's verbonden zijn aan het aanwenden van «fictieve» betekeningen in de zin van de art. 38, § 2, en 40, tweede lid, Ger. W., het verzoekschrift op tegenspraak, verkorte dagvaardingstermijnen, eenzijdige procedures...

Dit alles deed hem besluiten dat er zo snel mogelijk werk dient gemaakt van een *eenvormige Europese regeling inzake betekening en kennisgeving*.

2. Prof. Taelman (respondent) begon zijn uiteenzetting met de niet weg te cijferen vaststelling dat het nationale procesrecht steeds meer wordt beïnvloed door het Europees gemeenschapsrecht, niet enkel door de rechtspraak van het Hof van Justitie, maar ook via de bepalingen van het *E.V.R.M.*, o.a. inzake de redelijke termijn, de toegang tot de rechter en de doelmatigheid van het proces.

Gelet op de geschetste vergaande gevolgen van een echte doorwerking, pleitte prof. Taelman ervoor – ook al lijkt art. 27.2 EEX-verdrag een betere, minder formalistische norm in te houden dan de nationale normen – de aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie niet uit te breiden tot andere vonnissen dan verstekvonnissen. Hij benadrukte bovendien dat de bescherming van het *recht van verdediging niet tot in het absurde* mag worden uitgebreid, en verwees hierbij o.m. naar de bestaande verschillen tussen de rechtspraak in strafzaken en deze in civiele zaken.

Zoals prof. Laenens, kwam hij tot het besluit dat een Europese eenmaking van de zogeheten onderbouw van het procesrecht noodzakelijk is.

Met het oog op het debat, dat plaatsvond in de namiddag, formuleerde hij ten slotte de vraag waar het *evenwicht* moet worden bepaald tussen het recht van verdediging en de doelmatigheid van de procesvoering.

3. Tijdens dit debat, geleid door prof. Lemmens, kwamen diverse vraagpunten aan bod.

a) Allereerst werd van gedachten gewisseld over de vraag of het wenselijk is het onderzoek van de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing m.b.t. het recht van verdediging te beperken tot de *verstekvonnissen*.

De meningen hierover liepen nogal sterk uiteen.

Verscheidene deelnemers uitten de vrees dat een uitbreiding van deze onderzoeksmogelijkheid tot andere vonnissen, ertoe zou leiden dat nieuwe hindernissen in de Europese unie worden opgeworpen op de weg naar een volwaardig «*espace européen judiciaire*», waarbinnen de principes van de gelijkheid van alle Europese rechters en van de wederkerige eerbied voor ieders nationaalrechtelijke procesregels zouden gelden.

b) Een tweede discussiepunt had betrekking op de invloed van het feit dat de bij verstek veroordeelde gedaagde niet alle *rechtsmiddelen* heeft uitgeoefend in het land van herkomst tegen het verstekvonnis, op de toepasbaarheid van art. 27.2 EEX-verdrag (cf. het arrest Minalmet-Brandeis).

Prof. Lemmens verwees, tot staving van de stelling dat deze gedaagde wel degelijk principieel de plicht heeft de hem ter beschikking staande rechtsmiddelen aan te wenden, naar de rechtspraak van het Hof van Justitie over aansprakelijk-

heid i.v.m. de directe werking van richtlijnen, waarbij de schadebeperkingsplicht («*diligence raisonnable*») als een algemeen rechtsbeginsel wordt aangemerkt.

Na een korte discussie werd geponeerd dat de doctrine van het arrest Minalmet-Brandeis enkel aanvaardbaar is in zeer uitzonderlijke omstandigheden en zeker niet op veralgemeende wijze mag of kan worden toegepast.

c) Verder bogen de deelnemers aan de discussie zich over de vraag of er al dan niet sprake is of zou kunnen zijn (in de toekomst) van een uit de rechtspraak van het Hof van Justitie afgeleide *raamnorm* voor alle Europese rechters inzake «binnenlandse» akten van rechtsingang.

Diverse sprekers twijfelden eraan of door het invoeren van art. 27.2 EEX-verdrag, in de huidige stand van de wetgeving, nationale wetsbepalingen buiten werking zouden kunnen worden gesteld, ook al zijn de lidstaten principieel verplicht hun eigen rechtssysteem toe te passen conform het Europees gemeenschapsrecht. Prof. De Corte beschouwde de bepaling van art. 27.2 als een kwaliteitsvereiste voor behoorlijke procesvoering, waarbij aan de rechter een corrigerende taak zou kunnen worden opgedragen, na de nodige ingrepen van de wetgever.

Voorlopig kan deze, in het kader van een verzetsprocedure, het criterium *procesrechtsmisbruik* hanteren ter bescherming van het recht van verdediging van de versteklatende gedaagde.

d) Het laatste deel van het debat werd gewijd aan het toetsen van een aantal regels uit het *Gerechtigd Wetboek* (de fictieve betekening in de zin van de art. 38, § 2, en 40, tweede lid; het begrip woonplaats; de verkorting van de dagvaardingstermijn; de bepaling van het vertrekpunt van deze termijn,...) aan de eisen inzake regelmatigheid en tijdigheid in de zin van art. 27.2 EEX-verdrag.

De meeste deelnemers waren het erover eens dat de Belgische wet als zodanig in het buitenland moet worden erkend en haar geldingskracht moet behouden (localisatiebeginsel), mede om rechtsmisbruik te voorkomen en de verjaring te stuiten. De bestaande regelingen inzake betekening en kennisgeving dienen evenwel te worden aangepast, teneinde de *rechtszekerheid* te verhogen, o.m. door aan rechters en griffiers meer controlemogelijkheden te verschaffen.

De interessante discussie mondde uit op het formuleren van volgende slotzin: *Een verantwoorde doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in het procesrecht onderstelt een verdere uniformisering van de nationale procesrechtsregels en mag, hoe dan ook, niet leiden tot een uitschakeling van de regels inzake een eerlijke en ordentelijke procesvoering, noch tot onuitvoerbaarheid van rechterlijke beslissingen in omstandigheden, die redelijkerwijze niet doen blijken van procesrechtsmisbruik of van een flagrante schending van het recht van verdediging van een procespartij.*

Bruno Maes

Docent

Vrije Universiteit Brussel

SECTIE 8

De doorwerking van komende Europese regelgeving in het vennootschapsrecht

De achtste sectie van het XXXVIIe Vlaamse Juristencongres was gewijd aan het vennootschapsrecht. Onder het

voorzitterschap van prof. I. Verougstraete – en niet, als aangekondigd, van prof. E. Wymeersch – behandelden de deelnemers aan de sectie de vraag naar de doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht in het vennootschapsrecht, in het bijzonder naar de betekenis van het Europese Gemeenschapsrecht voor de *corporate governance*-discussie die sedert een aantal jaren de gemoederen van de theoretische vennootschapsjuristen begeestert.

Referenten van deze sessie waren prof. L. Cornelis en de heer A. François, respondent was prof. K. Van Hulle. Aangezien de tekst van de voordracht van de referenten reeds eerder in dit tijdschrift is gepubliceerd (*R.W.*, 1995-1996, 1180-1192), leek het niet opportuun om de inhoud ervan hierna nogmaals weer te geven; om die reden beperkt dit verslag zich tot een bespreking van de opmerkingen van enerzijds de voorzitter en respondent van de sectie en van anderzijds de aanwezige deelnemers.

Zoals bekend, betreft de *corporate governance*-discussie de vraag welke personen die betrokken zijn bij de onderneming die een vennootschap voert (de zogeheten «stakeholders»), wenselijk zouden deelnemen aan het vennootschapsbeleid, hetzij actief, doordat zij zouden kunnen deelnemen aan het besluitvormingsproces, hetzij passief, doordat juridische voorschriften de besluitvormingsorganen ertoe zouden verplichten met hun belangen rekening te houden. Pas recent – meer bepaald in navolging van de Angelsaksische doctrine *terzake* – zijn de Europees-continentale vennootschapsjuristen bedoelde discussie beginnen te voeren onder de benaming «corporate governance», zij het dat zij ook voordien reeds duidelijk in het debat omtrent de fundamenteën van het vennootschapsrecht aanwezig was.

Ook bij de redactie van een aantal voorstellen van richtlijnen tot harmonisatie van deelgebieden van het vennootschapsrecht, is de vraag welke personen en/of belangen het vennootschapsbeleid mee mogen bepalen, reeds sedert de jaren zeventig in belangrijke mate vooropgesteld, zo bijvoorbeeld in het voorstel van vijfde richtlijn inzake de structuur van de kapitaalvennootschap en in het voorstel van dertiende richtlijn inzake de openbare overnamebiedingen. M.b.t. deze voorstellen werpt prof. Van Hulle op dat zij beide een moeizaam wordingsproces achter de rug hebben, juist daar het feit dat zij willen raken aan de fundamenteën van de besluitvorming binnen de vennootschap. De respondent wijst erop dat er zich tijdens dit wordingsproces overigens een belangrijke mentaliteitswijziging heeft voorgedaan. Hierbij heeft het harmonisatie-optimisme van de jaren zeventig, toen de overigens vrij naïeve overtuiging dat het mogelijk zou zijn om door middel van een ver doorgedreven harmonisatie in alle Lid-Staten een eengemaakt vennootschapsmodel in te stellen, de harmonisatiewerkzaamheden beheerste, gaandeweg plaatsgemaakt voor het minder ambitieuze streefdoel slechts een minimale harmonisatie te concipiëren. Zo is inmiddels duidelijk geworden dat een aantal bepalingen van het voorstel van vijfde richtlijn wellicht niet in alle Lid-Staten realiseerbaar zijn, waardoor bijvoorbeeld het te allen tijde toepassing doen vinden van het beginsel 1 aandeel/1 stem, waardoor aandelen met meervoudig stemrecht (*Höchststimmrechte*) verboden zouden worden, en het beginsel van de *ad nutum*-ontslagbaarheid van de bestuurders, waardoor bijvoorbeeld de Nederlandse prioriteitsaandelen niet langer zouden mogelijk zijn. Alhoewel in de kapitaalmarktgeoriënteerde landen bedoelde voorschriften on-

getwijfeld leiden tot het meest efficiënte bestuursmodel voor kapitaalvennootschappen (*zie terzake* Byttebier, K., *Het vijandige overnamebod*, Antwerpen, Maklu, 1993), heerst momenteel de opvatting dat zij onverenigbaar zijn met de doelstellingen van de vennootschappen van het Rijnlandmodel, waar meer nood is aan juridische voorschriften die toelaten om een lange termijn-beleid tot stand te brengen. Eenzelfde kentering heeft zich voorgedaan m.b.t. het voorstel van dertiende richtlijn. Waar in de voorstellen van het einde van de jaren tachtig en het begin van de jaren negentig, de E.G.-Commissie beoogde om de Engelse voorschriften, die een verregaande bescherming van de beleggers, ten koste van de zeggenschap van de bestuurders van de vennootschap, vooropstellen, ook in de andere Lid-Staten zonder meer ingang te doen vinden, is het ondertussen ook de E.G. Commissie duidelijk geworden dat een aantal van deze voorschriften (bijvoorbeeld de verplichte bods-regel, het voorschrift dat een overnamebod betrekking moet hebben op alle aandelen van de over te nemen vennootschap,...) onverenigbaar zijn met de fundamenteën van het vennootschapsrecht van een aantal van deze andere Lid-Staten. Om die reden laat het huidige voorstel van dertiende richtlijn de Lid-Staten meer ademruimte, zodat de nationale eigenheid zal kunnen uitmaken welke vorm de beleggersbescherming in de materie van de overnames zal aannemen. Prof. Cornelis merkt hierbij op dat de overweging dat een beperkte harmonisatie beter is dan helemaal geen harmonisatie, wellicht mede aan deze mentaliteitswijziging ten grondslag heeft gelegen.

Overigens verwacht prof. Van Hulle dat er zich inzake de harmonisatie-werkzaamheden van de E.G.-instellingen in de gebieden van het vennootschaps- en financiële recht een accentverschuiving zal voordoen, waardoor de harmonisatie van de voorschriften inzake de financiële verslaggeving tot een van de centrale punten van gelijkenschakeling in het vennootschapsrecht verheven zal worden. Met het oog hierop zijn dan ook op Europees vlak reeds diverse studies inzake het belang en de nood aan gelijkenschakeling van de financiële verslaggeving verricht. Deze studies zullen volgens de respondent zonder enige twijfel binnen afzienbare tijd hun repercussies op de Belgische ondernemingen doen gelden. De verklaring voor het toenemende belang dat op beleidsniveau aan de voorschriften inzake financiële verslaggeving wordt gehecht, vormt het besef dat boekhoudrechtelijke en soortgelijke voorschriften meer zijn dan zomaar technische voorschriften, maar integendeel de neerslag van beleidsoverwegingen uitmaken. Een gedegen financiële verslaggeving vormt de *conditio sine qua non* voor een optimale werking van de kapitaalmarkten: naarmate ondernemingen voor hun financiering meer en meer aangewezen raken op de middelen die deze kapitaalmarkten ter beschikking stellen en naarmate deze kapitaalmarkten in toenemende mate het voorwerp van een mundialisering uitmaken, zal ook de nood aan een internationale gelijkenschakeling van de voorschriften inzake de financiële verslaggeving zich doen gevoelen. Een van de centrale vragen die hierbij rijzen, is of in dit streven naar internationale gelijkenschakeling enkel de Amerikaanse voorschriften als richtsnoer zullen dienen, dan wel of er ook ruimte zal zijn voor de Europeesrechtelijke tradities (waarbij niet enkel de werking van de kapitaalmarkt centraal staat, maar er integendeel ook ruimte is voor meer sociale overwegingen). Een praktische consequentie van het toenemende be-

lang van de voorschriften inzake financiële verslaggeving voor de voorschriften van vennootschapsrecht zal zijn dat de bestuursorganen van kapitaalvennootschappen in toeneemende mate een beroep zullen moeten doen op audit-comités.

In het kielzog van de *corporate governance*-discussie is in Vlaanderen de vraag gerezen of er nood is aan juridische voorschriften die een zogeheten «Vlaamse verankering» mogelijk zouden maken. Het debat terzake werd aangevat met de voorlezing van een aantal stellingen van prof. Wymeersch. Volgens de deelnemers aan het congres vergt de centrale stelling van prof. Wymeersch dat er inzake de vraag naar de nood aan een Vlaamse verankering, enkel rekening mag worden gehouden met overwegingen van marktefficiëntie, een aantal belangrijke nuancerings. Zo merkt prof.

W. Van Gerven op dat de regelgever moet aansturen op een «verantwoord ondernemerschap», waar ook ruimte is voor ethische overwegingen, hetgeen vanzelfsprekend een mentaliteitswijziging van zowel de Vlaamse (Belgische) ondernemers, als van de buitenlandse ondernemingen die in België opereren, zal vergen. Prof. Cornelis voegt eraan toe dat er in tegenstelling tot wat prof. Wymeersch voorhoudt, wel degelijk ruimte bestaat voor juridische constructies die de zeggenschap over Belgische ondernemingen in lokale handen houden, dit o.m. teneinde de beleggers ertoe te overhalen in Belgische ondernemingen te (blijven) investeren.

Prof. Dr. K. Byttebier

Directeur Centrum voor Economisch Recht
Vrije Universiteit Brussel

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 24 MAART 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaat: mr. Gérard

Huur – Verbod van uitdrukkelijk ontbindend beding – Toepassingsgebied – Beding ten laste van de ene of van de andere partij

De bepaling van art. 1762 bis B.W. volgens welke het uitdrukkelijk ontbindend beding in een huurovereenkomst voor niet geschreven wordt gehouden, is in algemene bewoordingen gesteld en maakt geen onderscheid naargelang zij ten laste van de ene dan wel van de andere partij in de huurovereenkomst is bedongen.

S. en S. t/ D. en L.

Gelet op het bestreden vonnis, op 8 november 1991 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen in hoger beroep gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 6, 1134, 1184, 1741 en 1762bis van het Burgerlijk Wetboek;

doordat het bestreden vonnis, met bevestiging van het beroepen vonnis, de voorwaarde 9-f van de huurovereenkomst tussen de partijen voor niet geschreven houdt, luidens welke «Wanneer de verhuurder niet binnen veertig dagen na de ingebrekestelling door de huurder de herstellingen uitvoert of doet uitvoeren die te zijnen laste zijn en die onontbeerlijk zijn voor de gezondheid en de veiligheid van de bewoners of voor de bewoonbaarheid van het pand, kan de huurder, mits hij dat per aangetekende brief ter kennis van de verhuurder brengt ..., de huurovereenkomst zonder opzegging ten laste

en op kosten van de verhuurder beëindigen», de vordering van de huurders betreffende de beëindiging van de huurovereenkomst ten laste van de verhuurder met toepassing van die voorwaarde, afwijst en die beslissing aldus verantwoordt dat «de eerste rechter terecht heeft geoordeeld dat de voorwaarde 9-f een uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde was, die naar luid van artikel 1762bis van het Burgerlijk Wetboek voor niet geschreven wordt gehouden», dat immers «het verbod op een dergelijke voorwaarde algemeen is, ongeacht het voorwerp van die voorwaarde» en dat «de beoordelingsmacht van de rechter, wanneer een van de partijen zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst niet nakomt, dus van openbare orde is»,

terwijl artikel 1762bis van het Burgerlijk Wetboek de uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde in een huurovereenkomst voor niet geschreven houdt; die bepaling, hoewel zij in algemene bewoordingen is gesteld, alleen de bescherming van de belangen van de huurder beoogt, zij derhalve alleen de uitdrukkelijke ontbindende voorwaarden beoogt die ten nadele van de huurder zijn bedongen, en niet de voorwaarden die ten laste van de verhuurder zijn bedongen; daaruit volgt dat het bestreden vonnis, door te beslissen dat het verbod op een dergelijke voorwaarde algemeen is, ongeacht het voorwerp van de voorwaarde, en dus ongeacht of de verhuurder dan wel de huurder zijn verplichtingen niet nakomt, zijn beslissing waarbij het de voorwaarde 9-f van de litigieuze huurovereenkomst voor niet geschreven houdt en de op die voorwaarde gegronde vordering van de huurders afwijst:

Overwegende dat naar luid van artikel 1762bis van het Burgerlijk Wetboek, «de uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde voor niet geschreven wordt gehouden»; dat die bepaling in algemene bewoordingen is gesteld en geen onderscheid maakt naargelang zij ten laste van de ene dan wel van de andere partij in de huurovereenkomst is bedongen;

Dat het bestreden vonnis, door te oordelen dat het verbod op een dergelijke voorwaarde algemeen is, de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schendt;

Dat het middel faalt naar recht;

...

NOOT – *Het toepassingsgebied van het verbod van een uitdrukkelijk ontbindend beding in huurovereenkomsten*

1. Zoals bekend, wordt met een «uitdrukkelijk ontbindend beding» de clause in een overeenkomst bedoeld waarin de partijen, krachtens het beginsel van de contractsvrijheid, afwijken van de in art. 1184 B.W. vervatte regeling betreffende de ontbinding van wederkerige overeenkomsten, die in principe immers van aanvullend recht is, behoudens de uitzonderingen geregeld door bijzondere wetsbepalingen. De meeste uitdrukkelijk ontbindende bedingen strekken ertoe de door art. 1184 B.W. verplicht gestelde voorafgaande rechterlijke tussenkomst uit te sluiten en de beslissing tot ontbinding over te laten aan de eenzijdige wilsuitering van de contractspartij ten aanzien van wie een of meer contractuele tekortkomingen zijn begaan (zie daarover uitvoeriger: Stijns, S., *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen–Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1994, pp. 451-454, nrs. 325-327 en de talrijke verwijzingen aldaar).

2. Een van de meest bekende uitzonderingen op de principiële geoorloofdheid van uitdrukkelijk ontbindende bedingen, is art. 1762bis B.W., dat in ons recht werd ingevoerd door art. 1 van de wet van 30 mei 1931 «tot wijziging van titel VIII van boek III van het Burgerlijk Wetboek» (*B.S.*, 1-2 juni 1931), en dat bepaalt dat het uitdrukkelijk ontbindend beding (in huurovereenkomsten) voor niet geschreven wordt gehouden. De bedoeling van de wetgever daarbij was een einde te maken aan de tot dan toe vaak voorkomende uitdrukkelijk ontbindende bedingen in huurovereenkomsten, die beoogden een sanctie op te leggen aan de huurder die zijn betalingsverplichting niet of niet tijdig nakwam. Het gevolg hiervan was dat, als de huurder zich aan zo'n contractuele wanprestatie schuldig had gemaakt, de verhuurder hem uit het gehuurde goed kon (laten) zetten, zonder dat de rechter enige voorafgaande beoordelingsmacht kon uitoefenen over de ernst van de beweerde wanprestatie, de opportuniteit van de sanctie van de ontbinding van de huurovereenkomst en het eventueel aan de huurder te verlenen prestatieuitstel (De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, Brussel, Bruylant, 1972, p. 669, nr. 653; zie in het algemeen: De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, pp. 852-853, nr. 898; Stijns, S., *o.c.*, pp. 452-454, nrs. 326-327 en de talrijke verwijzingen aldaar). In de periode van de economische crisis van omstreeks 1930 was de wetgever van oordeel dat het uitdrukkelijk ontbindend beding in huurovereenkomsten een gevaarlijk wapen was in handen van de verhuurder, die dit zou kunnen hanteren bij de minste contractuele tekortkoming van de huurder, zonder dat, zoals vermeld, de rechter daarop enig voorafgaand toezicht kon uitoefenen. De wetgever achtte dit onverantwoord, onder meer ter wille van de bescherming van de huisvesting van de huurder, en verbood daarom de uitdrukkelijk ontbindende bedingen in huurovereenkomsten (zie de memorie van toelichting bij het «wetsontwerp tot wijziging van

titel VIII van boek III van het Burgerlijk Wetboek», *Gedr. St., Kamer*, 1928-29, nr. 64, p. 4).

3. In de betwisting die ten grondslag lag aan het hierboven afgedrukte cassatiearrest van 24 maart 1994, was in de huurovereenkomst een uitdrukkelijk ontbindend beding opgenomen, dat beoogde niet de huurder maar wel de verhuurder een sanctie op te leggen wegens contractuele wanprestatie. Er was namelijk bedongen dat, als de verhuurder niet binnen veertig dagen na de ingebrekestelling door de huurder de herstellingen uitvoert of doet uitvoeren die te zijn laste zijn en die onontbeerlijk zijn voor de gezondheid en de veiligheid van de bewoners of voor de bewoonbaarheid van het pand, de huurder de huurovereenkomst zonder opzegging ten laste en op kosten van de verhuurder kan beëindigen, mits hij dat per aangetekende brief ter kennis van de verhuurder brengt. De huurders wilden met toepassing van die clause de huurovereenkomst ten laste van de verhuurder beëindigen, maar het bestreden vonnis wees hun vordering af, omdat die clause moet worden beschouwd als een uitdrukkelijk ontbindend beding, dat krachtens art. 1762bis B.W. in huurovereenkomsten voor niet geschreven moet worden gehouden. In het enige cassatiemiddel betoogden de huurders dat art. 1762bis B.W., hoewel het in algemene bewoordingen is gesteld, enkel strekt tot bescherming van de belangen van de huurder en derhalve niet het uitdrukkelijk ontbindend beding beoogt dat, zoals te dezen, ten nadele van de verhuurder is bedongen. Het Hof van Cassatie heeft dit middel verworpen en beslist dat de bepaling van art. 1762bis B.W. «in algemene bewoordingen is gesteld en geen onderscheid maakt naargelang zij ten laste van de ene dan wel van de andere partij in de huurovereenkomst is bedongen».

4. Voor zover kon worden nagegaan, is het de eerste maal dat het Hof van Cassatie zich uitgesproken heeft over de vraag of het door art. 1762bis B.W. verboden uitdrukkelijk beding in huurovereenkomsten eveneens geldt voor het beding dat ten nadele van de verhuurder is bedongen. Ook in de rechtspraak van de feitenrechters kan geen beslissing worden teruggevonden waarin over dat probleem wordt gehandeld. In de doctrine besteedt H. De Page even aandacht aan deze kwestie en hij spreekt zich in dezelfde zin uit als het bestreden vonnis en het Hof van Cassatie: «La prohibition est générale et s'applique quel que soit l'objet de la clause (...)» (*o.c.*, IV, 772, nr. 748).

Dezelfde opvatting klinkt eveneens door bij B. Louveaux (*Le droit du bail. Régime général*, Brussel, De Boeck-Wesmael, 1993, 379, nr. 603): «La clause est réputée nulle que soient les termes utilisés et quel que soit le manquement sur lequel elle se fonde.»

Dezelfde gedachte is impliciet ook terug te vinden bij A. Kluyskens, die er in het algemeen op wijst dat de wetgever gewild heeft dat de rechter steeds een toezicht zou uitoefenen op de ontbinding van een huurovereenkomst, «om te onderzoeken of er wel een genoegzame verhouding bestaat tussen de fout van de ene partij en de ontbinding die de andere partij vraagt» (Kluyskens, A., *Beginnelsen van burgerlijk recht*, IV, *De contracten*, Antwerpen-Brussel, N.V. Standaard-Boekhandel, 1952, 289, nr. 239).

Tegen de achtergrond van de hierboven weergegeven ontstaansgeschiedenis en *ratio legis* van art. 1762bis B.W. is dit standpunt van het Hof van Cassatie zeker niet evident te noemen. Daartegenover staat dat deze opvatting verdedigbaar is op grond van de reeds vaker door het Hof toegepaste in-

terpretatieregels dat, als een wetsbepaling in algemene bewoordingen is geformuleerd, het niet aan de rechter toekomt een onderscheid te maken dat in die rechtsregel niet vervat is: *ubi lex non distinguit, distinguere non debemus* (zie daarover o.m. Van de Kerckhove, M., «La doctrine du sens clair, des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique», in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Brussel, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1982, 13-19).

5. Er is wellicht nog een ander, door het Hof van Cassatie niet geëxpliciteerd motief waarom het Hof aan het verbod van het uitdrukkelijk ontbindend beding in huurovereenkomsten een algemene draagwijdte toekent, ongeacht of zo'n beding ten nadele van de huurder dan wel ten nadele van de verhuurder is bedongen, namelijk het door de artikelen 10 en 11 Gw. geformuleerde gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, waarop door het Arbitragehof toezicht wordt gehouden. Het is niet onredelijk aan te nemen dat er naar het oordeel van het Hof van Cassatie heden ten dage geen objectieve en redelijke verantwoording bestaat om, gelet op het door art. 1762bis B.W. beoogde doel, ter zake van de toepassing van het verbod van een uitdrukkelijk ontbindend beding in een huurovereenkomst, de huurder en de verhuurder op ongelijke wijze te behandelen (betreffende dit criterium, zie vooral: E.H.R.M., 23 juli 1968, *R.W.*, 1968-69, (3), 29; Arbitragehof, arrest nr. 23/89, 13 oktober 1989, *B.S.*, 8 november 1989; Arbitragehof, arrest nr. 18/90, *B.S.*, 27 juli 1990, *R.W.*, 1990-91, met noot Alen, A.; Cass., 5 oktober 1990, 328, met conclusie van de advocaat-generaal D'Hoore, G.; Suetens, L.P., «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Gelijkheid en non-discriminatie. Egalité et non-discrimination*, Alen, A. en Lemmens, P. (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, (95), 100-109, nrs. 5-12; Van Heuven, D., «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, (585), 587-590). Men zou dus eventueel kunnen stellen dat het Hof van Cassatie in het geannoteerde arrest geopteerd heeft voor een grondwetsconforme interpretatie van art. 1762bis B.W. (zie aangaande deze interpretatietechniek: Cass., 20 april 1950, *Arr. Verbr.*, 1950, 517, *Pas.*, 1950, I, 560; Arbitragehof, 1 april 1993, nr. 27/93, *B.S.*, 29 mei 1993, rechtsoverweging B.8; Vandernoot, P., «La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes soumises à son contrôle», in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, I, Brussel, Bruylant, 1992, (357), 366, nr. 9; Delpérée, F. en Rasson-Roland, A., *Recueil d'études sur la Cour d'Arbitrage*, Brussel, Bruylant, 1990, 142-146, nrs. 101-102).

6. Wat er ook van zij, het belang van dit arrest is hierin gelegen dat zowel de huurder als de verhuurder bij een hun toerekenbare contractuele wanprestatie zich kunnen beroepen op de bescherming die art. 1762bis B.W. hen biedt, namelijk dat de ontbinding van de huurovereenkomst te hunnen nadele enkel kan worden uitgesproken door de rechter, die het recht en de plicht heeft na te gaan of de aangevoerde contractuele wanprestatie ernstig genoeg is om de sanctie van de ontbinding te rechtvaardigen, en die aan de wanprestatie plegende contractspartij eventueel nog uitstel van betaling kan toekennen (betreffende deze appreciatiebevoegdheid van de rechter, zie vooral Stijns, S., o.c., nrs. 155-210).

A. Van Oevelen

Hoogleraar Universiteit Antwerpen
(UIA en UFSIA)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 8 APRIL 1994

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Waÿters

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaat: mr. Nelissen Grade

Handelshuur – Vordering tot betaling van uitzettingsvergoeding – Fatale termijn – Berekening

De termijn van een jaar waarbinnen krachtens art. 28 Handelshuurwet de rechtsvorderingen tot betaling van de vergoeding wegens uitzetting moeten worden ingesteld, is geen termijn van rechtspleging, maar een fatale termijn waarvan het verstrijken leidt tot het verval van het recht zelf.

Voor de berekening van die termijn kan de vervaldag, indien hij een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag is, niet met toepassing van art. 53, tweede lid, Ger.W. worden verplaatst op de eerstvolgende werkdag.

B.V.B.A. E. t/ D. en Van O.

Gelet op het bestreden vonnis, op 27 maart 1992 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk;

Over het middel, gesteld als volgt: schending van de artikelen 28 van de wet van 30 april 1951 op de handelshuur, die titel VIII, afdeling IIbis van het Burgerlijk Wetboek uitmaakt, 48 en 53, inzonderheid het tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het bestreden vonnis vooraf vaststelt dat eiseres het door haar gehuurde pand op 31 oktober 1987 heeft verlaten, vervolgens beslist dat de vordering van eiseres ingeleid bij dagvaarding van 2 mei 1989 «buiten de verjaringstermijn (...) valt», dientengevolge na gedeeltelijke vernietiging van het beroepen vonnis, deze vordering afwijst, en het deze beslissing op de volgende overwegingen doet berusten: «De zes maanden binnen welke de (verweerders) hun opzeggingsmotief ter uitvoering moesten brengen beginnen te lopen vanaf 1 november 1987. Deze zes maanden strekken zich dan uit van 1 november 1987 tot en met 30 april 1988. Vanaf 1 mei 1988 tot en met 30 april 1989 loopt dan de eenjarige verjaringstermijn voor het vorderen van een uitzettingsvergoeding. De vervaldag viel op 30 april 1989, een zondag en zou aldus de eerste rechter daar 1 mei 1989 een wettelijke feestdag is, verlengd kunnen worden tot 2 mei, de laatste nuttige dag. De verjaringstermijn in artikel 28 van de handelshuurwet is evenwel een wettelijke vervallstermijn waarvan het verstrijken kan leiden tot het verval van recht zelf. Het is geen termijn van proceshandeling en is niet vatbaar voor toepassing van artikel 53, 2, van het Gerechtelijk Wetboek noch voor andere verlenging. Het is een termijn die valt als een kapmes. Het is geen verjaringstermijn maar een vervallstermijn die niet gestuit of geschorst kan worden. Is de termijn verstreken, dan is de huurder onherroepelijk vervallen van het recht op vergoeding wegens uitzetting. Het is een fatale termijn waarvan het verstrijken leidt tot een verval van recht zelfs zonder dat met toepassing van artikel 53, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek de laatste dag indien hij een

zaterdag, zondag of wettelijke feestdag is, verplaatst kan worden op de eerstvolgende werkdag»,

terwijl, naar luid van artikel 28 van de wet van 30 april 1951 op de handelshuur, de rechtsvorderingen tot betaling van de vergoeding wegens uitzetting moeten worden ingesteld binnen een jaar te rekenen van het feit waarop de vordering gegrond is; naar luid van artikel 48 van het Gerechtelijk Wetboek de termijnen voor het verrichten van proceshandelingen onderworpen zijn aan de regels van hoofdstuk VIII van deel I van het Gerechtelijk Wetboek, tenzij de wet anders bepaalt; naar luid van artikel 53, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek de vervalldag in de termijn begrepen is; indien deze dag echter een zaterdag, zondag of een wettelijke feestdag is, de vervalldag wordt verplaatst op de eerstvolgende werkdag (artikel 53, tweede lid); het instellen van rechtsvorderingen als bedoeld in artikel 28 van de wet op de handelshuur een proceshandeling uitmaakt en de wet voor de berekening van de in dit artikel bepaalde termijn niet in een afwijkende regeling voorziet; de berekening van de termijn derhalve dient te gebeuren met inachtneming van de regels bepaald in hoofdstuk VIII van deel I van het Gerechtelijk Wetboek; de regel bepaald in artikel 53, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, tot deze regels behoort en overigens niet leidt tot een verlenging van de termijn doch enkel de berekening van de termijn betreft; door te beslissen dat de termijn bepaald in artikel 28 van de wet op de handelshuur geen termijn van proceshandeling is waarop artikel 53, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek niet toepasselijk is, de Rechtbank derhalve alle in het middel vermelde wetsbepalingen schendt:

Overwegende dat, krachtens artikel 28 van de Handelshuurwet, de rechtsvorderingen tot betaling van de vergoeding wegens uitzetting moeten worden ingesteld binnen een jaar te rekenen van het feit waarop de vordering gegrond is;

Dat die termijn geen termijn van rechtspleging is, maar een fatale termijn, waarvan het verstrijken leidt tot verval van het recht zelf;

Dat voor de berekening van die termijn de vervalldag, indien hij een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag is, niet met toepassing van artikel 53, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek kan worden verplaatst op de eerstvolgende werkdag;

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat de vordering van eiseres tot betaling van een vergoeding wegens uitzetting verviel op zondag 30 april 1989 en dat de dagvaarding laattijdig is, nu de termijn in artikel 28 van de Handelshuurwet bedoeld een vervaltermijn is;

Dat het bestreden vonnis aldus de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schendt;

Dat het middel faalt naar recht;

...

NOOT – Termijnen in de Handelshuurwet

1. Wanneer men het hierboven afgedrukte arrest leest in samenhang met het elders in dit nummer gepubliceerde cassatiearrest van 2 juni 1994, hoeft het geen verbazing te wekken dat beide uitspraken bij de commentatoren op enig scepticisme zijn onthaald (zie Brewaeys, E., «De zevende dag» (noot onder Cass., 2 juni 1994), *Proces en Bewijs*, 1994, 177-178; De Smedt, P., «Termijnen in de Handelshuurwet: over voetangels en klemmen» (noot onder Cass., 8 april 1994),

A.J.T., 1994-95, 251-252; De Meulemeester, D. en De Corte, R., «De heilige drie-werkdagen-termijn. Het arrest van het Hof van Cassatie van 21 november 1994», *Recente Cassatie*, 1995, (127), 130, nrs. 24-25 en 27). De aan deze arresten ten grondslag liggende betwistingen hebben immers betrekking op twee termijnen die in de Handelshuurwet zijn bepaald, waarvan in de twee gevallen de vervalldag telkens op een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag viel en waarbij in het eerstgenoemde arrest die vervalldag volgens het Hof van Cassatie niet wordt verplaatst op de eerstvolgende werkdag, terwijl dit wel dient te gebeuren in het laatstgenoemde arrest.

2. In het hierboven afgedrukte arrest van 8 april 1994 besliste het Hof van Cassatie dat de termijn van één jaar waarbinnen krachtens art. 28 Handelshuurwet de rechtsvordering tot betaling van een uitzettingsvergoeding moet worden ingesteld, geen termijn van rechtspleging is, maar een fatale termijn, waarvan het verstrijken leidt tot het verval van het recht zelf. Daaruit leidt het Hof af dat, als de vervalldag van die termijn valt op een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag, hij met toepassing van art. 53, tweede lid, Ger.W. niet kan worden verplaatst op de eerstvolgende werkdag.

Volgens E. Brewaeys (*o.c.*, *Proces & Bewijs*, 1994, 178, nr. 4) en P. De Smedt (*o.c.*, *A.J.T.*, 1994-95, 252, nr. 3) komt het Hof van Cassatie in dit arrest terug op zijn vroegere rechtspraak, in het bijzonder op zijn arrest van 1 oktober 1976 (*Arr. Cass.*, 1977, 133, *Pas.*, 1977, I, 135, *R.W.*, 1976-77, 1468). Ik zou dit echter durven betwijfelen, aangezien het Hof in laatstgenoemd arrest overweegt dat het bestreden vonnis, «zonder de bindende kracht van de huurovereenkomst noch art. 28 van de wet van 30 april 1951 te schenden, heeft kunnen beslissen dat de termijn waarin de vordering moet worden ingesteld een aanvang nam vanaf het verstrijken van de huurovereenkomst, dit is 14 januari 1969, zodat bij toepassing van de artt. 52, 53 en 54 Ger.W., de vervaltermijn begon te lopen vanaf 15 januari 1969». In deze overweging beschouwt het Hof van Cassatie de termijn bedoeld in art. 28 Handelshuurwet als een «vervaltermijn», welke term synoniem is van de uit het Nederlandse recht afkomstige term «fatale termijn» (zie Van Oevelen, A., «Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht», *T.P.R.*, 1987, (1755), 1831, nr. 71 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 354). Bovendien beperkt het Hof van Cassatie in zijn arrest van 1 oktober 1976 zich ertoe om, voor het bepalen van het aanvangspunt van deze termijn, een beroep te doen op de artt. 52, 53 en 54 Ger.W., maar deze bepalingen, inzonderheid de artt. 52 en 54 Ger.W. stemmen overeen met de regelen die gelden voor het bepalen van het vertrekpunt van een verjaringstermijn in het materiële recht (zie art. 2260 B.W.; zie daarover Van Oevelen, A., *o.c.*, *T.P.R.*, 1987, 1786, nr. 28). Het Hof van Cassatie spreekt zich dus in dit arrest geenszins uit over de verplaatsing van de vervalldag van die termijn op de eerstvolgende werkdag wanneer die vervalldag op een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag valt, zodat men bezwaarlijk kan beweren dat het cassatiearrest van 8 april 1994 een breekpunt vormt ten opzichte van dat van 1 oktober 1976. Wel kan op dit laatste arrest de kritiek worden uitgeoefend dat het voor enige verwarring zorgt door voor het bepalen van het aanvangspunt van een vervaltermijn te verwijzen naar toepasselijk geachte bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek.

3. Het cassatiearrest van 8 april 1994 is echter wel moeilijk te verenigen met het elders in dit nummer gepubliceerde arrest van 2 juni 1994, waarin het Hof van Cassatie beslist dat de termijn van dertig dagen waarover de huurder krachtens art. 18 Handelshuurwet beschikt om zich tot de rechter te wenden wanneer hij met de verhuurder niet tot een akkoord komt over de voorwaarden van de huurhernieuwing, een termijn van rechtspleging is, waarop art. 53, tweede lid, Ger.W. wel van toepassing is, zodat, wanneer de vervaldag van die termijn een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag is, die vervaldag verplaatst wordt op de eerstvolgende werkdag.

Uit het in onderlinge samenhang lezen van de cassatiearresten van 8 april 1994 en 2 juni 1994 kan men dus concluderen dat, als in de Handelshuurwet een termijn is bepaald voor het verrichten van een proceshandeling, de berekening van die termijn moet gebeuren volgens de regelen bepaald in de artikelen 48 en volgende Ger.W. (Brewaeks, E., o.c., *Proces & Bewijs*, 1994, 177, nr. 3; De Smedt, P., o.c., *A.J.T.*, 1994-95, 252, nr. 4; zie ook De Meulemeester, D. en De Corte, R., o.c., *Recente Cassatie*, 1995, 127-128, nr. 6). Op de andere termijnen die in de Handelshuurwet zijn bepaald en die meestal als vervaltermijnen moeten worden beschouwd, zijn de artikelen 48 en volgende Ger.W. niet van toepassing. Voor de berekening van die termijnen dient men een beroep te doen op de regelen die gelden voor de berekening van verjaringstermijnen (zie artt. 2261-2262 B.W.).

4. Uit het voorgaande volgt dat voor de berekening van een termijn in de Handelshuurwet het van determinerend belang is te weten of binnen die termijn al of niet een *proceshandeling* moet worden verricht. In de context van de Handelshuurwet dient als een proceshandeling te worden beschouwd iedere rechtshandeling waarbij een geding wordt ingeleid, m.a.w. een rechtsvordering wordt ingesteld bij de bevoegde rechter, in het bijzonder door het laten betekenen van een dagvaarding, door het ter griffie neerleggen van een verzoekschrift waarbij de wederpartij in verzoening wordt opgeroepen, op voorwaarde dat binnen dertig dagen na het proces-verbaal van niet-verzoening een dagvaarding wordt uitgebracht (zie art. 30 Handelshuurwet).

Het is op basis van dit criterium van het verrichten van een proceshandeling dat de cassatiearresten van 8 april 1994 en 2 juni 1994 moeilijk met elkaar te verzoenen zijn. Het valt immers niet goed in te zien waarom de huurder, die het niet eens is met de door de verhuurder voorgestelde voorwaarden voor de huurvernieuwing, op grond van art. 18 Handelshuurwet de verhuurder voor de bevoegde vrederechter laat dagvaarden, wel een proceshandeling verricht, terwijl de huurder die vóór het verstrijken van de termijn van één jaar, bedoeld in art. 28 Handelshuurwet, tegen de verhuurder een rechtsvordering instelt om hem te doen veroordelen tot betaling van een uitzettingsvergoeding, geen proceshandeling verricht (De Smedt, P., o.c., *A.J.T.*, 1994-95, 252, nr. 3). Het is te betreuren dat het Hof van Cassatie geen reden vermeldt waarom in het eerste geval wel en in het tweede geval geen proceshandeling wordt verricht (zie in dezelfde zin de kritiek op het cassatiearrest van 21 november 1994 inzake art. 4 van de wet van 19 maart 1991 «houdende bijzondere ontslagregeling voor personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen, alsmede voor de kandidaat-

personeelsafgevaardigden»: De Meulemeester, D. en De Corte, R., o.c., *Recente Cassatie*, 1995, 130, nr. 27).

5. Het cassatiearrest van 8 april 1994 heeft voor de rechtspraktijk dit belangrijk gevolg dat het ertoe noopt, op basis van het in het vorige randnummer vermelde criterium van «het verrichten van een proceshandeling», een aantal termijnen in de Handelshuurwet, die vaak als termijnen van rechtspleging werden gehanteerd, te «herkwalificeren» als «fatale termijnen». Zo kan na dit arrest nog moeilijk staande worden gehouden dat de in art. 14, eerste lid, Handelshuurwet bepaalde termijn waarbinnen de huurder zijn aanvraag tot huurhernieuwing ter kennis van de verhuurder moet brengen, moet worden berekend volgens de regelen bepaald in de artt. 48 e.v. Ger.W. (zie tot nu toe in die zin: Pauwels, A., *Handelshuur*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1971, 123, nr. 264), daar de huurder dan geen proceshandeling verricht in de zin van art. 48 Ger.W. (De Smedt, P., o.c., *A.J.T.*, 1994-95, 252, nr. 4). Hetzelfde geldt om dezelfde reden voor de in art. 14, eerste lid, Handelshuurwet bepaalde termijn van drie maanden waarbinnen de verhuurder zijn gemotiveerde weigering of zijn hoger aanbod van een derde ter kennis van de huurder moet brengen (De Smedt, P., o.c., *A.J.T.*, 1994-95, 252, nr. 4), evenals voor de termijn van dertig dagen waarin de verhuurder zich kan verzetten tegen door de huurder voorgenomen verbouwingswerken (art. 7, tweede lid, Handelshuurwet) of tegen de door de huurder voorgenomen huuroverdracht of onderverhuur die samengaat met de overdracht of de verhuring van de handelszaak (art. 10, derde lid, Handelshuurwet). De termijn waarbinnen op grond van art. 6 Handelshuurwet de herziening van de huurprijs dient te worden gevraagd, is daarentegen wel duidelijk een termijn waarbinnen op grond van art. 6 Handelshuurwet de herziening van de huurprijs dient te worden gevraagd, is daarentegen wel duidelijk een termijn waarbinnen een proceshandeling moet worden verricht en dient derhalve te worden berekend volgens de regelen van de artt. 48 e.v. Ger.W. Om dezelfde reden geldt dit ook voor de termijn van dertig dagen waarbinnen de huurder de verhuurder moet dagvaarden wanneer hij, ondanks het verzet van de verhuurder, de voorgenomen verbouwingswerken wil uitvoeren (art. 7, derde lid, Handelshuurwet), evenals voor de termijn van dertig dagen waarbinnen de huurder zich tot de rechter moet wenden als hij de door de verhuurder ingeroepen grove tekortkoming als motief voor de weigering van huurhernieuwing wil betwisten (art. 16, I, 4°, derde lid, Handelshuurwet).

6. Bij wijze van besluit kan in de eerste plaats worden gesteld dat de cassatiearresten van 8 april en 2 juni 1994 binnen de verschillende termijnen van de Handelshuurwet een distinctie hebben gemaakt die tot rechtsverfijning leidt in plaats van het in het verleden soms ongenueanceerd analogisch toepassing maken van de regelen vervat in de artt. 48 e.v. Ger.W. Daartegenover staat dat het door het Hof van Cassatie gehanteerde criterium van het verrichten van een proceshandeling *in casu* tot betwistbare resultaten leidt, te meer daar de sanctie van het niet-naleven de twee litigieuze termijnen in beide gevallen dezelfde was, namelijk het verval van het recht, respectievelijk op huurhernieuwing en op een uitzettingsvergoeding. Dit voert dan tot een tweede conclusie, namelijk of het wel verantwoord is om voor de berekening van de termijnen in de Handelshuurwet verschillende regelen te hanteren naargelang het gaat om een termijn van rechtspleging dan wel om een fatale termijn en of het *de jure consti-*

tuendo geen aanbeveling verdient om die regelen een te maken voor het materiële privaatrecht en het privaatrechtelijk procesrecht.

A. Van Oevelen

Hoogleraar Universiteit Antwerpen (UIA en UFSIA)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 2 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Rappe

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael

Advocaten: mrs. De Gryse en De Bruyn

Handelshuur – Aanvraag tot huurhernieuwing – Principeel akkoord van de verhuurder, maar onder andersluidende voorwaarden – Blijvende onenigheid tussen de partijen – Verplichting van de huurder zich tot de rechter te wenden – Proceshandeling – Gevolg – Berekening van de termijn

Indien tussen de verhuurder en de huurder onenigheid blijft bestaan omtrent de voorwaarden van de hernieuwing van een handelshuur, dient de huurder zich, binnen dertig dagen na het antwoord van de verhuurder tot de rechter te wenden. Als de huurder dit doet, verricht hij een proceshandeling in de zin van art. 48 Ger.W., met als gevolg dat, als de vervalldag een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag is, hij krachtens art. 53, tweede lid, Ger.W. op de eerstvolgende werkdag wordt verplaatst.

N.V. Brouwerij H. t/ L.

Gelet op het bestreden vonnis, op 30 november 1992 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel;

Over het middel: schending van de artikelen 18 van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten met het oog op de bescherming van het handelsfonds, dit is afdeling IIbis van hoofdstuk II van titel VIII van boek III van het Burgerlijk Wetboek, 2261 van het Burgerlijk Wetboek, 48, 49, 50, 52, 53 en 54 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het bestreden vonnis het beroepen vonnis waarbij eiseres vervallen wordt verklaard van haar bij dagvaarding van 20 november 1989 ingestelde vordering tot huurhernieuwing bevestigt, op grond dat de termijn van 30 dagen van artikel 18 van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten «die is beginnen te lopen de dag na die van de akte of van de gebeurtenis welke hem doet ingaan, te dezen 20 oktober 1989» «op 19 november 1989» is verstreken, dat «geïntimeerde (eiseres) niettemin betoogt dat, nu 19 november 1989 een feestdag (zondag) was, de termijn, met toepassing van artikel 53, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek tot maandag was verlengd, zodat haar bij dagvaarding van 20 november 1989 ingestelde vordering niet laattijdig is», (...) «dat (...) toepassing dient te worden gemaakt van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek inzake verjaring en inzonderheid van artikel 2261 van het Burgerlijk Wetboek volgens hetwelk de verjaring verkregen is wanneer de laatste dag van de vereiste tijd verlopen is; dat die bepaling niet voorziet in enige uitzondering, zodat de toepassing ervan niet kan worden geweigerd op grond dat de laatste dag van de termijn een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag is», en «dat niet kan worden aangenomen, zoals (eiseres) betoogt, dat de

berekening van de in het Gerechtelijk Wetboek bedoelde termijnen (artikel 53, tweede lid,) tot gevolg zou hebben de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de berekening van de verjaringstermijnen te wijzigen»,

terwijl de termijn van dertig dagen waarover de huurder, krachtens artikel 18 van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten, beschikt om zich tot de vrederechter te wenden overeenkomstig de artikelen 52 tot 54 van het Gerechtelijk Wetboek wordt berekend, zonder dat artikel 2261 van het Burgerlijk Wetboek zich daartegen verzet; wanneer de vervalldag van die termijn van dertig dagen op een zaterdag, zondag of een wettelijke feestdag verstrijkt, hij dus, overeenkomstig artikel 53 van het Gerechtelijk Wetboek, op de eerstvolgende werkdag wordt geplaatst, de appelrechter, nadat hij aldus had kunnen vaststellen dat 19 november 1989, dit is de vervalldag van die termijn van dertig dagen, een zondag was, diende te beslissen dat die vervalldag op de eerstvolgende werkdag, namelijk op 20 november 1989 was verplaatst, en eiseres zich op 20 november 1989 nog rechtsgeldig tot de vrederechter kon wenden om de hernieuwing van de huur te vorderen; het bestreden vonnis, door te weigeren de vervalldag van de termijn van voormeld artikel 18 op de eerstvolgende werkdag te verplaatsen en door het beroepen vonnis waarbij eiseres vervallen wordt verklaard van haar recht op hernieuwing te bevestigen, derhalve de artikelen 18 van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten en 53 van het Gerechtelijk Wetboek alsmede alle andere in het middel aangewezen bepalingen schendt;

Overwegende dat, indien tussen de verhuurder en de huurder onenigheid blijft bestaan omtrent de voorwaarden van de huurhernieuwing, de huurder zich, krachtens artikel 18 vervat in artikel 1 van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten met het oog op de bescherming van het handelsfonds, «op straffe van verval, binnen dertig dagen na het antwoord van de verhuurder tot de rechter kan wenden»;

Overwegende dat de huurder, door zich overeenkomstig die wetsbepaling tot de rechter te wenden, een proceshandeling verricht in de zin van artikel 48 van het Gerechtelijk Wetboek en dat bijgevolg de vervalldag, als hij een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag is, ingevolge artikel 53 van dat wetboek op de eerstvolgende werkdag wordt verplaatst;

Overwegende dat het appelgerecht, door eiseres «vervalen te verklaren van haar vordering tot huurhernieuwing», de artikelen 18 vervat in artikel 1 van voormelde wet van 30 april 1951 en 53 van het Gerechtelijk Wetboek heeft geschonden;

Dat het middel gegrond is;

...

NOOT – Zie elders in dit nummer Cass., 8 april 1994, met noot A. Van Oevelen, «Termijnen in de Handelshuurwet».

ERRATUM

Taalgebruik - In gerechtszaken

De noot bij Cass., 29 mei 1995, *R.W.*, 95-96, 683, op p. 684 bovenaan moet gelezen worden: «Zie Cass., 24 mei 1993, *R.W.*, 1993-94, 443.»

Algemene rechtsbeginselen

Het cassatiearrest dat gepubliceerd is in *R.W.*, 1995-96, 1267, is gewezen op 4 december 1995. Verkeerdelijk wordt in de linkerkolom het jaartal 1994 vermeld.