

RECHTSHANDHAVING DOOR ADMINISTRATIEVE SANCTIES IN HET RECHT

1. Naast – en soms ook in de plaats van – de klassieke strafsancties ontwikkelden zich vormen van bestuurlijke repressieve handhaving, wegens allerlei, bekende en reeds uitgebreid beschreven, factoren: snelheid, efficiëntie en kostprijs van afhandeling, graad van repressiviteit, mate waarin de strafsancties al dan niet werden toegepast, bewijslast, al dan niet ontorend karakter, belang van preventief en ontradend karakter van de bestraffing, gerechtelijke overbelasting en achterstand, specificiteit en complexiteit van de materie, voortschrijdende overheidsinmenging, omvang en frequentie van de overtredingen, samenhang tussen de begane overtreding en de gewenste sanctie...¹ Tegenwoordig heeft administratieve rechtshandhaving de stap gemaakt van uitzonderingsprocedure naar doorsnee-techniek.²

Deze bijdrage behandelt essentieel de rechtsbescherming in geval van administratieve (repressieve) rechtshandhaving. Bij strafrechtelijke handhaving is de rechtsbescherming die de dader van een misdrijf geniet vooraleer hem een straf wordt opgelegd, tot in de details geregeld in het strafprocesrecht. Bij administratiefrechtelijke handhaving bestaat hiervoor echter geen algemeen wettelijk kader. Hieronder wordt onderzocht op welke manier in dit geval dan het «palet» van de rechtsbescherming kan worden samengesteld, als resultante van een gradueel kwalificatieproces, waarbij telkens opnieuw moet worden onderzocht of de betrokken administratieve sanctie al dan niet onder een welbepaalde bepaling of waarborg valt. Dat kan nauwelijks een bevredigend proces worden genoemd – het ware natuurlijk verkieslijker dat er een coherent «recht van de administratieve rechtshandhaving» bestond – maar momenteel is dat de toestand.

Deze bijdrage poogt de knoop – of beter: knopen – van de rechtsbescherming te ontwarren. Daartoe is het raadzaam te beginnen met een functionele begripsomschrijving, om

daarna stap na stap de potentiële kwalificaties en gevolgen daarvan te onderzoeken.

I. BEGRIPPEN

A. Het sanctiebepijp

2. In (heel) brede zin begrepen zijn juridische sancties middelen om de naleving van gedragsnormen af te dwingen³ of te bevorderen.⁴ Als sancties voordelen verbinden aan de naleving van een gedragsnorm, zijn het «positieve sancties» (of beter: positieve rechtsgevolgen). «Negatieve sancties» verbinden nadelen aan normschendend gedrag. Sancties die de schending van een gedragsnorm of de gevolgen van die schending beogen te herstellen, worden aangeduid als *herstelmaatregelen*.⁵ Daarbinnen strekken de *situatieve* herstelmaatregelen ertoe de rechtmatige toestand te herstellen, terwijl de *reparatoire* herstelmaatregelen de aangebrachte schade herstellen.⁶ Sancties die het rechts- of schadeherstel overstijgen, worden beschouwd als *repressieve* of *retributive* sancties. Het is in die laatste betekenis dat het woord sancties verder zal worden gebruikt. Het sanctiebepijp wordt daardoor beperkt tot negatieve, punitieve sancties, een beperking die trouwens het meest aansluit bij de intuïtieve connotatie die het woord oproept.

3. Repressieve sancties beogen (ook) afschrikking en bestraffing.⁷ Vóór de toepassing ervan is hun functie essentieel preventief, ten opzichte van alle rechtsonderhorigen. De toepassing ervan is ten opzichte van de overtreder punitief (bestrafing van de normschending), maar ook (bijzonder) preventief (voorkomen van latere normschendingen). Tegelijk versterkt de effectieve toepassing van een sanctie het (algemeen) preventief doel ten opzichte van de overige rechtsonderhorigen.

¹ Redenen die in de rechtspraak van het Arbitragehof werden vermeld: zie Arbitragehof, arrest nr. 72/92, 18 november 1992, *B.S.* 16 januari 1993, overweging B.4.3; Arbitragehof, arrest nr. 40/97, 14 juli 1997, *B.S.* 21 augustus 1997, overweging B.3.2; Arbitragehof, arrest nr. 45/97, 14 juli 1997, *B.S.* 26 augustus 1997, overweging B.3.1; Arbitragehof, arrest nr. 22/99, 24 februari 1999, *B.S.* 30 april 1999 (derde uitgave), overweging B.10; Arbitragehof, arrest nr. 32/99, 17 maart 1999, *B.S.* 19 juni 1999, overweging B.8; Arbitragehof, arrest nr. 132/2001, 30 oktober 2001, *B.S.* 21 december 2001 (derde uitgave), overwegingen B.5.1 en B.7; Arbitragehof, arrest nr. 153/2001, 28 november 2001, *B.S.* 12 februari 2002, overweging B.6. Zie over deze redenen vooral: A. DE NAUW, «L'évolution législative vers un système punitif administratif», *Rev. dr. pén.* 1989, 362-380; A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 5-43. Ook de parlementaire voorbereiding van de Wet Administratieve Geldboeten kan hier als klassieke bron worden aangegeven: Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 1970-71, nr. 939/1, p. 1-2 en Verslag namens de Commissie voor de Tewerkstelling en de Arbeid, *Parl. St. Kamer* 1970-71, nr. 939/3, p. 1.

² F. MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Parijs, Economica, 1993, 328.

³ G.E. MULDER, «De sanctie», *Delikt en Delinkwent* 1974, 10-11.

⁴ W.H.A. JONKERS, *Het penitentiair recht. Strafrechtelijke sancties in Nederland*, 3 delen, Arnhem, Gouda Quint, 1975, II-1.

⁵ W. DUK, *Tanden van het recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1973, 17-19; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 74-75; L.J.J. ROGIER, *Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 30-33; J. ROORDING, *Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 4-5.

⁶ W.G.A. HAZEWINDUS, *Administratieve sancties en vreemdelingenrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 13-17 en 34-35.

⁷ H. BEKAERT, *Introduction à l'étude du droit*, Brussel, Bruylant, 1973, 435; W. DUK, *Tanden van het recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1973, 19; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 74-75; W.H.A. JONKERS, *o.c.*, II-1-2; J.J. OOSTENBRINK, *Administratieve sancties*, 's-Gravenhage, VUGA, 1967, 2-4.

B. Administratieve sancties

1^o Begrip

4. De administratieve sanctie is naar Belgisch recht geen algemeen, wettelijk omschreven begrip.⁸ Dit gebrek aan een wettelijke definitie heeft tot gevolg dat de rechtsleer zelf op zoek is gegaan naar mogelijke definities, maar ook – en dat is bezwarender – dat voor elke bepaling en voor elk beginsel het min of meer «autonome» toepassingsgebied moet worden onderzocht om na te gaan of deze of gene administratieve sanctie eronder valt (zie randnr. 1). «De» rechtsbescherming voor «de» administratieve sancties bestaat dus niet. Daarom is de hierna voorgestelde definitie eerder te zien als een afbakening van het thema van deze bijdrage.

5. Het begrip «administratieve sanctie» kan o.i. als volgt worden gedefinieerd:⁹ een bij of krachtens de wet vastgestelde maatregel met een repressief karakter, die door een bestuursorgaan wordt opgelegd door middel van een eenzijdige, individuele bestuurshandeling, als reactie op een inbreuk op een rechtsnorm. Een *inbreuk op een rechtsnorm* is een verwijtbare, persoonlijke gedraging die kan bestaan uit zowel een handelen als een nalaten.

Uit deze definitie blijken de essentiële, onderscheidende kenmerken van administratieve sancties:

1^o zij onderstellen een voorafgaande verstoring van de rechtsorde, een *schending van een rechtsnorm*. Daardoor onderscheiden zij zich van preventieve maatregelen, algemene maatregelen en positieve sancties, maar ook van negatieve beslissingen die worden genomen omdat niet (meer) is voldaan aan de wettelijke voorwaarden om aanspraak te kunnen maken op een voordeel of om een recht te kunnen uitoefenen.¹⁰

Wegens de bijzondere onderliggende rechtsverhoudingen, de beperkte doelgroep, de verschillende doelstellingen en de andere, minder precies te omschrijven, aard van de overtredingen, is het raadzaam om *tuchtsancties* als een aparte categorie te beschouwen.¹¹

⁸ Zelfs in de vrij recente wet van 13 mei 1999 betreffende de invoering van gemeentelijke administratieve sancties wordt geen algemeen geldende omschrijving gegeven, maar wordt volstaan met een opsomming van een aantal mogelijke administratieve sancties (zie het bij deze wet ingevoegde art. 119bis, § 2, Nieuwe Gemeentewet).

⁹ Een definitie die wij, na het overlopen van eerder gegeven definities, het inventariseren van een aantal kenmerken waarover vrij grote eensgezindheid bestaat en het toepassen van de definitie op de maatregelen en sancties in het socialezekerheidsrecht, voorgesteld hebben in *Administratieve sancties in het socialezekerheidsrecht*, Bijzondere reeks Administratieve Rechtsbibliotheek, Brugge, die Keure, 1998, 35 en 103-104. In een recentere definitie hebben L. Vény e.a. de elementen uit deze definitie min of meer overgenomen (L.M. VENY, L. DE GEYTER en F. VANDENDRIESSCHE, «De invoering van gemeentelijke administratieve sancties ... of naar een publiekrechtelijke rechtshandhaving op lokaal vlak in België?», *A.J.T.* 1999-2000, 159), met de toevoegingen – die wij niet als essentieel beschouwen – dat de maatregel *in beginsel* wordt opgelegd door een orgaan van het *actief* bestuur en dat de schending er een is van een rechtsnorm *of van een publiekrechtelijk voorschrift*.

¹⁰ De grens tussen deze laatste soort maatregelen en administratieve sancties is niet eenvoudig te trekken. Zie bv. voor een onderzoek over dit onderscheid in het socialezekerheidsrecht: J. PUT, o.c., 81-95.

2^o zij worden opgelegd door een *bestuursorgaan*. Daarom vallen sancties opgelegd door een rechter (strafrechter, burgerlijke rechter of administratieve rechter) niet onder het begrip administratieve sancties, net zomin als sancties opgelegd tussen privé-personen (voor zover dit juridisch toelaatbaar is, bv. de tuchtsancties die een werkgever oplegt). Als het bestuur optreedt als gewone deelnemer aan het rechtsverkeer (bv. via het sluiten van een gewoon contract), zijn ook de eventuele sancties van het bestuur in het raam daarvan, geen administratieve sancties (deze zijn overigens ook niet eenzijdig oplegbaar);¹²

3^o zij worden opgelegd door middel van een *eenzijdige, individuele bestuurshandeling*. Hierdoor zijn zij in beginsel direct uitvoerbaar (maar daarom nog niet gedwongen uitvoerbaar) en hebben zij een vermoeden van wettigheid. De betrokken bestuurshandeling kan zowel constitutief als declaratief zijn, al beschouwen sommigen deze laatste niet als administratieve sancties;¹³

4^o zij hebben (minstens ten dele) een *punitief of repressief* karakter: de sanctie legt een nadeel op of ontnemt een voordeel. Dit onderscheidt administratieve sancties van herstelmaatregelen¹⁴ (inclusief terugvordering van ten on-

¹¹ Zie ook Arbitragehof, arrest nr. 54/2001, 8 mei 2001, *B.S.* 23 mei 2001, overweging B.14.1, waarin het verschil tussen de strafvordering en de tuchtvordering wordt geduid.

¹² Sancties opgelegd t.o.v. bepaalde medewerkers aan de openbare dienst, die geen ambtenaren zijn, kunnen o.i. ook onder het begrip «administratieve sancties» vallen, indien zij zijn opgenomen in bijzondere wetgeving en eenzijdig door het bestuur kunnen worden opgelegd (bv. bepaalde sancties die het RIZIV kan uitspreken tegen zorgverstrekkers).

¹³ M. BOES, *Administratieve sancties en art. 6 E.V.R.M. in België*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, 4. De volgende auteurs beschouwen automatische sancties, o.i. terecht, wel als administratieve sancties: H.-D. BOSLY, *Les sanctions en droit pénal social belge*, Gent, Story-Scientia, 1979, 266-268; E.E.V. LENOS, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1998, 15-20; P. VERMEULEN, *Administratieve sancties in België*, Preadvies opgesteld voor de vergadering van 26 november 1971 van de Afdeling Staatsrecht van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, s.l., onuitgegeven, 26-27.

¹⁴ In die zin beschouwde het Arbitragehof bv. art. 35, tweede lid, R.S.Z.-Wet niet en art. 35, vierde lid R.S.Z.-Wet wel als een straf: de eerste is een bijzondere wijze van vergoeding of herstel (ambtshalve veroordeling van de werkgever tot betaling van de niet-betaalde RSZ-bijdragen), de tweede heeft een overwegend repressief karakter (ambtshalve veroordeling van de werkgever tot betaling aan de RSZ van een vergoeding gelijk aan het drievoud van de ontrokken bijdragen) (Arbitragehof, arrest nr. 92/2000, 13 juli 2000, *B.S.* 30 september 2000, overwegingen B.8 en B.9). Volgens het Hof van Cassatie is art. 35, tweede lid, R.S.Z.-Wet inderdaad geen straf, maar heeft het een burgerlijk karakter (Cass. 10 mei 1995, *Arr. Cass.* 1995, 462; Cass. 24 juni 1998, *Rev. dr. pén.* 1998, 1039; Cass. 21 februari 2000, *R.W.* 2000-01, 165, met noot J.R. RAUWS; zie ook Cass. 8 september 1999, *R.W.* 2000-01, 726). Het Hof van Cassatie beschouwt echter ook art. 35, vierde lid, R.S.Z.-Wet niet als een straf, maar als een vergoeding (Cass. 22 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 294; Cass. 30 maart 2000, *T. Strafr.* 2001, 27).

Zie de vergelijkbare rechtspraak m.b.t. art. 30ter, § 6, R.S.Z.-Wet: Cass. 3 mei 1999, *J.T.T.* 1999, 368; Cass. 6 december 1999, *J.T.T.* 2000, 192; Cass. 8 mei 2000, *J.T.T.* 2000, 339, met conclusie

rechte verkregen prestaties), directe rechtshandhaving en veiligheidsmaatregelen;¹⁵

5° zij hebben een *wettig* karakter (zie verder III, B).

6. Het bestuurlijk karakter van de sanctie is als *organiek* criterium het enig hanteerbare om de administratieve sanctie te onderscheiden van andere soorten sancties, vooral dan van klassieke strafsancities.¹⁶ Om een inhoudelijk onderscheid te maken, bijvoorbeeld naar de aard van de schendingen van de rechtsnormen die door de sancties worden beteugeld, heeft dit criterium slechts een zeer relatieve waarde. De al dan niet administratieve aard van een sanctie zegt ook nog niets over het al dan niet aanwezige, intrinsieke strafkarakter.¹⁷ Dit laatste is echter in ruime mate bepalend voor de aard en de omvang van de te bieden rechtsbescherming (zie onderdeel III).

2° Verschijningsvormen

7. De vorm die de sanctie aanneemt, is niet meteen relevant voor het sanctiebeprijp. Men komt dan ook de meest diverse administratieve sancties tegen.¹⁸

De meest verspreide sanctievorm is ongetwijfeld die van de administratieve geldboete, die kan worden beschouwd als een autonome, op zichzelf staande sanctie. Maar ook hier is er een grote verscheidenheid inzake de zwaarte en inzake de wijze van vaststellen van het bedrag van de geldboete.

In veel gevallen is er echter een nauw verband tussen de sanctievorm en de betrokken materie. Dit is soms al zo voor administratieve geldboeten, met name indien het bedrag ervan wordt vastgesteld in verhouding tot bijvoorbeeld de ontdoken belasting, de niet betaalde bijdrage of de ten onrechte ontvangen prestatie. Een nog directer verband be-

van het openbaar ministerie. Ook hier bestaat er eerder tegen- gestelde rechtspraak van het Arbitragehof: Arbitragehof, arrest nr. 128/99, 7 december 1999, *B.S.* 2 maart 2000 (tweede uitgave).

¹⁵ Zie bv. Arbitragehof, arrest nr. 105/2001, 13 juli 2001, *B.S.* 30 oktober 2001, overweging B.2.4, m.b.t. de intrekking van het rijbewijs door het openbaar ministerie: dit is een veiligheidsmaatregel gericht op de handhaving van de verkeersveiligheid en geen strafsancie (in dezelfde zin: E.H.R.M. 28 oktober 1999, Escoubet, nr. 26780/95, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>). Zie ook E.H.R.M. 5 oktober 2000, Maaouia, nr. 39652/98, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>, m.b.t. een uitwijzingsbevel tegen vreemdelingen.

¹⁶ R. TROOSTERS, «Administratieve en strafrechtelijke handhaving: concurrenten of complementen?», in *Liber Amicorum Jos Troosters*, Brugge, die Keure, 2000, 119-120.

¹⁷ A. ALEN, «Administratieve geldboeten: hun internationaal- en internrechtelijke kwalificatie», in *Liber Amicorum Prof. dr. F. Baeteman*, Deurne, Kluwer, 1997, 394-396, die pleit voor de «voorrang» van het materiële criterium. O.i. is het echter noodzakelijk evenzeer het organieke criterium te blijven hanteren, aangezien hieruit een aantal onontkoombare consequenties voortvloeien op het gebied van de sanctieprocedure. Eerder dan voorrang voor het ene of andere criterium, is het belangrijk dat elk criterium zijn precieze plaats en gewicht krijgt en dat wordt onderkend dat er niet één kwalificatie, maar verschillende kwalificaties met verschillende gevolgen moeten worden gemaakt (bv. het organieke criterium bepaalt de sanctieprocedure en de toepasselijkheid van bestuursrechtelijke regelen, het materiële criterium bepaalt de toepasselijkheid van een aantal algemene strafrechtsbeginselen).

¹⁸ Zie voor talrijke voorbeelden: A. DE NAUW, *o.c.*, 73-163; F. DERUYCK, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 56-80 en 94-123; J. LIGOT, «De administratieve sanctie naar Belgisch recht», *T.B.P.* 1973, 8-21.

staat er voor de (tijdelijke of definitieve) weigering, opschorting, schorsing, uitsluiting of intrekking van (het recht op) een erkenning, machtiging, prestatie, toelating of vergunning, of nog voor de (tijdelijke of definitieve) sluiting van een instelling of onderneming en voor allerlei erg specifieke sancties.¹⁹

Tussen de diverse soorten sancties bestaan bepaalde verschillen die op objectieve criteria gegrond zijn, onder meer wat het bedrag ervan betreft en de wijze van vaststelling (door het bestuur dan wel rechtstreeks voortvloeiend uit wettelijke bepalingen). Deze verschillen zullen echter niet vlug een ongelijke behandeling verantwoorden.²⁰

II. TOELAATBAARHEID VAN ADMINISTRatieve SANCTIES

8. Op zich bestaat er geen verbod om in een wetgeving administratieve sancties in te schrijven en deze te laten toepassen door bestuursorganen.²¹ Enkel vrijheidsberoving is een sanctie waarvoor in beginsel een voorafgaand rechterlijk bevel is vereist (art. 12, derde lid, Grondwet). Voorts houdt het legaliteitsbeginsel van art. 14 Grondwet (zie verder III, B, 1°) enkel in dat de straffen slechts krachtens de wet kunnen worden ingevoerd of toegepast, en dus niet dat enkel een rechter straffen kan opleggen.

9. Anderzijds is de scheiding der machten een van de fundamente van de Belgische rechtsstaat,²² waarbij de vraag rijst of het opleggen van sancties normaal gezien behoort tot de uitvoerende dan wel de rechterlijke macht. De wezenlijke rechterlijke bevoegdheid bestaat in het beslechten van geschillen (art. 144-145 Grondwet); binnen de rechterlijke macht wordt het openbaar ministerie belast met de individuele opsporing en vervolging (art. 151, § 1, Grondwet). De uitvoerende macht heeft (bijna) uitsluitend toe-

¹⁹ Bv. het stadionverbod bepaald in art. 24 Wet 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden.

²⁰ Zie bv. Arbitragehof, arrest nr. 48/2001, 18 april 2001, *B.S.* 19 juni 2001, overweging B.10, wat betreft de motiveringsverplichting inzake belastingverhogingen en fiscale administratieve boeten.

²¹ P. VERMEULEN, *o.c.*, 28-39. Zie ook A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 9-10, nr. 10. In bepaalde rechtsleer en een tijdlang in de adviespraktijk van de Raad van State is de redenering ontwikkeld dat (zware) administratieve geldboeten krachtens art. 144 Grondwet enkel door de rechtbanken mogen worden uitgesproken (zie hierover A. ALEN, *l.c.*, in *Liber Amicorum Prof. dr. F. Baeteman*, 404-406). Deze visie is de laatste tijd verlaten, om aansluiting te zoeken bij het standpunt van het E.H.R.M. dat bestuurlijke handhaving mogelijk is mits een beroepsmogelijkheid bestaat bij een rechter met volle rechtsmacht (zie verder III, C, 3°).

²² F. SWAELEN, «De scheiding der machten», *Jura Falc.* 1992-93, 27; J. VELAERS, *Bronnen en beginselen van het recht*, Antwerpen, UFSIA, 1993, 189. Het Hof van Cassatie heeft de scheiding der machten reeds verscheidene malen erkend als algemeen rechtsbeginsel (o.a. Cass. 28 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 970; Cass. 26 juni 1980, *Pas.* 1980, I, 1361, met conclusie van advocaat-generaal J. VELU; Cass. 21 maart 1985, *J.T.* 1985, 697, met conclusie van advocaat-generaal J. VELU; Cass. 19 december 1991, *R.C.J.B.* 1993, 285, met noot F. RIGAUX en J. VAN COMPENOLLE en *T.B.B.R.* 1992, 60, met noot A. VAN OEVELEN; Cass. 12 februari 1996, *T.B.P.* 1996, 311, met noot J. DELTOUR; Cass. 10 juni 1996, *A.J.T.* 1996-97, 468, met noot J. PUT en *R.C.J.B.* 1997, 447, met conclusie van J. LECLERCQ, noot D. LAGASSE.

gewezen bevoegdheden (art. 105 Grondwet), die voornamelijk bestaan in het maken van de verordeningen en besluiten die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn. De ruime bewoordingen van deze bevoegdheidsverdeling maken het niet mogelijk harde conclusies te trekken aangaande de toelaatbaarheid van administratieve rechtshandhaving. Wel kan worden vastgesteld dat repressieve rechtshandhaving een wezenlijke rechterlijke functie uitmaakt: de rechterlijke macht heeft het herstel van geschonden rechtsnormen en de bestraffing van met die rechtsnormen strijdige gedragingen als essentiële opdrachten.²³ Het in grote mate toebedelen van bevoegdheden op dit terrein aan het bestuur, houdt een zekere vermenging van functies in.²⁴

Dat rechtshandhaving een *typisch* rechterlijke taak is, betekent echter nog niet dat het een *exclusief* rechterlijke taak zou zijn. Rechtshandhaving is in de eerste plaats breder dan het repressief optreden tegen normschendingen (bv. ook preventie en informatie). Ook zijn sancties (en sanctietoe-passing) inherent aan een rechtssysteem: sancties zorgen voor normbekrachtiging.²⁵

Een bestuurlijk optreden op dit domein is dus mogelijk, maar dan moet dit volledig door de rechter kunnen worden beoordeeld. Deze eis wordt over het algemeen afgeleid uit art. 6 E.V.R.M. (zie verder III, C), maar lijkt ons eveneens voort te vloeien uit (de inhoudelijke component van) het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten. De scheiding der machten bevat als essentiële (formele) waarborgen de eisen van rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid, maar hieraan moet een (inhoudelijke) component worden toegevoegd: de beoordelingsmacht.²⁶ Als bestuurshandelingen op het «terrein» van de rechter komen, d.w.z. als het gaat om een optreden dat in wezen rechterlijk van aard is, kan het niet zijn dat het bestuur de finale beslissingsmacht krijgt. De burger moet dan de mogelijkheid krijgen het geschil voor te leggen aan een rechterlijke instantie, die hierover met volle rechtsmacht oordeelt.

De Raad van State sprak zich verregaand in deze zin uit in zijn advies over wat later de Wet Administratieve Geldboeten is geworden: «Zo zijn de hoven en de rechtbanken, bij uitsluiting van een andere macht, bevoegd om overtredingen van de wet met straffen te beteugelen», al werd er meteen aan toegevoegd dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen strafrechtelijke en administratieve geldboeten en dat – gelet op de vele wetgevende precedentes – de grondwettigheid van *administratieve* geldboeten niet verder moest worden onderzocht, te meer daar tegen deze geld-

²³ H. COUSY en J. HERBOTS, *Inleiding tot de bronnen en beginselen van het recht*, Leuven, Acco, 1990, 38; A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk recht*, Gent-Leuven, Story-Scientia, 1981, 79.

²⁴ F. KÉFER, *Droit pénal du travail*, Brussel, la Chartre, 1997, 421; A. SIMON, «Examen de la conformité de la loi du 30 juin 1971 à la Constitution, en regard des principes directeurs du droit pénal», *Soc. Kron.* 1998, 109-110.

²⁵ W. DUK, *o.c.*, 41 p.; G.E. MULDER, *l.c.*, *Delikt en Delinkwent* 1974, 10-11. De Romeinen noemden een wet zonder sanctie een *lex imperfecta*: Ulpiani Epitome, 1.1-2 (geciteerd bij J. SPRUIT, *Enchiridium. Een geschiedenis van het Romeinse privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1994, 58-59).

²⁶ A. UYTENHOVE en J. PUT, «Scheiding der machten en de macht van de rechter ten aanzien van sanctiebeslissingen van de R.V.A.», *Soc. Kron.* 1998, 162.

boeten in een beroep bij de arbeidsrechtbank is voorzien.²⁷ Meteen werd ook in dit advies de onlosmakelijke band gelegd tussen bestuurlijke repressie en rechterlijke controle.

10. De keuze tussen administratieve en strafsancities²⁸ is een beleidsbeoordeling door de wetgever, die zich hiervoor kan baseren op allerlei redelijke motieven (zie randnr. 1). «De keuze van de ene of de andere categorie van sancties kan niet worden geacht op zichzelf een discriminatie in te voeren. Niettemin is het verschil in behandeling dat daaruit zou kunnen voortvloeien discriminerend indien het niet in redelijkheid is verantwoord.»²⁹ De beoordeling van de keuze van de wetgever moet daarom niet gebeuren over de initiële keuze tussen strafrechtelijke en administratieve sancties, maar wel over de manier waarop de respectieve sanctiesystemen zijn uitgewerkt. Het zwaartepunt komt daardoor te liggen bij de vergelijking van de geboden rechtsbescherming in beide systemen.

III. RECHTSBESCHERMING

11. Gelet op de afwezigheid van een omvattende definitie van het begrip administratieve sanctie (zie I, B), is het niet verwonderlijk dat evenmin een mooi uitgewerkt stelsel van rechtsbescherming bestaat. De te bieden rechtsbescherming is een puzzel waarvan voor elk stuk apart moet worden onderzocht of het tot het geheel behoort, hoe het er precies uitziet en hoe het bij de andere stukken past. Hieronder worden verscheidene (en verschillende) «wegen van rechtsbescherming» overlopen: de diverse bronnen van rechtsbeschermende waarborgen, van toepassing op administratieve sancties en sanctieprocedures. We concentreren ons daarbij vooral op de toepassingsvraag en op de specifieke gevolgen van de toepasselijkheid voor administratieve sancties.

A. Preventieve rechtsbescherming

12. Administratieve sancties nemen de vorm aan van bestuurshandelingen, genomen na een administratieve procedure. Dit heeft tot gevolg dat in de regel de administratief-

²⁷ Advies R.v.St., *Parl. St. Kamer* 1970-71, nr. 939/1, p. 7.

²⁸ In dezelfde lijn ligt de rechtspraak van het Arbitragehof volgens welke het ook toelaatbaar is dat in een specifieke aangelegenheid (zoals douanemisdrijven) het onderzoek en de vervolging worden toevertrouwd aan een gespecialiseerde administratie, rekening houdende met het feit dat de geschillen zelf wel worden beslecht door de strafrechter (Arbitragehof, arrest nr. 40/2000, 6 april 2000, *B.S.* 11 mei 2000 (tweede uitgave)). Hierbij mag evenwel geen ernstige afbreuk worden gedaan aan fundamentele beginselen als het persoonlijke karakter van de straffen en de principes die de bewijslast in strafzaken moeten beheersen (Arbitragehof, arrest nr. 43/2001, 29 maart 2001, *B.S.* 9 juni 2001, overwegingen B.5.3 en B.5.5).

²⁹ Arbitragehof, arrest nr. 153/2001, 28 november 2001, *B.S.* 12 februari 2002, overweging B.5. In eerdere rechtspraak werd de «redelijkheidseis» ook gesteld, maar dan enkel indien voor eenzelfde tekortkoming zowel straf- als administratieve sancties mogelijk zijn (bv. Arbitragehof, arrest nr. 40/97, 14 juli 1997, *B.S.* 21 augustus 1997, overweging B.3.1; Arbitragehof, arrest nr. 45/97, 14 juli 1997, *B.S.* 26 augustus 1997, overweging B.3.1; Arbitragehof, arrest nr. 128/99, 7 december 1999, *B.S.* 2 maart 2000 (tweede uitgave), overweging B.7; Arbitragehof, arrest nr. 132/2001, 30 oktober 2001, *B.S.* 21 december 2001 (tweede uitgave), overweging B.4.).

rechtelijke bepalingen met een algemene gelding ook toepassing vinden. Een aantal hiervan hebben ontegensprekelijk een rechtsbeschermend karakter, zoals de Wet Motivering Bestuurshandelingen, de regeling(en) inzake openbaarheid van bestuur en inzake de ombudsman en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voorts zijn specifieke bepalingen ingeschreven in de toepasselijke reglementering (meer algemeen binnen de betrokken sector of het betrokken rechtsdomein, en/of een specifieke regeling voor de betrokken sanctieprocedure).

13. Gelet op de (vaak) onmiddellijke uitvoerbaarheid van administratieve sancties en de weerstand die bij veel burgers bestaat om zich tot de rechter te wenden, is preventieve rechtsbescherming van wezenlijk belang in het raam van een sanctieprocedure. Er wordt hier evenwel niet dieper op ingegaan, omdat de toepasbaarheid van deze regelingen en beginselen niet echt ter discussie staat, wat natuurlijk nog iets heel anders is dan de correcte toepassing ervan in de concrete procedures.

Een algemeen probleem is dat besturen vaak een weg moeten zoeken doorheen fragmentaire, elkaar overlappende en deels tegensprekende bepalingen, die soms algemeen van aard zijn, dan weer sectorspecifiek. Kenmerkend is ook dat soms specifieke bepalingen over sanctieprocedures ontbreken; in die gevallen verloopt sanctie-oplegging volgens de algemene besluitvormingsprocedure.

Er kan wel nog op worden gewezen dat een aantal van deze regelen een bijzonder belang hebben voor sanctieprocedures (bv. de onpartijdigheid, zorgvuldige samenstelling en toegang tot het dossier, hoorplicht, redelijke termijn en motiveringsvereiste). Op de gewetensvolle naleving van deze regelen moet in sanctieprocedures nauwlettend worden toegezien, gelet op de punitieve aard van de maatregelen³⁰ en op de bijna *in se* conflictuele relatie die er in deze gevallen tussen de «administratief vervolgd» en het bestuur bestaat.

B. Legaliteit

1^o Art. 14 en 108 Grondwet

14. Het bestuur moet een wettelijke basis hebben om administratieve sancties te kunnen opleggen. Dit heeft te maken met het feit dat bestuursorganen steeds moeten handelen in het raam van toegewezen bevoegdheden (art. 105 Grondwet). Een belangrijke vraag is natuurlijk welke de noodzakelijke wettelijke basis is: een wet of decreet in formele of materiële zin? Voor het antwoord op deze vraag zijn twee bepalingen van belang, art. 14 en 108 Grondwet.

15. Art. 14 Grondwet bepaalt dat geen straf kan worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de wet.³¹ De Grondwet gebruikt het woord «wet» in principe altijd in de formele betekenis. Het woord «krachtens» geeft aan dat de wet-

gevende macht haar regelingsbevoegdheid mag opdragen aan een ander orgaan, bijvoorbeeld de Koning, provincies of gemeenten.³² Het strafbegrip dat in deze bepaling wordt gehanteerd, is volgens de overheersende interpretatie enkel dat van de klassieke strafsancities.³³ Dat lijkt ook de meest plausibele interpretatie: het is een louter internrechtelijke bepaling, waardoor de autonome interpretatie van het strafbegrip uit bijvoorbeeld art. 6 E.V.R.M. hier niet kan worden ingeroepen.³⁴ De autonomie van de interpretatie werkt dus in twee richtingen.³⁵

16. Art. 108 Grondwet bepaalt dat de Koning de verordeningen maakt en de besluiten neemt die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn. Deze bepaling laat de Koning toe «de *dégager du principe* (de la loi) et de son économie générale les conséquences qui en dérivent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'elle poursuit.»³⁶ Bij de uitvoering van de wet heeft de Koning, bij stilzwijgen van de wet, de vrije keuze van de middelen om het door de wetgever gestelde doel te bereiken.³⁷ Cruciaal is hierbij of sancties «nodig» zijn voor de uitvoering van een wet, mocht de wet zelf niet de moeite hebben gedaan om sancties te omschrijven dan wel de Koning uitdrukkelijk deze bevoegdheid hebben toebedeeld. De Raad van State acht – in toch al wat oudere rechtspraak – een uitdrukkelijke wetsopdracht niet nodig, als de Koning de bevoegdheid heeft gekregen om bijvoorbeeld een openbare dienst voor ziekteverzekering te organiseren: daarin ligt ook de bevoegdheid besloten een sanctiestelsel uit te werken ten aanzien van personen die aan de dienst meewerken of de sociaal verzekerden die de goede werking van de ziekteverzekering schaden.³⁸ Ook het Hof van Cassatie lijkt genoeg te nemen met een zeer algemene blanco-norm (de be-

³² A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, 74-77, nrs. 67 en 70.

³³ Volgens het Arbitragehof vallen belastingverhogingen noch administratieve geldboeten onder het strafbegrip van art. 14 Grondwet (Arbitragehof, arrest nr. 2/94, 13 januari 1994, *B.S.* 16 februari 1994, overweging B.5.3; Arbitragehof, arrest nr. 3/94, 13 januari 1994, *B.S.* 15 februari 1994, overweging B.5.3). Zie ook *R.v.St.*, Orde der apothekers en Algemene pharmaceutische bond, nrs. 5146 en 5147, 29 mei 1956; *R.v.St.*, Landsbond der Christelijke Mutualiteiten en Gommers, nr. 7595, 5 februari 1960; *R.v.St.*, Walpot, nr. 13.428, 4 maart 1969; *R.v.St.*, A.S.B.L. Chambre syndicale dentaire en cs., nr. 46.559, 18 maart 1994; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Brussel, Bruylant, 1995, 225.

³⁴ Overigens, voor de toepassing van het woord «wet» in het E.V.R.M. wordt genoeg genomen met een wet in materiële zin: E.H.R.M. 18 juni 1971, De Wilde, Ooms en Versyp, *Série A*, nr. 12, § 91; E.H.R.M. 26 april 1979, Sunday Times, *Série A*, nr. 30, § 47; Cass. 13 mei 1987, *Pas.* 1987, I, 1066, met conclusie van advocaat-generaal J. VELU.

³⁵ E. WILLEMART, «Les amendes fiscales et les droits du contribuable», *J.T.* 1999, 760.

³⁶ Cass. 18 november 1924, *Pas.* 1925, I, 25. Zie ook de vergelijkbare rechtspraak m.b.t. art. 12, tweede lid Grondwet: Arbitragehof, arrest nr. 114/98, 18 november 1998, *B.S.* 30 januari 1999, overweging B.3 en B.5; advies *R.v.St.* nr. 32.455, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1503/1, p. 167. Zie ook advies *R.v.St.* nr. 30.527/4, *Parl. St.* W. Gew. R. 2000-01, nr. 177/1, p. 55-56.

³⁷ Arbitragehof, arrest nr. 70/92, 12 november 1992, *B.S.* 19 december 1992, overweging B.4.2; Arbitragehof, arrest nr. 45/93, 10 juni 1993, *B.S.* 24 juni 1993, overweging B.3.2.

³⁰ F. LAGASSE, «Amendes administratives, droit pénal général et Cour d'arbitrage», *J.T.T.* 1997, 354.

³¹ Zie ook art. 12, tweede lid, Grondwet (niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft) en art. 7.1 E.V.R.M. en art. 15.1 I.V.B.P.R. (niemand kan worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde).

voegdheid om de administratieve sancties vast te stellen die van toepassing zijn in geval van overtreding van de bepalingen van de wet of haar uitvoeringsbesluiten) om bij koninklijk besluit op om het even welke overtreding administratieve sancties vast te leggen.³⁹

Aan het legaliteitsbeginsel lijkt strenger de hand te moeten worden gehouden als het gaat om «zelfstandige» sancties⁴⁰ dan in gevallen waarin de sanctie verweven is met een regeling waarvoor de wetgevende macht verordeningbevoegdheid heeft gedelegeerd aan de uitvoerende macht, of dan in gevallen waarin het gaat om «administratieve» verplichtingen. De afdeling wetgeving van de Raad van State acht het minstens raadzaam dat de wetgever de strafbare gedragingen en de mogelijke straffen nauwkeurig aanwijst, inclusief de minimum- en maximumgrenzen van de straf.⁴¹ Ook moet de wet de essentiële bestanddelen van de administratieve procedure bepalen, waarbij in het bijzonder de uitoefening van de rechten van verdediging moet worden gewaarborgd.⁴²

2° Art. 11 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen

17. Een bijzonder probleem rijst met betrekking tot de bevoegdheid van Gemeenschappen en Gewesten om administratieve sancties te bepalen. Art. 11, tweede lid, Bijzondere Wet Hervorming Instellingen stelt het eensluidende advies van de federale Ministerraad als vereiste voor het opnemen in decretale bepalingen van straffen of strafbaarstellingen waarin boek I van het Strafwetboek niet voorziet.

Ook hier – meer nog dan bij art. 14 Grondwet – lijkt de «internrechtelijke» kwalificatieweg bewandeld te worden: art. 11 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen is een internrechtelijke bepaling die betrekking heeft op de bevoegdheidsverdeling binnen de Belgische context.⁴³ Daarom

³⁸ R.v.St., Orde der apothekers en Algemene pharmaceutische bond, nrs. 5146 en 5147, 29 mei 1956; R.v.St., Landsbond der Christelijke Mutualiteiten en Gommers, nr. 7595, 5 februari 1960; R.v.St., Lisbet, nr. 14.385, 4 december 1970.

³⁹ Zie Cass. 17 maart 1997, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1997 (verkort), 343, met noot G. LOMBAERTS en J.T.T. 1997, 247. Vgl. Arbitragehof, arrest nr. 70/95, 17 oktober 1995, *B.S.* 1 december 1995, overweging B.8.

⁴⁰ «Qu'il est admis que l'autorité est en droit d'imposer des sanctions, dénommées sanctions administratives; qu'en matière d'amendes administratives, ce droit n'existe toutefois que dans les seuls cas définis par la loi» (R.v.St., De Leener en Ballon, nr. 30.876, 27 september 1988. Zie ook R.v.St., Creteur, nr. 2558, 11 juni 1953; F. DERUYCK, «Verslag Afdeling Publiekrecht. Administratieve sancties en art. 6 E.V.R.M.», *R.W.* 1989-90, 857; J. PUT, *o.c.*, 33-34).

⁴¹ Advies R.v.St. over het ontwerp van decreet tot wijziging van het decreet van 2 juli 1981 betreffende het beheer van de afvalstoffen, *Parl. St.* VI. R. 1993-94, nr. 485/1, 143-144; advies R.v.St. over het ontwerp van wet houdende sociale en diverse bepalingen, *Parl. St.* Senaat 1994-95, nr. 1218/1, p. 236-237; advies R.v.St. over K.B. 22 februari 1998 tot invoering van een onmiddellijke aangifte van tewerkstelling, *B.S.* 18 maart 1998.

⁴² Advies R.v.St. nr. 30.625/1-2-3-4, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 756/1, p. 228; advies R.v.St. nr. 32.455, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1503/1, p. 163.

⁴³ In de adviespraktijk van de Raad van State wordt evenwel meestal besloten dat het bepalen van (zware) geldboeten door gemeenschappen en gewesten moet worden ingepast in art. 11 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen (o.a. advies R.v.St. nr.

moet zij zo worden geïnterpreteerd dat zij betrekking heeft op «straffen» naar intern recht en niet op administratieve sancties.⁴⁴ Enkel voor strafsancities *sensu stricto* (dus uit te spreken door de strafrechter), maar die, materieel gezien, zo nieuw of «origineel» zijn dat het Strafwetboek er niet in voorziet, is daarom het eensluidende advies van de federale Ministerraad vereist. In de rechtspraak van het Arbitragehof werd in deze zin besloten dat art. 11, tweede lid, niet van toepassing is op belastingverhogingen of administratieve geldboeten.⁴⁵ Hierbij werd uitdrukkelijk de interpretatie-autonomie bevestigd: «Het kwalificeren van een administratieve geldboete als strafrechtelijk in de zin van artikel 6 (E.V.R.M.), heeft niet tot gevolg dat die boete in de Belgische wetgeving van strafrechtelijke aard zou zijn.»⁴⁶

C. Art. 6 E.V.R.M. en art. 14 I.V.B.P.R.

18. Art. 6 E.V.R.M. en art. 14 I.V.B.P.R. zijn de basisbepalingen inzake het recht op een behoorlijk proces. Op het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen is enkel het eerste lid van beide artikelen van toepassing; op strafvervolgingen zijn de volledige artikelen van toepassing. De waarborgen vervat in deze artikelen kunnen bijgevolg van toepassing zijn op (geschillen m.b.t.) administratieve sancties, als het onderliggende rechtsgebied kan worden beschouwd als «burgerlijk», of als administratieve sancties als «strafvervolgingen» kunnen worden gekwalificeerd. Beide begrippen hebben een autonome betekenis; zo wordt vermeden dat de verdragstaten door hun interne kwalificatie art. 6 E.V.R.M. buiten werking zouden stellen.⁴⁷ Wij gaan hieronder enkel in op het begrip «strafvervolging» ex art. 6 E.V.R.M. (en logischerwijze ook ex art. 14 I.V.B.P.R.).

1° Het begrip «strafvervolging»

19. Om na te gaan of bepaalde disciplinaire en administratieve procedures als «strafvervolging» kunnen worden gekwalificeerd, heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: E.H.R.M.) drie criteria ontwikkeld: de internrechtelijke kwalificatie; de aard van de overtreding

22.820/1/8, *Parl. St.* VI. R. 1993-94, nr. 415/1, p. 135-136; advies R.v.St. nr. 23.065, *Parl. St.* VI. R. 1993-94, nr. 591/1, 70-71). Zie hierover A. ALEN, *l.c.*, in *Liber Amicorum Prof. dr. F. Baeteman*, 411-417, die deze visie onderschrijft en de rechtspraak in de andere zin van het Arbitragehof bekritiseert. In die zin ook B. JADOT, «Les régions belges et la répression des infractions, spécialement dans le domaine de l'environnement», *Rev. dr. pén.* 1989, 1079.

⁴⁴ In deze zin: B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN, *De nieuwe bevoegdheden van gemeenschappen en gewesten*, Brugge, die Keure, 1994, 173; D. YERNAULT, «Une administration doit-elle respecter les règles du droit à un procès équitable?», *A.P.T.* 1995, 256-258.

⁴⁵ Arbitragehof, arrest nr. 2/94, 13 januari 1994, *B.S.* 16 februari 1994, overweging B.5.3; Arbitragehof, arrest nr. 3/94, 13 januari 1994, *B.S.* 15 februari 1994, overweging B.5.3; Arbitragehof, arrest nr. 18/95, 2 maart 1995, *B.S.* 11 mei 1995, overweging B.3; Arbitragehof, arrest 127/2000, 6 december 2000, *B.S.* 31 december 2000, overweging B.13.3.

⁴⁶ Arbitragehof, arrest nr. 18/95, 2 maart 1995, *B.S.* 11 mei 1995, overweging B.3; Arbitragehof, arrest 127/2000, 6 december 2000, *B.S.* 31 december 2000, overweging B.13.5.

⁴⁷ E.H.R.M. 8 juni 1976, Engel e.a., *Série A*, nr. 22, § 81; E.H.R.M. 28 juni 1978, König, *Série A*, nr. 27, § 88.

(vnl. doelgroep en strekking van de norm); de aard en mogelijke zwaarte van de sanctie.⁴⁸ De toetsing hangt af van de betrokken overtreding en sanctie.⁴⁹ Soms is de intern-rechtelijke kwalificatie als strafrechtelijk of de overtreding⁵⁰ al zo strafrechtelijk gekleurd, of is de potentiële sanctie dermate zwaar,⁵¹ dat het niet nodig is de andere criteria te toetsen. In meer twijfelachtige gevallen kan het zijn dat, apart beschouwd, geen enkel criterium de doorslag geeft, maar dat samen beschouwd er toch sprake is van een strafvervolg.

Dit was bijvoorbeeld het geval in de zaak Bendenoun, die over fiscale boeten handelde. Het E.H.R.M. concretiseerde in deze zaak de drie criteria en vond de volgende vier aspecten van belang: de doelgroep van de norm (alle burgers in hun hoedanigheid van belastingplichtige), het (ontraderend en punitief) doel van de sanctie (die evenmin schadeherstellend is), de (algemene) aard van de norm en de potentiële zwaarte van de sanctie.⁵²

In de recente rechtspraak lijkt een criterium steeds meer op de voorgrond te treden, namelijk het ontraderend en punitief karakter van de sanctie, naast de algemeenheid van de norm. Als de sanctie dit karakter heeft, kan het relatief beperkt bedrag van de boete de overtreding niet van haar «intrinsieke» strafrechtelijke aard beroven.⁵³

20. Aan de hand van de drie algemene criteria, zoals geconcretiseerd in tal van zaken met vaak wisselende accenten en al dan niet met cumulatieve toepassing, moet voor elke administratieve sanctie het strafkarakter worden onderzocht. Een algemene uitspraak kan hieromtrent niet worden gedaan: niet elke maatregel die onder de definitie valt van het begrip «administratieve sanctie», heeft ook een strafkarakter. De vergelijking met de hierboven gegeven definitie van administratieve sancties (zie randnr. 5) geeft in elk geval aan dat het organieke criterium hier hoegenaamd niet van belang is: niet het *administratieve*, maar het *sanctiekarakter* van de maatregel moet nu worden onderzocht; dat punitieve karakter moet voldoende dominant en ernstig zijn om van een werkelijke «straf» in de zin van art. 6 E.V.R.M. te kunnen spreken.

De verschijningsvorm van de sanctie (boete, uitsluiting van het recht op een prestatie, intrekking van een vergunning...) is niet van direct belang, al is het moeilijker om de

criteria toe te passen voor sancties die niet de vorm van een boete aannemen. Het komt ons voor dat in deze gevallen, doorheen de criteria ontwikkeld door het E.H.R.M., er een aantal omstandigheden zijn die de betrokken administratieve sancties onder het strafbegrip van art. 6 E.V.R.M. brengen:⁵⁴ 1° het feit dat op min of meer dezelfde overtreding ook klassieke strafsancities staan; 2° de gelijkenis van de administratieve met de strafsancities qua techniek (variërende sanctiemaat, regelen inzake cumulatie, herhaling, ...) en de ernst van de (gevolgen van) de sanctie; 3° hun autonomie, met name de vraag hoe zeer zij losstaan van de toepassingsregels van een bepaalde regeling; 4° de afwezigheid of het ondergeschikte belang van een herstelkarakter.

21. De Belgische rechtspraak heeft mettertijd de criteria van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens overgenomen. In de meeste gevallen gebeurde dat eerst min of meer impliciet,⁵⁵ maar later steeds explicieter.⁵⁶ Opvallend is wel dat in bijna alle gevallen in de hoogste rechtspraak het strafkarakter van administratieve geldboeten aan bod kwam; in de lagere rechtspraak werd ook het strafkarakter aanvaard van andere administratieve sancties, met name de uitsluitingen van het recht op werkloosheidsuitkeringen.⁵⁷

Het Hof van Cassatie heeft zich het langst verzet tegen het toeschrijven van een strafkarakter aan met name fiscale geldboeten, maar is uiteindelijk geplooid in twee arresten van 5 februari 1999.⁵⁸ In een arrest van 25 mei 1999⁵⁹ werden dan vijf – Europees gekleurde – criteria naar voren geschoven: 1° doelgroep; 2° het voorschrijven van een bepaald gedrag; 3° geen loutere schadevergoeding; 4° norm met een algemeen karakter, waarvan het oogmerk preventief en repressief is; 5° zeer zware sanctie, gelet op het bedrag ervan. Een opvallende afwijking ligt in het laatste criterium van de «zeer zware» sanctie, terwijl het E.H.R.M. refereert aan de potentiële zwaarte van de sanctie. Dit is een enigszins verdacht verschil, vooral als in het vervolg van het arrest

⁵⁴ Zie E.H.R.M. 21 oktober 1997, Pierre Bloch, *R.A.D.* 1997, 2206, §§ 56-60; E.H.R.M. 23 september 1998, Malige, 68/1997/852/1059, www.echr.coe.int/hudoc.htm. Voor een uitgebreidere opbouw en motivering van deze toetsstenen, zie J. PUT, *o.c.*, 167-178.

⁵⁵ Zie bv. Arbitragehof, arrest nr. 72/92, 18 november 1992, *B.S.* 16 januari 1993, overweging B.2.2 (sociaalrechtelijke administratieve geldboeten); Arbitragehof, arrest nr. 22/99, 24 februari 1999, *B.S.* 30 april 1999 (derde uitgave), overweging B.9 (BTW-boeten); Arbitragehof, arrest nr. 32/99, 17 maart 1999, *B.S.* 19 juni 1999, overweging B.7 (boete uit het Wetboek der successierechten).

⁵⁶ Arbitragehof, arrest nr. 77/2001, 7 juni 2001, *B.S.* 25 september 2001 (tweede uitgave), overweging B.7 en Arbitragehof, arrest nr. 80/2001, 13 juni 2001, *B.S.* 11 oktober 2001 (tweede uitgave), overweging B.7; Cass. 25 mei 1999, *R.W.* 2000-01, 25; advies R.v.St. nr. 28.776, *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 2031/1, 14-15; advies R.v.St. nr. 30.625/1-2-3-4, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 756/1, p. 227; advies R.v.St. nr. 32.455, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1503/1, o. 163.

⁵⁷ Arbh. Luik 6 februari 2001, *J.T.T.* 2001, 146; Antwerpen 27 september 2001, *R.W.* 2001-02, 954; Arbrb. Antwerpen 5 september 1996, *R.W.* 1997-98, 304; Corr. Hasselt 19 maart 1999, *R.W.* 1999-2000, 649, met noot L. VAN ROMPAEY en J. PUT; Corr. Hasselt 30 juni 2000, *R.W.* 2001-02, 955; Arbrb. Hasselt 2 mei 2001, *R.W.* 2001-02, 956. Vgl. Arbh. Gent 1 juni 2001, *J.T.T.* 2001, 383.

⁵⁸ Cass. 5 februari 1999, *R.W.* 1998-99, 1352; Cass. 5 februari 1999, *R.W.* 1999-2000, 640.

⁵⁹ Cass. 25 mei 1999, *R.W.* 2000-01, 25.

⁴⁸ Voor een overzicht, zie A. ALEN, *l.c.*, in *Liber Amicorum Prof. dr. F. Baeteman*, 382-390.

⁴⁹ E.H.R.M. 24 september 1997, Garyfallou AEBE, *R.A.D.* 1997, 1821, § 33.

⁵⁰ E.H.R.M. 21 februari 1984, Öztürk, *Série A*, nr. 73, §§ 50-54; E.H.R.M. 25 augustus 1987, Lutz, *Série A*, nr. 123, § 55.

⁵¹ E.H.R.M. 8 juni 1976, Engel e.a., *Série A*, nr. 22, § 83-85 (vrijheidsberoving); E.H.R.M. 24 september 1997, Garyfallou AEBE, *R.A.D.* 1997, 1821, § 34 (zware boete met mogelijkheid van vervangende gevangenisstraf).

⁵² E.H.R.M. 24 februari 1994, Bendenoun, *Série A*, nr. 284, § 47. In latere zaken werd opnieuw tot het strafkarakter van fiscale boeten besloten, zonder dat nog een uitgebreide motivering nodig was: E.H.R.M. 29 augustus 1997, A.P. e.a., *R.A.D.* 1997, 1477; E.H.R.M. 29 augustus 1997, E.L. e.a., *R.A.D.* 1997, 1509.

⁵³ Zie twee Slovaakse zaken m.b.t. administratieve boeten (in niet-gedepenaliseerde zaken) voor onterechte klachten en ordeverstoring: E.H.R.M. 2 september 1998, Lauko, 4/1998/907/1119, www.echr.coe.int/hudoc.htm en E.H.R.M. 2 september 1998, Kadubec, 5/1998/908/1120, www.echr.coe.int/hudoc.htm.

wordt aanvaard dat een B.T.W.-boete van 15 miljoen fr. geen strafkarakter heeft.

2° Gevolgen van de toepasselijkheid van art. 6 E.V.R.M. voor de sanctieprocedure

22. De toepasselijkheid van art. 6 E.V.R.M., zelfs onder zijn strafrechtelijke noemer, op geschillen inzake de oplegging van administratieve sancties, levert weinig op in termen van *preventieve* rechtsbescherming, te bieden tijdens de bestuurlijke sanctieprocedure, en dit om twee redenen.

De eerste reden is de originele rechtspraak die het E.H.R.M. terzake heeft ontwikkeld: art. 6 E.V.R.M. verzet er zich, zelfs in strafzaken, niet tegen dat beslissingen in een eerste fase worden genomen door een bestuur, bijvoorbeeld wegens het groot aantal overtredingen,⁶⁰ op voorwaarde dat nadien beroep mogelijk is bij een rechterlijke instantie die voldoet aan de vereisten van art. 6 E.V.R.M. Dit laatste houdt onder meer in dat de rechter met volle rechtsmacht over het geschil moet kunnen oordelen.⁶¹ Het standpunt van het E.H.R.M. werd, soms in bijna identieke bewoordingen, overgenomen door de Raad van State,⁶² het Arbitragehof⁶³ en het Hof van Cassatie.⁶⁴

De tweede reden ligt in het moment vanaf wanneer art. 6 E.V.R.M. van toepassing is. In strafzaken is dit vanaf het ogenblik dat er sprake is van een beschuldiging of een vervolging. Relevant is hier dat de verdeningen die op de betrokkene rusten, een belangrijke weerslag hebben op zijn situatie, zodat hij zich verplicht ziet zich te verdedigen tegen de aangevoerde verwijten.⁶⁵ Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat een proces-verbaal van een sociale inspecteur geen beschuldiging uitmaakt in de zin van art. 6.1 E.V.R.M., omdat het de betrokkene niet in verdenking stelt en hem ook niet noopt tot het nemen van maatregelen om zich te verdedigen.⁶⁶ Er ontbreekt vooralsnog duidelijkheid over wat precies als «beschuldiging» of «vervolging» moet worden beschouwd in zaken van administratieve handhaving. Dit is uiteraard van belang, mede gelet op de waarborg vervat in

⁶⁰ E.H.R.M. 24 februari 1994, Bendenoun, *Série A*, nr. 284, § 46. Zie ook al E.H.R.M. 21 februari 1984, Öztürk, *Série A*, nr. 73, § 56 en E.H.R.M. 25 augustus 1987, Lutz, *Série A*, nr. 123, § 57.

⁶¹ E.H.R.M. 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere, *Série A*, nr. 43, §§ 51 en 60; E.H.R.M. 23 september 1982, Sporrang en Lönnroth, *Série A*, nr. 52, §§ 86-87; E.H.R.M. 1 februari 1983, Albert en Le Compte, *Série A*, nr. 58, §§ 29 en 36.

⁶² O.a. R.v.St., P.V.B.A. Lambregts Transportbedrijf, nr. 28.938, 1 december 1987, *R.W.* 1987-88, 880.

⁶³ O.a. Arbitragehof, arrest nr. 72/92, 18 november 1992, *B.S.* 16 januari 1993, overweging B.4.4; Arbitragehof, arrest nr. 22/99, 24 februari 1999, *B.S.* 30 april 1999 (derde uitgave), overweging B.10 en Arbitragehof, arrest nr. 32/99, 17 maart 1999, *B.S.* 19 juni 1999, overweging B.8 (in deze arresten werd uitdrukkelijk verwezen naar art. 6 E.V.R.M. én het algemeen rechtsbeginsel van daadwerkelijk juridictioneel beroep).

⁶⁴ O.a. Cass. 4 april 1984, *Rev. dr. pén.* 1984, 679, met conclusie van advocaat-generaal J. VELU; Cass. 14 december 1987, *R.W.* 1987-88, 952, met noot Gh. DHAeyer; Cass. 5 februari 1999, *R.W.* 1999-2000, 641.

⁶⁵ E.H.R.M. 27 februari 1980, Deweer, *Série A*, nr. 35, § 46; E.H.R.M. 24 november 1993, Imbrioscia, *Série A*, nr. 304, § 62.

⁶⁶ Cass. 20 maart 2000, *R.W.* 2000-01, 623, met noot B. DE SMET.

art. 6.3, a), E.V.R.M. om onverwijld op de hoogte te worden gesteld van de beschuldiging. Alleszins kan de beschuldiging voorafgaan aan het adieren van de rechter om beroep aan te tekenen tegen een opgelegde administratieve sanctie; doorslaggevend is het moment vanaf wanneer het voor de betrokkene duidelijk is dat het bestuur de mogelijkheid overweegt een sanctie op te leggen.⁶⁷

23. Op de «administratieve voorfase» is art. 6 E.V.R.M. dus niet rechtstreeks van toepassing. Toch kan aan bepaalde aspecten een zekere «vóórwerking» worden toebedeeld: de administratieve voorfase kan onherstelbare gebreken vertonen (bv. inzake de redelijke termijn die begint te lopen vanaf de beschuldiging) of er kunnen zich gebeurtenissen voordoen die een weerslag hebben op garanties tijdens de procesfase (bv. inzake het vermoeden van onschuld).

3° Rechterlijke controle met volle rechtsmacht

24. De preventieve rechtsbescherming die het betrokken bestuur tijdens de sanctieprocedure moet bieden, is niet vergelijkbaar met de garanties van een verdachte en later beklagde tijdens het strafrechtelijk onderzoek en het proces. Daarom blijft er behoefte bestaan aan een *nafase*, een mogelijkheid van beroep op een rechterlijke instantie, aan wie de opgelegde sanctie en de gevolgd procedure ter beoordeling kunnen worden voorgelegd.⁶⁸ Die rechterlijke instantie, de toegang daartoe, de te volgen procedure en bepaalde omringende waarborgen, moeten (minstens) voldoen aan de vereisten van art. 6 E.V.R.M. en art. 14 I.V.B.P.R. Deze vereisten (bv. openbaarheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid, vermoeden van onschuld, bijstand van een advocaat en eventueel tolk, ...) zijn niet specifiek voor geschillen inzake administratieve sancties en worden daarom hier niet verder besproken.⁶⁹

Een aspect is evenwel van groot belang wat de *omvang van de rechterlijke controle* op sanctiebeslissingen betreft: het E.H.R.M. eist dat de rechter met volle rechtsmacht moet kunnen oordelen over beslissingen die oorspronkelijk werden genomen door een orgaan dat niet aan de vereisten van art. 6 E.V.R.M. voldoet.

a) Begrip volle rechtsmacht

25. Het E.H.R.M. is nooit tot een omvattende omschrijving of invulling van het begrip «volle rechtsmacht» gekomen; het beklemtoonde integendeel telkens het «zaak-specifieke» van zijn uitspraak. Er werd steeds rekening ge-

⁶⁷ B. DE SMET, «Het beginpunt van de redelijke termijn in zaken van sociaal strafrecht» (noot onder Cass. 20 maart 2000), *R.W.* 2000-01, 623-625; M. MAUS, «Kanttekeningen rond de fiscaal-administratieve sancties en de fiscale geschillenprocedure in het licht van art. 6 E.V.R.M.», *T.F.R.* 1999, 353-354; J. PUT, *o.c.*, 312-315. Zie bv. Arbh. Antwerpen 12 januari 2001, *Soc. Kron.* 2001, 427; Arbrb. Antwerpen 5 september 196, *R.W.* 1997-98, 304.

⁶⁸ Zie ook S. PARMENTIER, *Het recht van de mensen. Naar een kwaliteitsvolle verhouding tussen burger, recht en samenleving*, Rapport van de Commissie Burger, Recht en Samenleving, Brussel, Koning Boudewijnstichting, 2001, 69-70.

⁶⁹ Zie over deze gevolgen o.m. A. ALEN, *l.c.*, in *Liber Amicorum Prof. dr. F. Baeteman*, 396-402; B. COOPMAN, «E.V.R.M. en BUPO-Verdrag: charters van de belastingplichtige?», *T.F.R.* 1995, 279-288; M. MAUS, *l.c.*, *T.F.R.* 1999, 339-360.

houden met de aard van de beslissing (discretionaire bevoegdheid of niet) en met het rechtsdomein waarover het geschil handelt.⁷⁰ Specifiek voor sanctiegeschillen zijn de volgende twee overwegingen van belang: 1^o volle rechtsmacht onderstelt dat de rechter feitelijke vergissingen kan rechtzetten en de proportionaliteit tussen fout en sanctie kan controleren;⁷¹ 2^o de vereiste van volle rechtsmacht lijkt strenger te moeten worden beoordeeld in gevallen van strafvervolging dan in burgerlijke zaken. In strafzaken moet de rechter beschikken over een zekere «hervormings- of vernietigingsmacht» (zie randnr. 28 voor een nuancering hiervan): «le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur».⁷²

Inzake administratieve sancties houdt de volle rechtsmacht dus in dat de rechter minstens de feiten, de correcte toepassing van het recht en de evenredigheid tussen overtreding en sanctie moet kunnen controleren en in voorkomend geval alle feitelijke en juridische onderdelen van de beslissing ongedaan moet kunnen maken.

b) Omvang van de rechterlijke controle

26. Wat het vereiste van *controle* betreft, kan worden vastgesteld dat het grootste deel van de Belgische rechtspraak onomwonden oordeelt dat de rechter een volledige controle moet uitoefenen op sanctiebeslissingen: «niets van wat onder de controle van de beoordelingsbevoegdheid van de ambtenaar valt, ligt buiten de controle van de rechtbank».⁷³

De rechterlijke controle is een *volledige rechtmatigheidscontrole* die minstens moet slaan op de feiten (bv. de werkelijkheid van de overtreding), de overeenstemming met de wettelijke bepalingen en algemene rechtsbeginselen en de evenredigheid tussen de overtreding en de sanctie.⁷⁴ Als het bestuur daarnaast over bijzondere bevoegdheden beschikt – bijvoorbeeld het moduleren van de omvang van de sanctie of het geven van een waarschuwing – moet ook het al dan niet correcte gebruik van die bevoegdheden door de rechter worden gecontroleerd.⁷⁵ Als het bestuur echter niet zelf over dergelijke mogelijkheden beschikt – en de wet

een bepaald bedrag voorschrijft zonder «vork» tussen een bepaald minimum en maximum – dan ontleent de rechter aan het begrip «volle rechtsmacht» niet de bevoegdheid om de sanctie te moduleren.⁷⁶

27. Deze rechtspraak is onverkort naar voren geschoven voor wat de sociaalrechtelijke administratieve geldboeten⁷⁷ en de sancties in de werkloosheidsreglementering⁷⁸ betreft. Voor de andere administratieve geldboeten⁷⁹ ligt het standpunt van het Arbitragehof ook in deze lijn, inclusief voor de fiscale;⁸⁰ met betrekking tot deze laatste wijkt het cassatiestandpunt hiervan (vooralsnog?)⁸¹ enigszins af.

In een arrest van 5 februari 1999 oordeelde het Hof van Cassatie dat de rechter de mogelijkheid moet hebben om de werkelijkheid na te gaan van de sanctie-oplegging en eveneens te beoordelen of de sanctie met de wettelijke voorschriften overeenstemt, en inzonderheid of zij niet indruist tegen specifieke wettelijke bepalingen of tegen algemene rechtsbeginselen, en of zij niet in strijd is met de zorgvuldigheidsplicht van het bestuur. De uitoefening van dit toetsingsrecht houdt evenwel niet in dat de rechter om loutere redenen van opportuniteit of billijkheid de belastingplichtige zou kunnen bevrijden van verplichtingen die hem wettelijk zijn opgelegd door de overheid.⁸²

Hiermee is evenwel niet duidelijk aangegeven waarin de opportuniteitsbeoordeling precies ligt. Afhankelijk van de interpretatie hiervan kan het arrest op verschillende manieren worden gelezen. Een eerste mogelijkheid is dat wordt bedoeld, zoals in de voorgaande fiscale rechtspraak, dat de

⁷⁰ Arbitragehof, arrest nr. 22/99, 24 februari 1999, *B.S.* 30 april 1999 (derde uitgave), overwegingen B.12 en B.13; Arbitragehof, arrest nr. 32/99, 17 maart 1999, *B.S.* 19 juni 1999, overweging B.10; Arbitragehof, arrest nr. 128/99, 7 december 1999, *B.S.* 2 maart 2000 (tweede uitgave), overweging B.14; Arbitragehof, arrest nr. 54/2001, 8 mei 2001, *B.S.* 23 mei 2001, overwegingen B.10.1 en B.10.3.

⁷⁶ E. WILLEMART, *l.c.*, *J.T.* 1999, 764; J.M. WOEHRLING, «Les sanctions administratives et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme», in *La Convention européenne des droits de l'homme: Développements récents et nouveaux défis*, Brussel, Nemesis – Bruylant, 1997, 185-186.

⁷⁷ Advies R.v.St. over het wetsontwerp betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten, *Parl. St.* Kamer 1970-71, nr. 939/1, p. 9; Cass. 12 december 1977, *J.T.T.* 1978, 85; Arbitragehof, arrest nr. 72/92, 18 november 1992, *B.S.* 16 januari 1993, overweging B.4.4.

⁷⁸ Cass. 2 februari 1998, *Soc. Kron.* 1998, 172, met noot J. PUT en A. UYTENHOVE; Cass. 14 december 1998, *R.W.* 1999-2000 (verkort), 251; Cass. 15 maart 1999, *J.T.T.* 1999, 417, met noot P. GOSSERIES.

⁷⁹ O.a. Arbitragehof, arrest nr. 128/99, 7 december 1999, *B.S.* 2 maart 2000 (tweede uitgave), overwegingen B.13 tot B.15; Arbitragehof, arrest nr. 153/2001, 28 november 2001, *B.S.* 12 februari 2002, overweging B.11 (veiligheid voetbalwedstrijden).

⁸⁰ Arbitragehof, arrest nr. 22/99, 24 februari 1999, *B.S.* 30 april 1999 (derde uitgave), overwegingen B.12 en B.13; Arbitragehof, arrest nr. 32/99, 17 maart 1999, *B.S.* 19 juni 1999, overweging B.10.

⁸¹ Overeenkomstig het nieuwe art. 569, 32^o, Ger. W. neemt de rechtbank van eerste aanleg kennis van «geschillen betreffende de toepassing van een belastingwet». Dit is zo ruim gesteld dat de «werkloosheidsrechtspraak» van hierboven misschien uitbreiding kan nemen naar de fiscale geschillen, ook al is de parlementaire voorbereiding terzake niet zo duidelijk (zie M. MAUS, *o.c.*, *T.F.R.* 1999, 345-346; E. WILLEMART, *l.c.*, *J.T.* 1999, 765).

⁸² Cass. 5 februari 1999, *R.W.* 1999-2000, 641.

⁷⁰ Zie E.H.R.M. 27 september 1993, *Série A*, nr. 268-A, §§ 31-32; E.H.R.M. 22 november 1995, Bryan, *Série A*, nr. 335-A, § 47; E.H.R.M. 4 oktober 2001, Potocka, nr. 33776/96, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>, § 52-54. Zie ook E.H.R.M. 26 april 1995, Fischer, *Série A*, nr. 312, Separate opinion of judge Martens, § 8; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londen/Dublin/Edinburgh, Butterworths, 1995, 192-195.

⁷¹ E.H.R.M. 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere, *Série A*, nr. 43, §§ 51 en 60; E.H.R.M. 1 februari 1983, Albert en Le Compte, *Série A*, nr. 58, §§ 29 en 36. In deze zaken oordeelde het E.H.R.M. (logischerwijze) dat een voorziening in cassatie tegen beslissingen van organen die niet voldoen aan de vereisten van art. 6 E.V.R.M., onvoldoende is om van een controle met volle rechtsmacht te spreken.

⁷² E.H.R.M. 23 oktober 1995, Schmautzer, *Série A*, nr. 328-A, § 36.

⁷³ Arbitragehof, arrest nr. 72/92, 18 november 1992, *B.S.* 16 januari 1993, overweging B.4.4.

⁷⁴ Advies R.v.St. nr. 28.776, *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 2031/1, p. 15-16.

uitsluiting van de opportuniteitsbeoordeling tot gevolg heeft dat de boete niet, ook niet bij onevenredigheid met de overtreding, kan worden verminderd (of kwijtescholden).⁸³ Deze invulling is o.i. niet in overeenstemming te brengen met de eis van volle rechtsmacht van art. 6 E.V.R.M. In een andere lezing valt de expliciete verwijzing op naar de zorgvuldigheidsplicht van het bestuur (hetgeen in het middel niet was ingeroepen!). Wou het Hof hiermee bedoelen dat een zorgvuldige beslissing ook de eisen van de evenredigheid respecteert? Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt immers in dat bij de voorbereiding en bij het nemen van een overheidsbesluit alle relevante factoren en omstandigheden worden afgewogen; als materiële component zit hierin onder meer vervat dat de voor de belanghebbende nadelige gevolgen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.⁸⁴ De sanctie mag dus niet onevenredig zijn in verhouding tot de handhavings- en repressiedoelstelling, waarbij de ernst van de overtreding de eerste wegingsfactor van belang blijft. Het cassatiearrest moet dan zo worden gelezen dat de beslissing wel op zorgvuldigheid (inclusief evenredigheid) kan worden getoetst, maar niet op (loutere) opportuniteit en billijkheid (bv. verzachtende omstandigheden). De evenredigheid wordt dan, terecht, een onderdeel van de rechtmatigheidscontrole.⁸⁵

c) Hervorming en substitutie?

28. Wat het vereiste van *mogelijkheid tot hervorming* betreft, is er bijzonder weinig houvast in de rechtspraak van het E.H.R.M. om de precieze reikwijdte hiervan te beoordelen. In zes arresten over administratieve geldboeten (Schmautzer e.a.) kwam het Hof tot het oordeel dat het Oostenrijkse Administratieve Hof niet voldeed aan het vereiste van volle rechtsmacht, omdat een van de karakteristieken daarvan precies de mogelijkheid is om de bestreden beslissing op alle punten te «hervormen»,⁸⁶ zowel inzake de feiten als inzake het recht. Het Oostenrijkse Administratieve

⁸³ M. MAUS, «Kritische bemerkingen bij de arresten van het Hof van Cassatie van 5 februari 1999 inzake de fiscaal-administratieve sancties», *A.J.T.* 1998-99, 985-986. Zie uitgebreid over de vroegere toestand: L. VANDENBERGHE, «Rechterlijke bevoegdheid inzake administratieve BTW-boeten op grond van intern recht, het Europees Gemeenschapsrecht en het E.V.R.M.», *T.F.R.* 1996, 77-92.

⁸⁴ W. LAMBRECHTS, «Het zorgvuldigheidsbeginsel», in I. OPDEBEEK (red.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 30-31.

⁸⁵ Drie cassatiearresten van 24 januari 2002 (C000234N en C000422N, C000307N en C000599N, F000099N), geveld na de afwerking van deze bijdrage, bevestigen dat: het is de rechter toegelaten na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk; in voorkomend geval mag hij de opgelegde straf opheffen of verminderen.

⁸⁶ Terwijl in het Frans «réformer» wordt gebruikt, is dat in het Engels «quash», wat meer de betekenis heeft van vernietigen of ongegrond oordelen. Men doet er dus goed aan de hier bedoelde hervormingsmacht niet noodzakelijk in de zin van substitutiebevoegdheid te begrijpen, maar eerder als de macht om een doorgedreven controle uit te oefenen op alle onderdelen van de beslissing en de consequenties van die beoordeling aan te geven (vernietiging – en eventueel substitutie – van de onrechtmatig bevonden onderdelen). Vgl. A. ALEN, *l.c.*, in *Liber Amicorum Prof. dr. F. Baeteman*, 401.

Hof kon enkel de onwettigheid van de beslissing beoordelen die voortvloeit uit de onbevoegdheid van het bestuur, uit de schending van bepaalde procedureregels of uit de inhoud ervan. Daarbij moest het Hof zich houden aan de feiten zoals die waren vastgesteld door het bestuur, behalve indien deze op essentiële punten niet werden ondersteund door het dossier. Het Hof kon voorts enkel de beslissing vernietigen of het verzoek dat de onwettigheid van de akte inroept, verwerpen.

Uit deze arresten blijkt niet welk gebrek doorslaggevend was: de beperkte controlebevoegdheid over de feiten, de onmogelijkheid van substitutie of (de combinatie van) beide. Bovendien lijkt het ons dat de macht om een beslissing op alle punten te hervormen, niet noodzakelijk betekent dat er substitutie moet gebeuren.⁸⁷ Als de rechter alle onderdelen van de beslissing ten volle kan beoordelen en kan besluiten dat het oordeel van het bestuur niet correct is, «hervormt» hij bepaalde punten van de beslissing, ook al neemt hij niet daaropvolgend zelf een beslissing maar stuurt hij de zaak terug naar het bestuur, dat zich moet gedragen naar het oordeel van de rechter. In dat opzicht zou een soort van versterkte annulatiebevoegdheid – de macht om de beslissing volledig te controleren, zijn eigen oordeel te formuleren, gepaard met een uitgewerkt systeem van gezag van gewijsde – kunnen volstaan om te voldoen aan de eis van volle rechtsmacht.

29. Op het vlak van de noodzakelijke of gewenste hervormingsmacht van de rechter die over een opgelegde administratieve sanctie moet oordelen, geeft de Belgische rechtspraak zeker geen duidelijk beeld. Er is wat dit betreft alvast een onderscheid te maken naargelang van de materie waarover het gaat.

Soms bevat de wet zelf een aanduiding dat de rechter de mogelijkheid heeft een sanctie te verminderen of te hervormen (zie bv. art. 1^{er} Wet Administratieve Geldboeten; art. 119^{bis}, § 12, Nieuwe Gemeentewet⁸⁸).

In andere gevallen beïnvloedt de sanctie rechtstreeks het subjectief recht op een bepaalde prestatie, waardoor de controlebevoegdheid van de rechter ook betrekking moet hebben op de omvang van de sanctie en hij de mogelijkheid heeft een onevenredig bevonden sanctie te verminderen.⁸⁹ Over de vraag of dit een werkelijk substitutierecht uitmaakt, waardoor de rechter sancties die hij om een bepaalde reden heeft vernietigd, kan vervangen door een nieuwe sanctie,

⁸⁷ Zie ook, weliswaar niet in een strafzaak maar in een zaak m.b.t. een duidelijk discretionaire bevoegdheid van de overheid (de klassering als natuurgebied): E.H.R.M. 27 november 1991, Oerlemans, *Série A*, nr. 219, §§ 55-57: het ontbreken van annulatiebevoegdheid houdt niet noodzakelijk in dat de rechter niet over volle rechtsmacht beschikte. Het volstond *in casu* dat de rechter de inhoud van de beslissing volledig kon controleren (overeenkomst met zowel internationaal en nationaal recht als met de beginselen van behoorlijk bestuur) en beschikte over de mogelijkheid een schadevergoeding toe te kennen of de uitvoering van de beslissing te voorkomen d.m.v. een injunctie. Zo heeft de verzoeker over alle elementen die hij wou voorleggen, een beslissing kunnen krijgen van de rechter.

⁸⁸ Op uitdrukkelijk advies trouwens van de Raad van State: een loutere vernietiging en terugverwijzing naar het bestuur zou de procedure langer maken en zou tot gevolg kunnen hebben dat de strafbare feiten, wegens de ingetreden verjaring, op geen enkele manier bestraft worden (advies R.v.St. nr. 28.776, *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 2031/1, p. 15-16).

heeft de cassatierechtspraak echter nog geen duidelijkheid verschaft.⁹⁰

Voor de fiscale geldboeten werd hierboven gewezen op de onduidelijke cassatierechtspraak, die geen uitsluitsel biedt over het antwoord op de vraag of de beoordelende rechter zich moet beperken tot een vernietiging van een onwettig bevonden boete, dan wel deze kan verminderen.

30. Over het algemeen valt op dat in de arresten van het Arbitragehof en van het Hof van Cassatie waarin het principe van de volle rechtsmacht wordt naar voren geschoven, (bijna)⁹¹ steeds consequent sprake is van een *controle* met volle rechtsmacht, door de rechter, op (alle onderdelen van) de beslissing *genomen* door het bestuur. En wat tot de *bevoegdheid* van het bestuur behoort, valt onder de *controle* van de rechter. Er wordt dus ook hier geen direct verband gelegd tussen volle rechtsmacht en substitutie.⁹² De rechter beoordeelt de uitspraak van het bestuur, maar stelt daarmee zijn eigen oordeel niet in de plaats.

Naar onze mening is het mogelijk dat de rechter, die op grond van een evenredigheidstoets tot het oordeel komt dat de sanctiemaat te zwaar is, de sanctie als zodanig overeind laat – want de overtreding is wel degelijk bewezen en het opleggen van een sanctie is gewettigd – maar de sanctiemaat reduceert tot redelijke proporties, dus tot het niveau waarbij er wel een redelijke band tussen de overtreding en de sanctie bestaat. Dit past nog binnen de controle van de uitgesproken sanctie,⁹³ welke controle ertoe heeft geleid vast te stellen dat de door het bestuur uitgesproken sanctie maar ten dele is gewettigd, waardoor enkel het «gewettigde» deel overblijft. Meteen kan worden vastgesteld dat dit proces-

⁸⁹ Cass. 2 februari 1998, *Soc. Kron.* 1998, 172, met noot J. PUT en A. UYTENHOVE; Cass. 14 december 1998, *R.W.* 1999-2000 (verkort), 251; Cass. 15 maart 1999, *J.T.T.* 1999, 417, met noot P. GOSSERIES.

⁹⁰ Integendeel: zie de tegenstelling of minstens het accentverschil tussen een recent Nederlands- en Franstalig arrest m.b.t. de substitutievraag inzake werkloosheids sancties: Cass. 12 november 2001, *J.T.T.* 2002, 19; Cass. 17 december 2001, *J.T.T.* 2002, 17, met conclusie van het openbaar ministerie.

⁹¹ In arrest nr. 128/99 van het Arbitragehof (7 december 1999, *B.S.* 2 maart 2000 (tweede uitgave), overweging B.15) wordt gesproken van een rechterlijke beoordelingsbevoegdheid «gelijk aan die van de administratie». Wel moet worden opgemerkt dat deze passage aangeeft dat de betrokken bepaling kan worden geïnterpreteerd in de zin van een mogelijke beoordelingsbevoegdheid van de rechter die gelijk is aan die van de administratie. Dit wordt geplaatst tegenover overwegingen B.13 en B.14, waarin wordt verduidelijkt in welke andere interpretatie de betrokken bepaling een schending inhoudt van het niet-discriminatiebeginsel; in overweging B.14 wordt meer geëxpliciteerd wat de vereiste omvang van de rechterlijke controle moet zijn, en daarin komen dan precies dezelfde passages voor als in de arresten nrs. 22/99 en 32/99.

⁹² Zie ook M. SCHOORS, «Rechterlijke controle inzake administratieve geldboeten» (noot onder Rb. Mechelen 16 maart 2000), *T.F.R.* 2000, 530.

⁹³ In deze zin ook A. DEMOULING, «Amendes fiscales, Cour d'arbitrage et Cour de cassation: à quand la paix judiciaire?» (noot onder Arbitragehof, arrest nr. 22/99 van 24 februari 1999 en Cass. 5 februari 1999), *J.L.M.B.* 1999, 546; C. IDOMON, «Administratieve sancties in de wet van 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden: enkele opmerkingen omtrent het hoorrecht tijdens de administratieve procedure en het hoger beroep bij de politierechtbank» (noot onder Pol. Mechelen 28 juli 2000), *R.W.* 2001-02, 716.

economisch gezien ook de meest pragmatische oplossing is:⁹⁴ in het andere geval zou het bestuur de sanctie eventueel opnieuw uitspreken met een andere sanctiemaat, waarna allicht nieuwe betwistingen volgen. Voor het bestuur biedt dit het voordeel dat er geen andere bezwaren opduiken die het eventueel hernemen van een sanctie in de weg staan, zoals termijnvereisten, verjaring of gewijzigde wetgeving.

31. Terwijl deze oplossing o.i. zonder veel problemen mogelijk is voor de rechters van de rechterlijke orde, ligt dit moeilijker voor de Raad van State. Het toezicht van de afdeling administratie op administratieve akten en reglementen wordt door art. 14, § 1, R.v.St.-Wet immers omlind tot een onderzoek naar nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht. Een dergelijk rechtmatigheids-onderzoek leidt dan naar ofwel de bevestiging ofwel de louter nietigverklaring.⁹⁵

Zoals gezegd, betekent het gebrek aan substitutiemacht niet meteen dat niet voldaan is aan de eis van volle rechtsmacht.⁹⁶ Op principieel vlak is naar onze mening de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State,⁹⁷ gepaard met een uitgewerkt systeem van gezag van gewijsde⁹⁸ en versterkt met een zekere controle op de uitvoering van de uitspraak,⁹⁹ voldoende om van volle rechtsmacht te kunnen spreken.¹⁰⁰ Dat de Raad niet zelf de sanctiemaat kan moduleren bij vastgestelde onevenredigheid, is op zichzelf geen werkelijk probleem.¹⁰¹

⁹⁴ Zie ook A. ALÉN, «Naar een betere rechtsbescherming inzake administratieve geldboeten na de koerswijziging van het Hof van Cassatie in zijn arresten van 5 februari 1999», *R.W.* 1999-2000, 634. Vgl. advies R.v.St. nr. 28.776, *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 2031/1, p. 15-16.

⁹⁵ De Raad van State heeft evenwel in het verleden al demarches ondernomen die, als het niet om werkelijke substitutie gaat, toch aardig in de buurt komen: een tuchtstraf die onwettig is in de mate dat zij terugwerkende kracht heeft, werd enkel in die mate vernietigd (R.v.St., Verstraete, nr. 57.545, 17 januari 1996, *T. Gem.* 1996, 90, met noot I. OPDEBEEK).

⁹⁶ Anders: L.M. VENY, L. DE GEYTER en F. VANDENDRIESSCHE, *l.c.*, *A.J.T.* 1999-2000, 166 en 170.

⁹⁷ Met bovendien de mogelijkheid om de schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van de beslissing (eventueel zelfs bij voorraad), in geval van ernstige middelen en moeilijk te herstellen nadeel (art. 17 R.v.St.-Wet), en de mogelijkheid om voorlopige maatregelen te bevelen (art. 18 R.v.St.-Wet).

⁹⁸ Zie ook art. 15 R.v.St.-Wet (gezag van gewijsde voor administratieve rechtscollages; een soortgelijk principe geldt ook voor de besturen).

⁹⁹ Zie bv. de dwangsomregeling in art. 36 R.v.St.-Wet.

¹⁰⁰ In die zin ook uitdrukkelijk Arbitragehof, arrest nr. 54/2001, 8 mei 2001, *B.S.* 23 mei 2001, overweging B.10.3 (weliswaar in een tuchtzaak). Eerder al had het Arbitragehof in zeer algemene bewoordingen geoordeeld dat zowel de gewone rechtscollages als de Raad van State een controle in rechte en in feite uitoefenen en voldoen aan de eisen van art. 6 E.V.R.M. en art. 14 I.V.B.P.R. (Arbitragehof, arrest nr. 127/2000, 6 december 2000, *B.S.* 31 december 2000, overweging B.14.3). Zie ook M. MELCHIOR, «La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1992, 1327-1346.

Wel moet in elke concrete zaak worden nagegaan of de Raad in voldoende ruime mate van zijn bevoegdheden gebruik heeft gemaakt om te besluiten of via het rechtmatigheidsonderzoek een controle met volle rechtsmacht werd uitgeoefend. Dit is dan geen louter «marginale» toetsing meer.¹⁰² Het lijkt raadzaam dat de Raad zijn toezicht op sanctiebeslissingen wat strikter uitvoert en sanctiebeslissingen niet «discretionair» zou noemen. Het evenredigheidsonderzoek voor administratieve sancties met een strafkarakter mag daarom niet de beperkte inhoud krijgen van wat in de volgende passage nogal extreem wordt gepropageerd (weliswaar in een tuchtzaak): «dat het proportionaliteitsbeginsel – of evenredigheidsbeginsel – niet betekent dat tuchtstraffen «in verhouding» moeten zijn met de tuchtfacten, dat de tuchtverheid discretionair oordeelt over die verhouding en dat de Raad van State dat oordeel van de overheid niet kan overdoen, maar alleen dat oordeel onwettig kan bevinden wanneer het tegen alle redelijkheid ingaat, dus wanneer er in werkelijkheid een kennelijke wanverhouding bestaat tussen tuchtfacten en tuchtstraf.»¹⁰³ Een dergelijke visie op het evenredigheidsbeginsel is te beperkt om te kunnen spreken van een werkelijke controle op de proportionaliteit tussen sanctie en fout, en is derhalve niet houdbaar in zaken die een strafvervolgning uitmaken in de zin van art. 6 E.V.R.M.

d) Schorsende werking

32. Een mogelijk probleem punt in het licht van de eis van volle rechtsmacht en toegang tot de rechter is nog de eventuele niet-schorsende of niet-opschortende werking van het

¹⁰¹ De afdeling wetgeving zat wat dit betreft duidelijk in haar maag met de (schijnbare of werkelijke?) tegenstelling in de rechtspraak van het Arbitragehof, namelijk tussen de arresten nrs. 22/99, 128/99 en later nog nr. 127/2000, en meer in het bijzonder met een passage in arrest nr. 128/99, waarin wordt gezegd dat de rechter een beoordelingsbevoegdheid moet kunnen uitoefenen gelijk aan die van de administratie. Terwijl de Raad eerder oordeelde dat de rechterlijke controle voldoet aan de eis van volle rechtsmacht indien wordt nagegaan of een administratieve sanctie in rechte en in feite verantwoord is en of zij de wettelijke bepalingen en algemene beginselen naleeft, werd nu tot het besluit gekomen dat de annulatiebevoegdheid van de Raad van State niet volstaat (advies R.v.St. nr. 29.824/1, *Parl. St.* VI. Parl. 1999-2000, nr. 285/1, p. 120-124; advies R.v.St. nr. 30.625/1-2-3-4, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 756/1, p. 227-228). Later moest de Raad dan weer vaststellen dat inmiddels het Arbitragehof weer een ander accent legde; de Raad wijst op de tegenstrijdigheid tussen de arresten zonder te kunnen aangeven welke de voorkeur geniet (advies R.v.St. nr. 30.826, *Parl. St.* Br. H. R. 2000-01, nr. A-192/1, p. 68-70).

¹⁰² Zoals in R.v.St., P.V.B.A. Lambregts Transportbedrijf, nr. 28.938, 1 december 1987, *R.W.* 1987-88, 880. Hierin bevestigt de Raad dat hij bij de uitoefening van zijn controle kan nagaan of de rechtens vereiste feitelijke grondslag van de beslissing aanwezig is en of de bestuurlijke sanctie evenredig is met de vastgestelde feiten. «Dat, ook al houdt zulks ten aanzien van de discretionaire bevoegdheid van de overheid slechts een marginale en niet een volledige rechterlijke toetsing in, de rechtsbescherming welke de Raad van State verleent, beantwoordt aan de vereisten van artikel 6, lid 1, aangezien het Europees Hof aanneemt dat, waar de overheid over een ruime beoordelingsmacht beschikt, een volledige rechterlijke toetsing uiteraard niet goed denkbaar is.» (cursivering toegevoegd).

¹⁰³ R.v.St., Massant, nr. 40.179, 27 augustus 1992. Zie ook R.v.St., Van Roppey, nr. 26.600, 3 juni 1986.

beroep bij de rechter. Aangezien administratieve beslissingen in beginsel direct uitvoerbaar zijn en met een vermoeden van wettigheid zijn bekleed, schort een beroep bij de rechter de tenuitvoerlegging van de sanctie niet op, tenzij een uitdrukkelijke wetsbepaling dit anders zou regelen. Deze directe uitvoerbaarheid moet, als afwijking van het verbod van eigenrichting, een wettig doel nastreven en hiermee in redelijk verband staan.¹⁰⁴ Daarbij moet de noodzaak van een efficiënt sanctiebeleid – dat wordt bevorderd door de uitvoering van de sanctie zo nauw mogelijk te laten aansluiten bij de feiten en de uitspraak van de sanctie – worden afgewogen tegen het vermoeden van onschuld, het effect van een eventuele opschortende werking op de uitvoerbaarheid van de sanctie en de mogelijkheid een uitgevoerde sanctie terug te draaien.

Met toepassing van deze principes is het raadzaam dat een beroep tegen administratieve geldboeten opschortende werking heeft.¹⁰⁵ In elk geval mag het, ondanks het vermoeden van wettigheid van bestuurshandelingen, niet zo zijn dat de rechter ervan moet uitgaan dat de sanctiebeslissing in overeenstemming is met het recht: het bestuur blijft ook in deze fase ertoe gehouden het bewijs van schuld te leveren, op straffe van schending van het vermoeden van onschuld.¹⁰⁶

D. Algemene strafrechtsbeginselen

33. Van de algemene rechtsbeginselen is een aantal van groot belang in het strafrecht (bv. rechten van verdediging, redelijke termijn), terwijl andere *in se* typisch strafrechtelijk van aard zijn: het persoonlijk karakter van de straf; het vermoeden van onschuld; het wettelijk karakter van de straf, met daarbij de niet-terugwerking van de zwaardere straf en de terugwerking van de lichtere straf; *non bis in idem*; ...

De vraag is of de toepassing van deze algemene strafrechtsbeginselen beperkt is tot de klassieke strafsancities, dan wel ook voor bepaalde administratieve sancties kan gelden. Het gaat er dan eigenlijk om een onderscheid te maken tussen enerzijds beginselen van Belgisch strafrecht en anderzijds algemene strafrechtsbeginselen die het intern-rechtelijke niveau overstijgen en meer moeten worden beschouwd als gemeenschappelijk aan minstens een aantal verwante rechtsstelsels.

Voor de *beginselen van Belgisch strafrecht* is de toepassing beperkt tot de klassieke strafrechtelijke sancties.¹⁰⁷ Overeenkomstig art. 100 Sw. zijn de regelen uit boek I, behoudens andersluidende bepaling, van toepassing op de

¹⁰⁴ Advies R.v.St. over het ontwerp van wet houdende sociale en diverse bepalingen, *Parl. St.* Senaat 1994-95, nr. 1218/1, p. 234-235.

¹⁰⁵ E.E.V. LENOS, *o.c.*, 188-194; J. PUT, *o.c.*, 530-535; J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, Afdeling Wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, 471. Zie ook advies R.v.St. nr. 28.621, *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1928/1, p. 77-78; advies R.v.St. nr. 29.824, *Parl. St.* VI. Parl. 1999-2000, nr. 285/1, 124; advies R.v.St. nr. 30.826, *Parl. St.* Br. H. R. 2000-01, nr. A-192/1, p. 70.

¹⁰⁶ Zie Arbitragehof, arrest nr. 72/92, 18 november 1992, *B.S.* 16 januari 1993, overweging B.3.

¹⁰⁷ Het is o.i. dus niet correct te stellen dat de kwalificatie van een administratieve sanctie als strafrechtelijk de toepassing van alle strafrechtsregels tot gevolg heeft (in die zin: F. LAGASSE, «De la nature civile ou pénale des amendes administratives et sanctions applicables en matière de construction», *Soc. Kron.* 2001, 401).

misdriven die bij bijzondere wetten en verordeningen strafbaar zijn gesteld (met uitzondering van hoofdstuk VII en art. 85). Dit «schakelartikel» heeft enkel betrekking op strafsancities in de internrechtelijke betekenis.¹⁰⁸ «Te beklemtonen valt wel dat het Arbitragehof, op grond van de rechtsgelijkheid echter, een aantal waarborgen alsnog van toepassing acht op administratieve sancties»¹⁰⁹ (zie III, E).

Voor de *algemene strafrechtsbeginselen* zou het logisch zijn aansluiting te zoeken bij het begrip «strafvervolgning» van art. 6 E.V.R.M. en art. 14 I.V.B.P.R. Deze artikelen bevatten (ook) een aantal garanties voor de procedures die als strafvervolgingen te beschouwen zijn, waarvan sommige de (eventueel gedeeltelijke) verwoording van algemene strafrechtsbeginselen zijn,¹¹⁰ met name het vermoeden van onschuld en *non bis in idem*. Er valt dus veel voor te zeggen dat zowel voor deze internationale regelen als voor de algemene strafrechtsbeginselen het «strafkarakter» van een maatregel eenzelfde betekenis heeft. Samen met de regelen vervat in de hierboven vermelde bepalingen en met de regelen die, gelet op het niet-discriminatiebeginsel, zowel op straf- als op administratieve sancties toepasselijk moeten worden geacht (zie III, E), zou op deze manier een «droit commun répressif»¹¹¹ ontstaan.

34. Impliciet lijkt het Hof van Cassatie van mening te zijn dat bepaalde beginselen, met name *non bis in idem*¹¹² en het beginsel neergelegd in art. 2, tweede lid, Sw. (de niet-terugwerking van de straf, tenzij de lichtere),¹¹³ van toepassing (kunnen) zijn op administratieve sancties.

Het Arbitragehof bewandelt een vergelijkbare, maar toch enigszins andere weg, die ingegeven is door zijn eigen bevoegdheden.¹¹⁴ Het Arbitragehof is niet bevoegd om wetten te toetsen aan andere bepalingen dan art. 10, 11 en 24 Grondwet, en dus evenmin aan algemene rechtsbeginselen. In een aantal gevallen komt het Arbitragehof hier echter toch toe, via de gezamenlijke toetsing van een algemeen rechtsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Zo ook met de strafrechtsbeginselen. In de woorden van het Arbitragehof: de rechten en vrijheden moeten zonder onderscheid worden gehandhaafd. «Die rechten en vrijheden omvatten de waarborgen die voortvloeien uit de algemene beginselen van het strafrecht. In zoverre die beginselen voor de wetgever gelden, zijn zij van toepassing onafhankelijk van de kwali-

ficatie van strafrechtelijk of niet-strafrechtelijk die de wet zou kunnen geven aan de (repressieve) maatregelen die zij voorschrijft.»¹¹⁵ Dan rest nog de vraag of deze toepassing op identieke wijze moet gebeuren als in het strafrecht, dan wel of dit «anderszins» kan, op voorwaarde dat er geen onevenredigheid is, dat het resultaat in zijn totaliteit genomen evenwaardig is.

35. Binnen de geschetste beperkingen werden in de rechtspraak van het Arbitragehof als algemene (strafrechts)beginselen beschouwd:

1^o het vermoeden van onschuld, hetgeen inhoudt dat het bestuur niet enkel bij het opleggen van de sanctie het bewijs van de feiten moet leveren, maar ook voor de rechter bij betwisting over deze sanctie;¹¹⁶

2^o het persoonlijk karakter van de straf;¹¹⁷

3^o *non bis in idem*;¹¹⁸

4^o het recht op een daadwerkelijk jurisdictioneel beroep;¹¹⁹

5^o het algemene beginsel uitgedrukt in art. 2 Sw. volgens welk een nieuwe strafrechtelijke bepaling enkel kan worden toegepast op feiten die aan de inwerkingtreding ervan voorafgaan wanneer ze minder streng is dan de oude (zie ook art. 7 E.V.R.M. en art. 15.1 I.V.B.P.R.).¹²⁰

Het evenredigheidsbeginsel wordt beschouwd als een algemeen beginsel dat het bestuur in acht moet nemen voor administratieve beslissingen met een repressief karakter.¹²¹

¹¹⁵ Arbitragehof, arrest nr. 72/92, 18 november 1992, *B.S.* 16 januari 1993, overwegingen B.2.1 en B.2.2; Arbitragehof, arrest nr. 76/99, 30 juni 1999, *B.S.* 24 november 1999, overwegingen B.4.1 en B.4.2. Vgl. Arbitragehof, arrest nr. 132/2001, 30 oktober 2001, *B.S.* 21 december 2001 (derde uitgave), overweging B.6.2. Het Arbitragehof wordt hierin bijgevallen door de afdeling wetgeving van de Raad van State: advies R.v.St. nr. 28.621, *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 1928/1, p. 77.

¹¹⁶ Arbitragehof, arrest nr. 72/92, 18 november 1992, *B.S.* 16 januari 1993, overweging B.3. Vgl. met het door het Hof van Cassatie, in strafzaken, erkende algemeen beginsel volgens welk twijfel ten goede komt aan de beklaagde (*in dubio pro reo*): Cass. 2 mei 1990, *Rev. dr. pén.* 1990, 972, met noot; Cass. 10 november 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1294.

¹¹⁷ Arbitragehof, arrest nr. 132/2001, 30 oktober 2001, *B.S.* 21 december 2001 (derde uitgave). Vgl. Arbitragehof, arrest nr. 43/2001, 29 maart 2001, *B.S.* 9 juni 2001, overweging B.5.3, in een zaak van douanestrafrecht (gekoppeld aan de principes die de bewijslast in strafzaken moeten beheersen). Zie ook E.H.R.M. 29 augustus 1997, A.P. e.a., *R.A.D.* 1997, 1477, §§ 47-48; E.H.R.M. 29 augustus 1997, E.L. e.a., *R.A.D.* 1997, 1509, §§ 52-53; Cass. 26 oktober 1994, *A.J.T.* 1995-96, 283, met noot H. NEIRYNCK (in strafzaken).

¹¹⁸ Arbitragehof, arrest nr. 127/2000, 6 december 2000, *B.S.* 31 december 2000, overweging B.12.4 (impliciet). Het Hof beklemtoont dat het aan de rechter toekomt te vermijden dat de regel *non bis in idem* wordt geschonden, door bij gelijktijdige vervolging enkel de zwaarste straf uit te spreken (art. 65 Sw.) en bij achtereenvolgende vervolging het verval van de strafvordering vast te stellen wegens het gezag van gewijsde van de eerste rechterlijke uitspraak. Het betrof in deze zaak wel twee strafvervolgingen *sensu stricto*. Zie ook Cass. 22 oktober 1990, *R.W.* 1990-91, 1300 en Cass. 3 mei 1999, *R.W.* 1999-2000, 1399.

¹¹⁹ Arbitragehof, arrest nr. 22/99, 24 februari 1999, *B.S.* 30 april 1999 (derde uitgave), overweging B.10; Arbitragehof, arrest nr. 32/99, 17 maart 1999, *B.S.* 19 juni 1999, overweging B.8.

¹²⁰ Arbitragehof, arrest nr. 76/99, 30 juni 1999, *B.S.* 24 november 1999, overweging B.4.3. Zie ook Cass. 3 april 2000, *J.T.T.* 2000, 281.

¹⁰⁸ E. WILLEMART, *l.c.*, *J.T.* 1999, 764.

¹⁰⁹ L.M. VENY, L. DE GEYTER en F. VANDENDRIESSCHE, *l.c.*, *A.J.T.* 1999-2000, 169.

¹¹⁰ Zie ook Arbitragehof, arrest nr. 74/2001, 31 mei 2001, *B.S.* 19 juni 2001, overweging B.9.3: verscheidene in art. 6 E.V.R.M. geboden waarborgen zijn tevens van toepassing als algemene rechtsbeginselen in tuchtzaken (o.m. onpartijdigheid van de rechter).

¹¹¹ P. GAIA, «L'administration répressive en France», *Am. eur. adm. publ.* 1995, 200-201.

¹¹² Zie Cass. 22 oktober 1990, *R.W.* 1990-91, 1300 en Cass. 3 mei 1999, *R.W.* 1999-2000, 1399, waarin de toepassing van het *non bis in idem*-beginsel op twee administratieve sancties werd geweerd, omdat ofwel niet dezelfde feiten werden beoogd ofwel een van de maatregelen niet het karakter van een administratieve sanctie had.

¹¹³ Cass. 3 april 2000, *J.T.T.* 2000, 281: toepassing van dit beginsel op de sociaalrechtelijke administratieve geldboeten.

¹¹⁴ Zie ook A. ALEN, *l.c.*, in *Liber Amicorum Prof. dr. F. Baeteman*, 406-410.

Het Hof van Cassatie erkent echter geen algemeen beginsel van evenredigheid in strafzaken.¹²²

Ook de «rechten van verdediging» moeten uiteraard worden gerespecteerd.¹²³ Aangezien het Arbitragehof evenwel het systeem van administratieve sancties op zichzelf toelaatbaar acht (zie II), gaat het Hof hier over tot een onderzoek of het prijsgeven van de gewone strafprocedure niet gepaard gaat met een onevenredige belemmering van de rechten van verdediging. Daartoe wordt dan nagegaan of tegen de beslissing beroep openstaat bij een rechter met volle rechtsmacht (zie III, C, 3°).

36. Andere beginselen werden niet als algemene strafrechtsbeginselen aanvaard, om diverse redenen:

1° de individualisering van de straf: dit is veeleer een vorm van repressief beleid die werd gekozen uit verscheidene mogelijke vormen ervan, dan wel een algemeen rechtsbeginsel dat aan de wetgever wordt opgelegd.¹²⁴ Dit geldt zowel voor de regeling van probatie, opschorting en uitsstel,¹²⁵ als voor het regime van de verzachtende omstandigheden.¹²⁶ Wat dit laatste betreft, heeft het Arbitragehof evenwel een verregaande gelijkheidstoets doorgevoerd (zie randnr. 38);

2° de opslorping van straffen in geval van samenloop (in – internrechtelijke – strafzaken, maar *a fortiori* ook niet voor administratieve sancties).¹²⁷

E. Niet-discriminatie

37. Als een regel niet rechtstreeks van toepassing is op administratieve sancties (o.a. de gewone strafrechtsregels), kan het Arbitragehof de inhoud ervan alsnog van toepassing achten op grond van de rechtsgelijkheidstoetsing (art. 10 en 11 Grondwet). Om deze toetsing door te voeren, is het wel noodzakelijk dat de betrokken personen als vergelijkbare categorieën worden beschouwd. Dit is zonder twijfel het geval indien voor eenzelfde inbreuk zowel administratieve

en strafrechtelijke vervolging openstaat, maar ook als het om verschillende inbreuken en procedures gaat is een vergelijking o.i. mogelijk.¹²⁸

Het Arbitragehof controleert of verschillen tussen de strafprocedure en de procedure voor het opleggen van een administratieve sanctie al dan niet verenigbaar zijn met het grondwettelijk niet-discriminatiebeginsel; het criterium is hier de niet-onevenredige inperking van de rechten van de vervoligde.

38. Het Arbitragehof heeft deze weg vooral bewandeld voor wat de regeling van verzachtende omstandigheden betreft (art. 85 Sw.), voor het eerst met betrekking tot de sociaalrechtelijke administratieve geldboeten. Deze bereiken een dergelijke omvang dat zij, zelfs als in een minimum en een maximum is voorzien, in sommige gevallen toch onevenredig kunnen zijn t.o.v. de ernst van de feiten en t.o.v. de repressieve en preventieve doelstelling van het stelsel. Daarom is het niet verantwoord dat bij administratieve vervolging de (arbeids)rechter niet onder het wettelijk vastgestelde minimum kan gaan, terwijl de strafrechter met toepassing van art. 85 Sw. dat wel kan indien verzachtende omstandigheden voorhanden zijn. Dit is des te minder te verantwoorden daar het de minder ernstige feiten zijn die voor het stelsel van administratieve geldboeten in aanmerking komen.¹²⁹

In een later arrest (m.b.t. een R.S.Z.-boete) volstond blijkbaar de loutere vaststelling dat de arbeidsrechtbank niet onder het wettelijke minimum kan gaan, terwijl de strafrechter art. 85 Sw. kan toepassen, om tot schending van art. 10 en 11 Grondwet te besluiten.¹³⁰

In meer recente rechtspraak nam de visie van het Arbitragehof een wending, of werd minstens een nuancering aangebracht. In de arresten nrs. 127/2000 en 153/2001 werd een soort van *de minimis*-regel ingevoerd: als de administratieve sanctieprocedure voldoende waarborgen biedt en het tarief van de administratieve geldboete veel gunstiger is dan de potentiële strafboete, is de enkele onmogelijkheid rekening te kunnen houden met verzachtende omstandigheden niet onverenigbaar met art. 10 en 11 Grondwet.¹³¹

¹²¹ Arbitragehof, arrest nr. 22/99, 24 februari 1999, *B.S.* 30 april 1999 (derde uitgave), overweging B.12; Arbitragehof, arrest nr. 32/99, 17 maart 1999, *B.S.* 19 juni 1999, overweging B.8.

¹²² Cass. 16 november 1994, *Arr. Cass.* 1994, 964; Cass. 1 februari 1995, *R.W.* 1996-97 (verkort), 741, met noot A. VANDEPLAS.

¹²³ Ook volgens het Hof van Cassatie is dit een algemeen rechtsbeginsel: Cass. 16 maart 1988, *J.L.M.B.* 1988, 661; Cass. 16 september 1998, *A.J.T.* 1998-99, 207.

¹²⁴ Arbitragehof, arrest nr. 153/2001, 28 november 2001, *B.S.* 12 februari 2002, overweging B.7. Zie ook C. DENEVE, «De administratieve geldboeten en de rechten van verdediging», *T.S.R.* 1997, 309.

¹²⁵ Arbitragehof, arrest nr. 40/97, 14 juli 1997, *B.S.* 21 augustus 1997, overweging B.6.2; Arbitragehof, arrest nr. 45/97, 14 juli 1997, *B.S.* 26 augustus 1997, overweging B.6.2; Arbitragehof, arrest nr. 153/2001, 28 november 2001, *B.S.* 12 februari 2002, overweging B.9.

¹²⁶ Arbitragehof, arrest nr. 127/2000, 6 december 2000, *B.S.* 31 december 2000, overwegingen B.11.2 tot B.11.6; Arbitragehof, arrest nr. 153/2001, 28 november 2001, *B.S.* 12 februari 2002, overwegingen B.7 tot 8.10.

¹²⁷ Arbitragehof, arrest nr. 98/99, 15 september 1999, *B.S.* 27 november 1999 (tweede uitgave), overweging B.9.2; Arbitragehof, arrest nr. 77/2001, 7 juni 2001, *B.S.* 25 september 2001 (tweede uitgave), overwegingen B.13 tot B.20 en Arbitragehof, arrest nr. 80/2001, 13 juni 2001, *B.S.* 11 oktober 2001 (tweede uitgave), overwegingen B.13 tot B.20.

¹²⁸ Zie bv. de vergelijkingen die het Arbitragehof doorvoerde tussen de rechtsprocedures voor fiscale geschillen en betwistingen van andere bestuurshandelingen (Arbitragehof, arrest nr. 123/2001, 10 oktober 2001, *B.S.* 13 november 2001 (derde uitgave), overwegingen B.2 tot B.5; tussen de vervolging van douane-overtredingen en andere misdrijven (Arbitragehof, arrest nr. 40/2000, 6 april 2000, *B.S.* 11 mei 2000 (tweede uitgave), overweging B.6.2; Arbitragehof, arrest nr. 43/2001, 29 maart 2001, *B.S.* 9 juni 2001, overweging B.2.2); en – al iets minder soepel – tussen straf- en tuchtvervolgingen (Arbitragehof, arrest nr. 54/2001, 8 mei 2001, *B.S.* 23 mei 2001, overwegingen B.18.1 tot B.18.5).

¹²⁹ Arbitragehof nr. 40/97, 14 juli 1997, *B.S.* 21 augustus 1997, overw. B.7.1 en B.7.2; Arbitragehof nr. 45/97, 14 juli 1997, *B.S.* 26 augustus 1997, overw. B.7.1 en B.7.2.

¹³⁰ Arbitragehof, arrest nr. 128/99, 7 december 1999, *B.S.* 2 maart 2000 (tweede uitgave), overwegingen B.8 en B.9.

¹³¹ Arbitragehof, arrest 127/2000, 6 december 2000, *B.S.* 31 december 2000, overwegingen B.11.2 tot B.11.6; Arbitragehof, arrest nr. 153/2001, 28 november 2001, *B.S.* 12 februari 2002, overweging B.8.3.

F. De rechtsbeschermingspuzzel

39. De rechtsbescherming die een «administratief» vervolgd geniet, heeft veel weg van een slecht gesneden puzzel, samengesteld uit specifieke regelen eigen aan de sanctie of de betrokken sector, algemene (bestuursrechtelijke) wetgeving, algemene rechtsbeginselen (o.m. beginselen van behoorlijk bestuur en algemene strafrechtsbeginselen) en internationale normen. Dit samenspel verloopt uiteraard niet altijd zeer harmonisch: het gebrek aan afstemming heeft onvermijdelijk overlappingsen, tegenstrijdigheden en hiaten tot gevolg, welke problemen zoveel als mogelijk moeten worden opgelost met een «rechtsbeschermende» interpretatie van de toepasselijke regelen. Een belangrijk uitgangspunt is hierbij de «voorrang aan de ruimste bescherming».¹³²

Een mooi voorbeeld van dergelijke overlappingsen en tegenstrijdigheden betreft de toepassing van de *non bis in idem*-regel, vervat in een algemeen rechtsbeginsel en in art. 14.7. I.V.B.P.R. Hiervoor kan worden verwezen naar onze recente studie hierover.¹³³

IV. BESLUIT: NAAR EEN ALGEMENE WET OVER DE RECHTSBESCHERMING BIJ ADMINISTRatieve SANCTIES?

40. Het gebrek aan definitie van het begrip «administratieve sanctie» en de op diverse plaatsen hierboven geconstateerde onzekerheden over de toepasselijkheid en de toepassingsgevolgen van internationale normen en algemene strafrechtsbeginselen, geven al bij al een weinig fraai beeld van de huidige toestand van rechtshandhaving door administratieve sancties. Hierbij mag evenwel niet de grote verdienste van de rechtspraak – op alle niveaus – worden vergeten die, zij het noodzakelijkerwijze enigszins fragmentair en binnen bepaalde grenzen, de rechtsbescherming bij administratieve bestraffing geleidelijk vorm geeft. Met name de jurisprudentiële constructie van de volle rechtsmacht is een van de meest ingrijpende ontwikkelingen van de laatste decennia op het gebied van de verhouding der machten in de staatsstructuur. Men kan het bijna een – gelukkige – machtsgreep noemen, een herpositionering van de rechter in een maatschappij waarin de overheid, de uitvoerende macht, de administratie, een steeds dominantere rol speelt. Het

¹³² Zie art. 53 E.V.R.M. en art. 5, § 2 I.V.B.P.R. Zie ook Arbitragehof, arrest nr. 33/94, 26 april 1994, *B.S.* 22 juni 1994, overweging B.8 (art. 6.1 E.V.R.M. moet noodzakelijkerwijze in die zin worden geïnterpreteerd dat het de rechten die het interne recht waarborgt, niet beperkt noch eraan afbreuk doet (overweging B.8); Cass. 8 juni 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 582 (art. 6.3.c E.V.R.M. en 14.3.d I.V.B.P.R. hebben rechtstreekse werking in de interne rechtsorde en voorrang op de minder gunstige bepalingen van het interne recht).

¹³³ J. PUT, «Bis, sed non idem. Een denkoefening over de toepassing van het *non bis in idem*-beginsel op de cumulatie van administratieve en strafsancities», *R.W.* 2001-02, 937-949.

principe is nu verworven; het is aan de rechtspraak om de contouren en gevolgen ervan nog duidelijker vast te leggen.

Nu is echter de wetgever aan zet om de wildgroei van afzonderlijke regelingen van administratieve sancties en de groeiende rechtsonzekerheid tegen te gaan.

De evolutie van de handhaving door administratieve sancties geeft weinig hoop aan degenen die het systeem als zodanig in vraag stellen en een terugkeer voorstaan van de rechterlijke handhaving. De voordelen van de administratieve handhaving zijn immers, gezien vanuit de wetgever en het bestuur, te groot en het geloof in efficiënte rechterlijke handhaving te beperkt. Er is wel een gelukkige evolutie voor degenen die een kaderwet voorstaan, met de invoering van art. 119bis Nieuwe Gemeentewet voor wat de gemeentelijke administratieve sancties betreft. Deze weg moet verder worden gegaan. De federale overheid moet van haar residuaire bevoegdheid gebruik maken om een kaderwet uit te werken waarin de basiswaarborgen van de administratieve rechtshandhaving worden bepaald, rekening houdend met de evoluties in de Europese en Belgische rechtspraak, met voorstellen in de rechtsleer¹³⁴ en met een aantal wetgevende voorbeelden (bv. Wet Administratieve Geldboeten,¹³⁵ art. 119bis Nieuwe Gemeentewet of Nederlandse initiatieven als het Voorontwerp voor de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht of de regeling betreffende boeten en maatregelen in het Nederlandse socialezekerheidsrecht).

Minstens de definitie en mogelijke vormen van administratieve sancties, de essentiële waarborgen tijdens de sanctieprocedure, de inhoudelijke garanties op het gebied van rechtsbescherming, de specifieke elementen van rechterlijke controle en de verhouding tussen administratieve bestraffing en andere handhavingssystemen, vooral het strafrechtelijke, moeten hierin worden uitgeklaard. Vervolgens moeten, bijvoorbeeld via een analoge bepaling aan art. 11 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen, de beginselen van deze kaderwet dwingend worden opgelegd voor alle soorten administratieve sancties op alle niveaus. Op deze manier, en rekening houdend met de specificiteit van bestuurlijke handhaving, kan worden gekomen tot een evenwicht tussen rechtsbescherming en efficiëntie.¹³⁶

Prof. dr. Johan PUT
Docent K.U.Leuven

¹³⁴ Voor een overzicht van reeds geformuleerde voorstellen, zie A. ALEN, *l.c.*, in *Liber Amicorum Prof. dr. F. Baeteman*, 418-420. Zie nadien ook nog R. TROOSTERS, *l.c.*, in *Liber Amicorum Jos Troosters*, Brugge, die Keure, 2000, 121.

¹³⁵ A. DE NAUW pleit voor de eenmaking van het geheel van administratiefrechtelijke sanctieprocedures d.m.v. de stelselmatige overname van de principes vervat in deze wet (*l.c.*, *Rev. dr. pén.* 1989, 380-387).

¹³⁶ Vgl. F. MODERNE, «Le pouvoir de sanction administrative en confluent du droit interne et des droits européens», *Rev. fr. dr. adm.* 1997, 1.

RECHTSHANDHAVING DOOR HET ARBITRAGEHOF EN DE RAAD VAN STATE DOOR DE UITOEFENING VAN DE Vernietigingsbevoegdheid: DE POSITIEVE EN NEGATIEVE BIJDRAGE AAN DE RECHTSVORMING

I. PROBLEEMSTELLING

1. Met de oprichting van de Raad van State in 1946 en van het Arbitragehof in 1980 werd in België de «objectieve rechtspraak» geïntroduceerd: de rechtspraak waarin «het proces van de overheidsakte» wordt gevoerd, en die kan uitmonden in de vernietiging van die akte. Daarmee werd meteen openlijk een zekere *rechtsvormende* functie toegekend aan een (weliswaar bijzonder) rechtscollege. Het vernietigen *erga omnes* van een beschikking, reglement of formele wet heeft immers hetzelfde resultaat als het intrekken of soms zelfs het opheffen van die akte door de normerende overheid zelf. Het vernietigingsarrest krijgt voor bepaalde aspecten zélf de aard van een rechtsregel.¹

De vraag of de rechter een *rechtsvormende* functie heeft dan wel louter de wet toepast, is het voorwerp geweest van een lange discussie in de rechtstheorie. Vandaag komt men weliswaar tot het inzicht dat de rechter mee het recht vormt, via diverse interpretatietechnieken, de invulling van open normen, de introductie van rechtsfiguren en de erkenning van algemene rechtsbeginselen.² Toch is men – vaak met verwijzing naar motieven van democratische legitimatie – zelden bereid de consequenties daarvan te trekken en overheerst de invloed van de traditionele leer, die de rechter beschrijft als de loutere «toepasser» of «vinder» van het recht. Dat uit zich onder meer in de regel dat rechterlijke uitspraken «declaratoir» en dus terugwerkend zijn – de rechter past volgens de traditionele leer immers slechts de wet toe zoals die steeds heeft geluid –, ook indien die uitspraken een ommekeer in de rechtspraak bewerkstelligen.³

3. In de objectieve rechtspraak is dat anders. Rechtscolleges in het domein van de objectieve geschillenbeslechting hebben gewoonlijk de bevoegdheid van de wetgever gekregen om de werking van hun uitspraken in de tijd te

¹ F. DEBAEDTS, «Beschouwingen over het gezag van gewijsde van arresten van het Arbitragehof», in *Publiek recht, ruim bekeken*, Antwerpen, Maklu, 1994, 164.

² Zie reeds W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, derde uitgave, 1976, 167 p.; zie ook o.m. N. GEELHAND, «Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.* 1989, 968-970.

³ Zie voor een uitgebreide en kritische analyse O.A. HAAZEN, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer, Kluwer, 2001, 93-140. Zie eveneens kritisch: M. ADAMS, «De retroactieve werking van wijzigingen in de rechtspraak. Naar een systeem van rechterlijk overgangsrecht?», in *De retroactiviteit van rechtsregels*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1998, 23-38; C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 338-341; C. BERX en J. MEEUSEN, «Het internationaal huwelijksvermogensrecht en de problematiek van het overgangsrecht», *R.W.* 1996-97, 752; N. GEELHAND, *l.c.* 968-970 en P. POPELIER, «Het verval van het recht op planschadevergoeding. Van wettelijk naar rechterlijk overgangsrecht», *C.D.P.K.* 2001, afl.4.

temperen.⁴ Voor het Arbitragehof staat dat ingeschreven in art. 8, tweede lid, Bijzondere Wet Arbitragehof. In de ge-coördineerde wetten op de Raad van State werd het pas ingevoegd in 1996 (art. 14^{ter}), maar ook voordien hield de Raad van State reeds rekening met bepaalde gevolgen die waren voortgekomen uit een vernietigde handeling. De Raad wees er immers op dat een vernietigingsarrest niet kan werken als een soort «tijdmachine».⁵

De vraag rijst of de rechtvormende rol van het Arbitragehof en de Raad van State ook niet op andere manieren tot uiting komt en soms verder gaat dan wat de wetgever beoogde. Bij de hier volgende bespreking luidt de centrale vraagstelling: geeft de vernietigingsbevoegdheid van respectievelijk het Arbitragehof en de Raad van State, afdeling administratie, aanleiding tot een louter negatieve bijdrage aan de rechtsvorming (het doen wegvallen van een norm uit de rechtsorde)⁶ of ook tot een positieve bijdrage (iets toevoegen aan het regelbestel)?

II. HET ARBITRAGEHOF⁷

4. Het Arbitragehof kan wetten, decreten en ordonnanties toetsen aan de bevoegdheidsverdelende bepalingen tussen de federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, aan art. 10 en 11 G.W. (gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel) en aan art. 24 G.W. (rechten en vrijheden in verband met onderwijs). Het kan gaan om hetzij een prejudiciële vraag, gesteld door een rechtscollege, hetzij een vernietigingsberoep, eventueel gepaard met een verzoek tot schorsing. Indien het Arbitragehof een strijdigheid vaststelt, zal in het ene geval het rechtscollege een arrest vellen waarin de onrechtmatigheid wordt vastgesteld, in het andere geval de aangevochten bepaling(en) vernietigen.

In wat volgt zal eerst worden onderzocht welke gevolgen de wetgever heeft gehecht aan een vernietigingsarrest van het Arbitragehof. Vervolgens zal worden betoogd dat het Arbitragehof een positieve bijdrage levert aan de rechtsvorming door a) de handhaving van de gevolgen van vernietigde bepalingen, b) de gedeeltelijke vernietiging van een bepaling, c) de verwerping onder voorbehoud van interpretatie en d) de vaststelling van een ongrondwettige lacune in de wetgeving. Een omvattende bespreking is niet mogelijk binnen de beperkingen (qua omvang) van deze opdracht. De

⁴ O.A. HAAZEN, *o.c.* 79.

⁵ R.v.St., Tibax, nr. 20.599, 30 september 1980.

⁶ Zie ook H. SIMONART, *La Cour d'Arbitrage*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 197: «L'effet principal d'un arrêt d'annulation est de nature négative. La signification première d'un tel arrêt se limite à cela». Zie eveneens H. SIMONART, «Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage», in R. ANDERSENE.a., *La Cour d'arbitrage – Actualité et perspectives*, Brussel, Bruylant, 1988, 174.

⁷ Door prof. dr. P. POPELIER.

selectie wordt gemaakt in functie van de centrale vraagstelling. De klemtoon ligt op de vernietigingsarresten, maar waar nodig worden ook de prejudiciële uitspraken bij het onderzoek betrokken.

A. De negatieve bijdrage aan de rechtsvorming door de vernietigingsbevoegdheid

1° Het «absoluut» gezag van gewijsde

5. Art. 9, § 1, Bijzondere Wet Arbitragehof kent aan de vernietigingsarresten van het Arbitragehof een «absoluut gezag van gewijsde» toe. De wetgever was zich ervan bewust dat hij daarmee ook een rechtsvormende bevoegdheid toe-kende aan het Arbitragehof. In de parlementaire voorbereiding is als verklaring terug te vinden dat een arrest waarbij een wetsbepaling wordt vernietigd, een «negatieve wetgevende handeling» is, zodat de inwerkingtreding afhankelijk moet worden gemaakt van dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor een wetsbepaling.⁸ Om die reden zegt art. 9, § 1, Bijzondere Wet Arbitragehof dat de vernietigingsarresten van het Arbitragehof een «absoluut gezag van gewijsde» hebben «vanaf hun bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*». Over deze miskenning van het wezen van het gezag van gewijsde – dat een kenmerk is van de rechterlijke uitspraak zelf – worden in de rechtsleer wel opmerkingen gemaakt, maar er wordt niet echt over gevallen, op voorwaarde dat het arrest spoedig wordt bekendgemaakt.⁹ Wanneer het Arbitragehof de *ratio legis* van art. 20, 2°, Bijzondere Wet Arbitragehof (schorsing van een bepaling die identiek is met een reeds vernietigde bepaling) echter verduidelijkt met verwijzing naar het gezag van gewijsde, neemt het wel fijntjes de dag van de uitspraak van het arrest en niet die van de bekendmaking als criterium.¹⁰

6. De gelding *erga omnes* betekent dat zowel burgers als rechters en overheden gebonden zijn, niet alleen door het beschikkend gedeelte van het arrest, maar ook door de in de motieven beslechte rechtspunten die onverbrekkelijk verbonden zijn met het beschikkend gedeelte.¹¹ Rechtssubjecten zijn niet meer gehouden tot naleving van de wetsbepalingen die vernietigd zijn en kunnen geen aanspraak meer maken op eventuele voordelen die daarin worden toegekend. Rechtscolleges kunnen geen toepassing meer maken van die wetsbepalingen. De overheid kan niet optreden indien geen bijkomende rechtsgrond gevonden kan worden in een andere wetsbepaling. Een prejudiciële vraag over een vernietigde wetsbepaling is zonder voorwerp.¹²

⁸ *Hand. Senaat*, 28 april 1983, p. 1839.

⁹ Zie E. KRINGS, «Beschouwingen over de gevolgen van de door het Arbitragehof gewezen arresten», *R.W.* 1985-86, 487.

¹⁰ Arbitragehof nr. 67/96, 28 november 1996, *B.S.* 10 december 1996, *R.W.*, 1996-97, 1324; de toepassing van art. 20, 2°, Bijzondere Wet Arbitragehof wordt afgewezen, omdat op het ogenblik waarop de nieuwe bepaling werd aangenomen, de vorige, identieke norm nog niet door het Hof was «vernietigd» en het gezag van gewijsde derhalve niet geschonden; mocht de wetgever gevolgd zijn, zou er gestaan moeten hebben dat op dat ogenblik «het vernietigingsarrest nog niet was bekendgemaakt».

¹¹ F. DEBAEDTS, *l.c.* 165; A. VAN OEVELEN en P. POPELIER, *De gevolgen van onrechtmatige wetgeving in het Belgische recht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, 34; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 326-327.

Het Arbitragehof verwacht bovendien dat de wetgever de gegevens op grond waarvan de vernietigde bepaling is tot stand is gekomen, opnieuw onderzoekt. Dat kan verantwoord zijn dat een verzoeker belang heeft bij een vernietigingsberoep, ook al gaat bij vernietiging de oude bepaling met hetzelfde gebrek herleven;¹³ het kan zelfs de mildering van de terugwerkende kracht van het vernietigingsarrest verantwoorden.¹⁴

7. Dat de eerbiediging van het gezag van gewijsde bovendien betekent dat de wetgever niet opnieuw eenzelfde of analoge wetsbepaling mag uitvaardigen, werd met betrekking tot het Arbitragehof door sommige rechtsleer ont-kend,¹⁵ maar werd wel door het Arbitragehof zelf bevestigd.

Debaedts heeft op overtuigende wijze de onhoudbaarheid aangetoond van de argumenten waarop Simonart zijn stelling steunde dat de wetgever opnieuw dezelfde wetsbepaling zou mogen uitvaardigen.¹⁶ Interessant daarin is de vaststelling dat de gevolgen van een vernietigingsbevoegdheid uiteindelijk neerkomen op een *injunctie*-bevoegdheid,¹⁷ wat het louter negatieve aspect van de vernietigingsbevoegdheid reeds relativeert.

Overigens bepaalt art. 20, 2°, Bijzondere Wet Arbitragehof dat tot schorsing kan worden besloten «als een beroep is ingesteld tegen een norm die identiek is met een reeds door het Arbitragehof vernietigde norm en die door dezelfde wetgever is aangenomen». Die schorsingsgrond lijkt een erkenning van de stelling dat de wetgever in dat geval het gezag van gewijsde heeft geschonden.¹⁸ Dat beaamt ook het Arbitragehof: «De bijzondere wetgever heeft met art. 20, 2°, beoogd te waarborgen dat het miskende gezag van een arrest van het Arbitragehof onmiddellijk kan worden hersteld, mocht een wetgever na de vernietiging van een van zijn normen een identieke norm aannemen».¹⁹ Om die reden is het voor een schorsing op die grond niet voldoende dat de wetgever een identieke bepaling heeft aangenomen. Er zijn nog enkele cumulatieve voorwaarden: de nieuwe bepaling moet zijn aangenomen nadat de vorige bepaling werd vernietigd²⁰ en het hernemen van de vernietigde bepaling moet gebeuren met schending van de vernietigingsgrond.²¹

Het Arbitragehof heeft de schending van het gezag van gewijsde door de wetgever die een inhoudelijk dezelfde bepaling aanneemt na een vernietigingsarrest, nadien ook erkend als een grond tot vernietiging.²²

¹² Vaste rechtspraak, zie o.m. Arbitragehof nr. 13, 25 maart 1986, *B.S.* 17 april 1986; Arbitragehof nr. 17/93, 4 maart 1993, *B.S.* 29 mei 1993; Arbitragehof nr. 23/98, 10 maart 1998, *B.S.* 15 mei 1998; Arbitragehof nr. 80/99, 30 juni 1999, *B.S.* 24 november 1999.

¹³ Arbitragehof nr. 75/98, 24 juni 1998, *B.S.* 7 juli 1998.

¹⁴ Arbitragehof nr. 43/97, 14 juli 1997, *B.S.* 26 juli 1997 en nr. 66/98, 10 juni 1998, *B.S.* 24 juni 1998.

¹⁵ H. SIMONART, *o.c.* 197-198 en «Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage», in *La Cour d'arbitrage. Actualité et perspectives*, Brussel, Bruylant, 1988, 174-175 aanvaardt het niet; J. VELAERS, *o.c.*, 329 enkel op grond van het principe van de «*Bundestreu*».

¹⁶ F. DEBAEDTS, *l.c.*, 167-169.

¹⁷ *Ibid.*, 168; zie ook H. SIMONART, *l.c.* 174.

¹⁸ *Ibid.*, 170.

¹⁹ Arbitragehof nr. 67/96, 28 november 1996, *B.S.* 10 december 1996, *R.W.*, 1996-97, 1324.

²⁰ *Ibid.*

2^o De principiële terugwerkende kracht

8. Vernietigingsarresten hebben in principe terugwerkende kracht tot het ontstaan van de vernietigde bepaling, omdat de wetgever de ongrondwettigheid zag als een gebrek dat aan de norm kleefte vanaf haar oorsprong.²³ Dit gaat niet meer noodzakelijk op voor alle ongrondwettigheden sinds het Arbitragehof de bevoegdheid heeft om ook aan het gelijkheidsbeginsel te toetsen: de uitslag van die test kan immers variëren met relevante evoluties in het verloop van de tijd.²⁴ De erkenning van het regelgevend effect van een vernietiging maakt het wel mogelijk dat de rechter de werking in de tijd moduleert, wat verder nog wordt besproken.

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd ook de gedachte gevormd dat een vernietiging *ex tunc* minder een «daad van wetgeving» zou zijn dan de vernietiging *ex nunc*.²⁵ Die redenering kan echter niet worden gevolgd. Het laten verdwijnen van een wet uit de rechtsorde komt qua resultaat neer op een daad van wetgeving; indien dit gepaard gaat met een retroactieve werking, is die handeling zelfs méér verstrekkend dan bij een opheffing of vernietiging *ex nunc*.

9. Het Arbitragehof zelf zegt dat «de vernietigde handeling wordt geacht in rechte nooit te hebben bestaan».²⁶ Dat klinkt als een fictie, omdat men in werkelijkheid met een juridische handeling als de vernietiging niet kan bewerkstelligen dat het verleden wordt overgedaan, met wijziging van één factor, door het weghalen van de wet of de wetsbepalingen die achteraf zijn vernietigd. Goed beschouwd heeft de vernietigde handeling wel degelijk bestaan, ze heeft enkel *niet geldig* bestaan.

²¹ Arbitragehof nr. 38/2001, 13 maart 2001, *B.S.* 9 juni 2001. De wetgever kan zonder problemen een bepaling hernemen, indien de eerdere vernietiging gebeurde omdat de wetgever K.B.'s had bekrachtigd die zonder uitdrukkelijke machtiging door een bijzondere machtenwet een aangelegenheid regelden die door de Grondwet aan de wetgever was voorbehouden.

²² Arbitragehof nr. 22/98, 10 maart 1998, *B.S.* 10 april 1998, *R.W.*, 1998-99, 431. Zie ook R. MOERENHOUT, «Bijzondere Wet 6 januari 1989, Art. 9», in *Publiek Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 17.

²³ E. KRINGS, *l.c.* 489-490; J. VELAERS, *o.c.* 295-296 en H. SIMONART, *o.c.* 195. Zie het advies van J. VELU in *Parl. St. Senaat*, 1981-1982, nr. 246/2, bijlage III, p. 417; Aanvullend Commissieverslag, *Parl. St. Senaat* 1983-1984, nr. 579/3, p. 5.

²⁴ Zie P. POPELIER, «Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak», T.P.R. 1995, 1062 met als voorbeeld Arbitragehof nr. 56/93, 8 juli 1993, *B.S.* 27 augustus 1993.

²⁵ Commissieverslag, *Parl. St. Senaat* 1981-1982, nr. 246/2, p. 82. Zie ook J. VELAERS, *o.c.* 296 en de verwijzingen aldaar naar de parlementaire voorbereiding.

²⁶ Zie o.m. Arbitragehof nr. 13, 25 maart 1986, *B.S.* 17 april 1986; Arbitragehof nr. 18, 20 mei 1986, *B.S.* 12 juni 1986; Arbitragehof nr. 19, 12 juni 1986, *B.S.* 24 juni 1986; Arbitragehof nrs. 20, 21, 22 en 23, 25 juni 1986, *B.S.* 10 juli 1986; Arbitragehof nr. 18/98, 29 juni 1989, *B.S.* 15 juli 1989; Arbitragehof nr. 11/92, 13 februari 1992, *B.S.* 26 maart 1992. Zie eveneens Commissieverslag, *Parl. St. Senaat* 1981-1982, nr. 246/2, p. 41; Cass. 29 september 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 125 en Cass. 27 oktober 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 272. Zo wordt het ook geformuleerd door F. DEBAEDTS, «Beschouwingen over het gezag van gewijsde van arresten van het Arbitragehof», *l.c.* 162.

De retroactieve verdwijning uit de rechtsorde betekent dan dat vanaf de uitspraak – volgens art. 9, § 1, Bijzondere Wet Arbitragehof vanaf de bekendmaking van het vernietigingsarrest in het Belgisch Staatsblad²⁷ – geen gevolgen meer kunnen worden gehecht aan die wetsbepaling, dat vanaf dat moment ook handelingen die voordien hun grondslag vonden in de vernietigde wetsbepaling hun rechtsgrond verliezen en dat wetsbepalingen die werden opgeheven door de vernietigde wet, wel weer gevolgen hebben.

10. Handelingen die voordien hun grondslag vonden in de vernietigde wetsbepaling, verliezen hun rechtsgrond.²⁸ Dat maakt deze handelingen nog niet meteen onbestaande.²⁹ Zij kunnen wél opnieuw worden bekeken. De bijzondere wet opent hiervoor beroepsmogelijkheden voor handelingen die in principe «definitief» zijn geworden: beslissingen van burgerlijke en strafrechtelijke rechtscolleges en van de Raad van State die in kracht van gewijsde zijn getreden, en handelingen en verordeningen van bestuursorganen waarvoor de normale beroepstermijn van zestig dagen voor de Raad van State is verstreken. In het eerste geval is een vordering tot intrekking mogelijk; in het tweede geval staat een nieuwe beroepstermijn van zes maanden open.

11. In de rechtsleer wordt aangenomen en door het Arbitragehof werd bevestigd dat wetsbepalingen die werden opgeheven door de vernietigde wet, opnieuw herleven, tenzij ze uitdrukkelijk werden opgeheven.³⁰ Dit vloeit voort uit de fictie die gewoonlijk wordt aangenomen dat de vernietigde rechtsregel wordt geacht «nooit te hebben bestaan». Goed beschouwd vermag het Arbitragehof echter zo wat de wetgever zelf in principe niet doet bij een opheffing:³¹ een uit de rechtsorde verdwenen rechtsregel terughalen. De wetgever had er nochtans voor geopteerd die regel niet meer te laten gelden.

B. De positieve bijdrage aan de rechtsvorming door de vernietigingsbevoegdheid

1^o De handhaving van de gevolgen van de vernietigde bepalingen

12. Art. 8, tweede lid, Bijzondere Wet Arbitragehof luidt: «Zo het Hof dit nodig oordeelt wijst het, bij wege van algemene beschikking, die gevolgen van de vernietigde bepalingen aan welke als gehandhaafd moeten worden beschouwd of voorlopig gehandhaafd worden voor de termijn

²⁷ Zie kritisch F. DEBAEDTS, *l.c.* 163 en R. MOERENHOUT, «Bijzondere Wet 6 januari 1989 Art. 9», in *Publiek Procesrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 9.

²⁸ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Senaat* 1981-1982, nr. 246/1, p. 6 en Commissieverslag, nr. 246/2, p. 41.

²⁹ Zie hierover ook het advies van de Raad van State, afdeling wetgeving, van 31 augustus 1983, *Parl. St. Senaat*, 1983-1984, nr. 579/1, p. 11-13 en het Aanvullend Commissieverslag, nr. 579/3, p. 8-9.

³⁰ H. SIMONART, *o.c.* 198, en *l.c.* 176; J. VELAERS, *o.c.* 296-297. Zie Arbitragehof nr. 28/93, 1 april 1993, *B.S.* 7 mei 1993 en Arbitragehof, nr. 13/2000, 2 februari 2000, *B.S.* 11 maart 2000.

³¹ De opheffing van een bestaande opheffingsbepaling maakt de opgeheven tekst niet opnieuw van kracht: Cass. 11 april 1932, *Pas.* 1932, I, 125; Cass. 4 juli 1949, *Pas.* 1949, I, 497; Cass. 29 oktober 1957, *Pas.* 1958, I, 215; R.v.St. Colman, nr. 14.429, 7 januari 1971.

die het vaststelt».³² Die bepaling kan als effect een mildering hebben van de principieel terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest.

13. Het Arbitragehof bepaalt dat vernietigde bepalingen toch hun voorgeschreven rechtsgevolg kunnen sorteren en dat (bestuurs)handelingen en rechterlijke beschikkingen die deze bepalingen als rechtsgrond hadden, rechtsgeldig kunnen blijven bestaan of toch niet meer kunnen worden aangevochten wegens het verlies van hun rechtsgrond. De bedoeling is de rechtsonzekerheid te beperken die kan ontstaan doordat een bepaling terugwerkend wordt vernietigd, terwijl die bepaling intussen wel degelijk heeft bestaan en gevolgen heeft gesorteerd.³³ Art. 8, tweede lid, Bijzondere Wet Arbitragehof zegt niet dat de vernietigde bepalingen *zelf* als gehandhaafd kunnen worden beschouwd; het zegt wel dat het Arbitragehof de *gevolgen* kan aanduiden die als definitief of voorlopig gehandhaafd kunnen worden beschouwd.³⁴ Goed beschouwd wordt het arrest van het Arbitragehof zelf de juridische grondslag voor die gevolgen; de bepalingen van de wet zijn immers vernietigd.³⁵ Het Arbitragehof formuleert het ook zo dat de vernietiging het verlies meebrengt van een *wettelijke* grondslag, ter verzachting waarvan het Arbitragehof de gevolgen kan aanduiden die gehandhaafd worden.³⁶

14. Het Arbitragehof oordeelt *zelf of* het gevolgen handhaaft, om welke bepalingen of aangelegenheden het gaat en voor welke periode de gevolgen worden gehandhaafd. De beslissing van het Arbitragehof is dan geïnspireerd door beleidsoverwegingen, die rekening houden met de concrete gevolgen van een vernietiging en oog hebben voor argumenten als rechtszekerheid, de continuïteit of de doelstellingen van een beleid, de economische of de administratieve en financiële gevolgen van een vernietiging.³⁷ Tijdens de parlementaire voorbereiding werd er kritiek geuit op het feit dat het om een opportuniteitsbeslissing gaat, precies wegens de quasi-wetgevende draagwijdte ervan.³⁸

In de rechtsleer bestaat er discussie over het antwoord op de vraag of ook nieuwe gevolgen kunnen worden gehandhaafd, met andere woorden, of ook na de publicatie van het vernietigingsarrest nog nieuwe rechtshandelingen geldig kunnen tot stand komen met als grondslag de vernietigde

³² Zie voor een uitvoerige analyse van die bepaling R. MOERENHOUT, *l.c.*, 32-50.

³³ Memorie van Toelichting, Parl. St. Senaat 1981-1982, nr. 246/1, p. 6-7 en Commissieverslag, nr. 246/2, p. 41 en 52. Zie ook M.-F. RIGAUX, «L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée», *J.T.* 1986, 590.

³⁴ Zie ook met nadruk S. MOUREAUX en J.-P. LAGASSE, *La Cour d'arbitrage*, Brussel, Larcier, 1984, 70.

³⁵ Zo ook *ibid.* 590. Vgl. ook E. KRINGS, *l.c.* 490: «De vernietiging retroageert dus, maar sommige gevolgen van de vernietigde beschikking mogen niettemin blijven bestaan». H. SIMONART, *o.c.* 212-213 daarentegen ziet het als een fictie: handelingen die hun rechtsgrond kwijt zijn, worden beschouwd alsof ze toch een rechtsgrond hebben, of nog: het Arbitragehof beslist dat die handelingen hun gebrek aan rechtsgrond niet kan worden verweten.

³⁶ Arbitragehof nr. 43/97, 14 juli 1997, *B.S.* 26 juli 1997.

³⁷ Zie voor een uitvoerige bespreking R. MOERENHOUT, *l.c.* Art. 8-32-38.

³⁸ Zie J. VELAERS, *o.c.* 320 en de verwijzingen naar de parlementaire voorbereiding aldaar.

bepaling, of liever, het arrest zelf dat de gevolgen handhaaft.³⁹ Het Arbitragehof heeft zich alleszins in enkele gevallen bevoegd geacht om ook nieuwe gevolgen van een vernietigde bepaling voorlopig te handhaven.⁴⁰

15. Het Arbitragehof kan niet met zoveel woorden een nieuwe regeling in de plaats stellen van de vernietigde bepalingen. Er is wel een interactie mogelijk met de wetgever. De mogelijkheid om de gevolgen van een vernietiging niet definitief maar slechts *voorlopig* te behouden, tot een bepaalde datum die het Arbitragehof zelf vaststelt, is daarvoor bedoeld. Het Hof kan daarmee de wetgever aansporen om binnen die termijn een nieuwe regeling uit te werken.⁴¹

2° De gedeeltelijke vernietiging van een bepaling

16. Art. 8 Bijzondere Wet Arbitragehof geeft het Arbitragehof de bevoegdheid om een wet, decreet of ordonnantie geheel of *ten dele* te vernietigen. Dat betekent dat het Arbitragehof niet noodzakelijk de gehele regeling vernietigt, maar (meestal) slechts een specifieke bepaling of zelfs een onderdeel van die bepaling, zoals een zinsnede of enkele woorden. Een variatie op de gedeeltelijke vernietiging is de gemoduleerde vernietiging, waarbij het Arbitragehof slechts vernietigt vanuit een bepaalde invalshoek.⁴² Dat het Arbitragehof hierdoor in feite de wetgeving wijzigt en zodoende een positieve bijdrage aan de rechtvorming levert, illustreren de volgende voorbeelden.

17. Moerenhout merkt op dat een gemoduleerde vernietiging in het bijzonder voorkomt om «aspecten van de bestreden norm te vernietigen die de norm *ratione loci*, *ratione temporis* of *ratione materiae* ongrondwettig maken; mits dat enkele aspect wordt vernietigd, kan de bestreden norm voor het overige haar gelding behouden».⁴³

De modulering bij een ongrondwettigheid *ratione loci* is het meest onschuldig. Een bepaling wordt in dat geval slechts vernietigd «in de mate dat» zij door territoriale bevoegdheidsoverschrijding is aangetast.⁴⁴ Het Arbitragehof wijzigt zo het toepassingsgebied *ratione loci*, maar daardoor

³⁹ P. BERCKX, *Het Arbitragehof en de gevolgen van zijn vernietigende arresten*, Kortrijk-Heule, UGA, 1986, 190 en J. VELAERS, *o.c.* 319-320 en 322-323 achten het Arbitragehof er niet toe bevoegd; H. SIMONART, *o.c.*, 214 en M.-F. RIGAUX in de bijdrage van H. SIMONART, *l.c.* 196 wél; R. MOERENHOUT, *l.c.* 41-43 verbindt er drie voorwaarden aan.

⁴⁰ Arbitragehof nr. 2/92, 15 januari 1992, *B.S.* 28 februari 1992; Arbitragehof nr. 43/97, 14 juli 1997, *B.S.* 26 juli 1997; Arbitragehof nr. 66/98, 10 juni 1998, *B.S.* 24 juni 1998.

⁴¹ Zie J. VELAERS, *o.c.* 322-324 en de verwijzingen naar de parlementaire voorbereiding aldaar. H. SIMONART en D. RENDERS, «La Cour d'arbitrage et les chambres législatives», in *Regards croisés sur le Cour d'arbitrage*, Brussel, Bruylant, 1995, 50 formuleren het als een «impliciete uitnodiging aan de wetgever», wat wellicht een eufemisme is, gezien de harde gevolgen indien de wetgever niet ingaat op die «uitnodiging»: handelingen die voorlopig rechtsgeldig bleven, verliezen hun grondslag.

⁴² Hierover R. MOERENHOUT, *l.c.* Art. 8 - 10-14.

⁴³ *Ibid.*, 8-11.

⁴⁴ Voor voorbeelden, zie R. MOERENHOUT, *l.c.* Art. 8-12. Soms gebeurt het omgekeerd: een bepaling wordt vernietigd «behoudens in zoverre» ze niet door een ongrondwettigheid *ratione loci* is aangetast.

verhindert het, mét de grootst mogelijke eerbiediging van wat de wetgever heeft gewild, een meer radicale vernietiging.

18. De gemoduleerde vernietiging *ratione temporis* is meer illustratief.⁴⁵ In dat geval voegt het Arbitragehof in feite een overgangsregeling toe, wat in principe het werk is van de wetgever zelf en waarbij het bepalen van data en categorieën waarvoor eventueel een eerbiedigende of uitgestelde werking geldt, gebaseerd zou moeten zijn op zorgvuldige beleidsafwegingen.

Een voorbeeld is het recentste «tabaksreclame-arrest».⁴⁶ Het Arbitragehof vernietigt art. 6 van de wet van 10 december 1997 houdende verbod op de reclame voor tabaksproducten «in zoverre het vóór 31 juli 2003 van toepassing is op de op wereldniveau georganiseerde evenementen en activiteiten». Het bedoelde art. 6 bepaalde slechts: «Deze wet treedt in werking op 1 januari 1999, met uitzondering van artikel 4 dat in werking treedt op de dag van haar bekendmaking in het Belgisch Staatsblad».⁴⁷ In feite vult het Arbitragehof op die wijze de wettelijke regeling aan met een overgangsbepaling – door invoeging van een uitgestelde werking voor bepaalde evenementen –, waarvoor het zelf de datum bepaalt.

19. Ook een gemoduleerde vernietiging *ratione materiae* komt in feite neer op een inhoudelijke amendering door het Arbitragehof. Dit is het minst ingrijpend in de gevallen waarin een te algemeen geformuleerde machtiging aan de uitvoerende macht wordt beperkt tot die aangelegenheden die binnen de bevoegdheidssfeer liggen van de betrokken overheid.⁴⁸ Het is meer rechtstreeks in die gevallen waarin de inhoudelijke draagwijdte van een bepaling wordt verengd. Zo bijvoorbeeld het arrest waarin het Arbitragehof een aantal bepalingen vernietigde van een decreet inzake bijzondere jeugdbijstand, «in zoverre» die bepalingen betrekking hadden op minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hadden gepleegd.⁴⁹

Nog verregaander is de hypothese waarin het voorbehoud het toepassingsgebied van de wet niet beperkt, maar juist *uitbreidt*. Een voorbeeld daarvan is te vinden bij de prejudiciële arresten, waar evengoed een gemoduleerde ongrondwettigheidsverklaring kan voorkomen. Omdat het in dat geval in feite gaat om de vaststelling van een lacune in de wetgeving, wordt het daar besproken.

3^o De verwerping van het beroep onder voorbehoud van interpretatie

20. Het Arbitragehof kan eveneens een rechtvormende rol spelen wanneer het niet vernietigt. Dat is net zoals in het geval waarin een gewone rechter bij subjectieve geschillenbeslechting een bepaling toepast of interpreteert. Door de

⁴⁵ Vb. Arbitragehof nr. 28/92, 2 april 1992, *B.S.* 14 mei 1992; Arbitragehof nr. 47/97, 14 juli 1997, *B.S.* 7 augustus 1997; Arbitragehof nr. 102/99, 30 september 1999, *B.S.* 12 oktober 1999, *R.W.*, 1999-2000, 1086.

⁴⁶ Arbitragehof nr. 102/99, 30 september 1999, *B.S.* 12 oktober 1999, *R.W.* 1999-2000, 1086.

⁴⁷ De bekendmaking in het Belgisch Staatsblad dateert van 11 februari 1998.

⁴⁸ Zie voor voorbeelden R. MOERENHOUT, *l.c.* Art. 8-14.

⁴⁹ Arbitragehof nr. 40/91, 19 december 1991, *B.S.* 17 januari 1992.

keuze van de interpretatie doet de rechter reeds aan rechtvorming. Dat werd in het bijzonder gevoeld bij het arrest-Waleffe, waarbij het Hof van Cassatie de regel neerlegde dat in geval verschillende interpretaties mogelijk zijn, de grondwettige moet worden verkozen boven de ongrondwettige.⁵⁰

Bij het Arbitragehof komt dit bij uitstek tot uiting in de gevallen waarin een vernietigingsberoep wordt verworpen onder voorbehoud van interpretatie. Hierdoor kan een vernietiging worden vermeden, maar krijgt de wet soms wel een andere betekenis dan de wetgever wellicht had bedoeld. Zo in het geval van een van de Carrefour-arresten, waarbij het beroep tegen enkele bepalingen van het decreet van de Franse Gemeenschap van 20 december 1996 werd verworpen «onder het uitdrukkelijk voorbehoud» dat die bepalingen «in geen geval in die zin kunnen worden geïnterpreteerd dat ze toestaan gelijk welk deel van de erin vastgestelde bedragen toe te wijzen aan de steun voor de Franstalige verenigingen van de gemeenten met een speciale taalregeling».⁵¹ Een ander voorbeeld is het arrest over de wetsbepaling die voorziet in het verlies van overheidsdotatie voor een partij die «vijandig staat» tegenover het E.V.R.M. Het Arbitragehof formuleert het voorbehoud dat die bepaling strikt wordt geïnterpreteerd, geen afbreuk mag doen aan de parlementaire immuniteit en niet mag leiden tot het verlies van de dotatie wanneer de partij de geleiding die blijf gaf van vijandigheid, openlijk en duidelijk heeft afgekeurd,⁵² wat meteen nieuwe voorwaarden toevoegt aan de wet.

21. Indien het Arbitragehof het vernietigingsberoep verwerpt onder voorbehoud van interpretatie, blijven de bepalingen die aan zijn oordeel werden onderworpen bestaan in dezelfde formulering. Strikt genomen is elke rechter autonoom in zijn interpretatie. De regel luidt echter dat de rechter een grondwettige interpretatie moet verkiezen boven een ongrondwettige. Bovendien volgt uit het gezag van het verwerpingsarrest van het Arbitragehof dat een rechter die een andersluidende interpretatie aanneemt, de bepaling wegens ongrondwettigheid buiten toepassing moet laten.⁵³

4^o De vaststelling van een ongrondwettige lacune in de wetgeving

22. Een laatste voorbeeld van «rechterlijk activisme» door het Arbitragehof is de hypothese waarin het Hof een wettelijke lacune vaststelt. Alleszins kan een verzoek niet op die manier aanhangig worden gemaakt: overeenkomstig art. 142 G.W. en art. 1 en 19 Bijzondere Wet moet een welbepaalde wetgevende maatregel worden aangevochten, en niet het ontbreken daarvan.⁵⁴ Toch heeft het Arbitragehof reeds enkele malen een wettelijke lacune vastgesteld. Een aangevochten bepaling wordt dan niet op zichzelf ongrondwettig geacht, maar in combinatie met het gelijkheidsbeginsel

⁵⁰ Cass. 20 november 1950, *Arr.Verbr.* 1950, 517.

⁵¹ Arbitragehof nr. 22/98, 10 maart 1998, *B.S.* 10 april 1998.

⁵² Arbitragehof nr. 10/01, 7 februari 2001, *B.S.* 1 maart 2001, *R.W.* 2001-02, 193.

⁵³ R. LEYSEN en J. SMETS, *Toetsing van de wet aan de Grondwet in België*, Zwolle, WEJ Tjeenk Willink, 1991, 85 en voetnoot 474; R. MOERENHOUT, *l.c.* Art. 8-15.

⁵⁴ Arbitragehof nr. 10/92, 13 februari 1992, *B.S.* 14 maart 1992.

wordt de ongrondwettigheid vastgesteld van het ontbreken van een soortgelijke regel voor soortgelijke situaties.⁵⁵

Een andere mogelijkheid, waarbij het Arbitragehof niet uitdrukkelijk een lacune vaststelt, is de hypothese van een gemoduleerde nietigverklaring of ongrondwettigheidsverklaring, die slechts betrekking heeft op wat *niet* door de wetgever werd geregeld. Zo verklaarde het Arbitragehof art. 4, eerste lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten ongrondwettig «in zoverre het art. 88 tot 107 van die wet niet toepasselijk maakt op de bediende die aantoonde dat hij door een arbeidsovereenkomst verbonden is met een werkgever in de sector van de verzekeringen en dat zijn situatie overeenstemt met de wettelijke definitie van de handelsvertegenwoordiger».⁵⁶ Art. 4 Arbeidsovereenkomstenwet was dus niet onrechtmatig wegens de categorieën van bedienden waarop het van toepassing was, maar wegens de categorieën waarop het niet van toepassing was. Dat hierdoor aan rechtschepping wordt gedaan, erkent het Arbitragehof in het arrest nr. 116/99, waarin het stelt dat een dergelijke gemoduleerde ongrondwettigverklaring niet mogelijk is wanneer het gaat om een materie waarvoor de Grondwet een specifiek voorbehoud voor de wetgever voorschrijft.⁵⁷

Een derde variatie is het geval waarin het Arbitragehof een gehele, door wetgeving en jurisprudentie uitgewerkte regeling, of een bepaling in het licht van een gehele regeling, ongrondwettig verklaart.⁵⁸ In het arrest nr. 77/96 verklaart het Hof art. 10 en 11 G.W. geschonden «doordat inzake burgerlijke aansprakelijkheid in het kader van de arbeidsverhoudingen» enerzijds art. 1382 e.v. B.W. het de Belgische Staat mogelijk maken ook voor de lichtste fout een regresvordering in te dienen tegen zijn organen, terwijl anderzijds art. 18 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten die mogelijkheid tot regresvorderingen tegen werknemers beperkt.⁵⁹ Zonder aan die genoemde regelingen zelf te raken, veroordeelt het Hof in feite de ontstentenis van een uitzondering op het algemene aansprakelijkheidsprincipe ten gunste van ambtenaren.

⁵⁵ Arbitragehof nr. 31/96, 15 mei 1996, *B.S.* 25 juni 1996; Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996, *B.S.* 10 juli 1996; Arbitragehof nr. 77/96, 18 december 1996, *B.S.* 8 februari 1997, *R.W.* 1996-97, 1252; Arbitragehof nr. 116/99, 10 november 1999, *B.S.* 29 december 1999 en Arbitragehof nr. 140/2001, 6 november 2001, *B.S.* 22 december 2001. Zie hierover P. POPELIER, «De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling», *R.W.* 1996-97, 1249-1252; P. POPELIER, «De vaststelling door het Arbitragehof van een onrechtmatige lacune in de wetgeving», *T.v.W.* 1999, I-376-378; P. POPELIER, «Lacunes in de wetgeving: het Hof van Cassatie versus het Arbitragehof», *R.W.* 1999-2000, 1134-1136; A. VAN OEVELEN en P. POPELIER, «De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving», in *Publiekrecht, de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 104-105.

⁵⁶ Arbitragehof nr. 72/99, 17 juni 1999, *B.S.* 8 september 1999, *R.W.* 1999-2000, 394.

⁵⁷ Arbitragehof nr. 116/99, 10 november 1999, *B.S.* 29 december 1999.

⁵⁸ Arbitragehof nr. 77/96, 18 december 1996, *B.S.* 8 februari 1997 en nr. 64/2001, 8 mei 2001, *B.S.* 28 juni 2001.

⁵⁹ Arbitragehof nr. 77/96, 18 december 1996, *B.S.* 8 februari 1997.

23. De vraag rijst welke de gevolgen zijn van de vaststelling door het Arbitragehof dat een lacune in de wetgeving onrechtmatig is. Tot nog toe ging het steeds om een antwoord op een prejudiciële vraag. Bij een vernietigingsberoep zou het Hof eventueel het beschikkend gedeelte kunnen formuleren in de vorm van een gemoduleerde vernietiging, in die zin dat vernietigd wordt «in zoverre de wet *niet* van toepassing is op...». Dan nog zou het wat bizar blijven iets te vernietigen wat er niet is. Wellicht zou het Hof hoogstens kunnen vaststellen in het motiverend gedeelte dat niet de aangevochten bepaling zelf, maar enkel de lacune in de wetgeving onrechtmatig is, en in het beschikkend gedeelte de bepaling overeind houden. Hoe dan ook, de problematiek heeft zich tot nog toe enkel voorgedaan bij prejudiciële vragen, zodat enkel de gevolgen daarvan hier besproken worden. Op te merken valt dat in die prejudiciële arresten de onrechtmatigheid van de lacune in het beschikkend gedeelte wordt uitgesproken. In het arrest 140/2001 komt dat niet zo zichtbaar tot uiting, maar de formulering «in zoverre de in B.7. vastgestelde discriminatie niet berust op artikel 31 van het W.I.B. 1992, schendt die bepaling de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet»⁶⁰ haalt de overweging B.7., waarin de discriminatie van ongehuwde samenwonenden wordt vastgesteld, wel in de beschikking binnen.

24. Wanneer het Arbitragehof vaststelt dat niet de betrokken bepaling, maar het ontbreken van een bepaling onrechtmatig is, kan die bepaling dus verder worden toegepast. Vraag is echter welke gevolgen de uitspraak van het Arbitragehof heeft voor de categorie van personen op wie de bepaling op onrechtmatige wijze niet van toepassing is.

In het arrest 140/2001 bijvoorbeeld stelt het Arbitragehof vast dat het al of niet gehuwd zijn geen wezenlijke invloed heeft op de vaste kosten van levensonderhoud, zodat het toekennen van een verschillende belastingvrije som met betrekking tot de inkomens van de partners het gelijkheidsbeginsel schendt.⁶¹ Die discriminatie vloeit niet voort uit de wetsbepalingen zelf, maar uit het feit dat er geen bijzondere bepaling bestaat ten aanzien van ongehuwde samenwonenden, zodat op hen de bepalingen worden toegepast die de alleenstaande belastingplichtigen betreffen. Betekent dit dat het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden door de rechter, de toepasser van het recht, die het «stilzwijgen» van de wet moet oplossen (art. 5 Ger.W.) en daarvoor verwijst naar de bepalingen betreffende alleenstaande belastingplichtigen? Zou de rechter dan, om recht te doen aan het gelijkheidsbeginsel, vervolgens de bepalingen van toepassing op gehuwde samenwonenden moeten toepassen op ongehuwde samenwonenden? Dat was alleszins niet de oplossing die de gehuwde samenwonenden, die de fiscale discriminatie aanvochten, voor ogen stond...

25. De Raad van State, afdeling administratie, heeft alleszins ruimte gezien voor een dergelijke rechtschepping. In het arrest nr. 31/96 had het Arbitragehof vastgesteld dat art. 14 R.v.St-wet op zichzelf niet onrechtmatig is, maar wél het ontbreken van de mogelijkheid van een beroep tot nietigverklaring van een bestuurshandeling die uitgaat van een wetgevende vergadering of van een van haar organen.⁶² In

⁶⁰ Arbitragehof nr. 140/2001, 6 november 2001, *B.S.* 22 december 2001.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Arbitragehof nr. 31/96, 15 mei 1996, *B.S.* 25 juni 1996.

eerste instantie besloot de Raad van State dat hij ook door middel van een grondwetsconforme interpretatie art. 14 R.v.St.-wet niet zo kon lezen dat hij daardoor beroepen ontvankelijk kon verklaren die gericht waren tegen bestuurshandelingen van wetgevende vergaderingen of van een van hun organen.⁶³ Later volgde de Raad – weliswaar telkens in procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid – wél de redenering van de verzoeker, volgens welke art. 14 R.v.St.-wet geïnterpreteerd moet worden «in het licht van het beginsel van de rechtsstaat» en om een ongrondwettige lacune in de wetgeving op te vangen, zodanig dat de Raad zich toch bevoegd achtte om zich uit te spreken over dergelijke beroepen.⁶⁴ Pas dan greep de wetgever alsnog in en werd art. 14 R.v.St.-wet aangepast.⁶⁵

26. Het Arbitragehof reageerde op die vorm van rechterlijke rechtschepping in het arrest nr. 116/99.⁶⁶ Daarin stelde het Hof vast dat de ontstentenis van een regeling die de uitvoering strafbaar stelde van een minderjarige die in de ontvoering heeft toegestemd of de ontvoerder vrijwillig heeft gevolgd, wanneer de ontvoerde een jongen is en/of de ontvoerder een vrouw, strijdig is met art. 10 en 11 van de Grondwet, omdat een dergelijke ontvoering wél strafbaar is wanneer de ontvoerde een meisje is en de ontvoerder een man. Het Arbitragehof zegt echter uitdrukkelijk dat de lacune ongrondwettig is en niet de bepaling zelf in zoverre ze niet van toepassing is op ontvoerde jongens en/of vrouwelijke ontvoerders. Het in art. 12 G.W. neergelegde legaliteitsbeginsel zou daaraan in de weg staan.

27. Het Arbitragehof laat zo duidelijk verstaan dat een grondwettelijk legaliteitsbeginsel voor een specifieke materie belet dat de rechter een ongrondwettige lacune zelf uit de weg ruimt; in de andere gevallen zou het dan *a contrario* wél kunnen. Uit het arrest valt ook af te leiden dat het zodoende verschil uitmaakt of het Arbitragehof, in zijn beschikkend gedeelte, de ontstentenis van wetgeving op zichzelf onrechtmatig acht dan wel de aangevochten bepaling in zoverre die *niet* van toepassing is op een bepaalde categorie.

Dit houdt een dubbele afkeuring in van de oplossing van de Raad van State met betrekking tot de toegang tot de administratieve rechter voor ambtenaren van wetgevende organen: het Arbitragehof had niet art. 14 R.v.St.-wet, maar

⁶³ R.v.St. BVBA Twijnstra Gudde Management Consultants, nr. 69.752, 25 november 1997.

⁶⁴ R.v.St., NV Ondernemingen Jan De Nul en NV Envisan, nr. 70.402, 17 december 1997; R.v.St., Van Damme, nr. 72.464, 16 maart 1998; R.v.St., NV Ondernemingen Jan De Nul en NV Envisan, nr. 73.266, 24 april 1998. Zie hierover ook F. VANDENDRIESSCHE, «De Raad van State en de bestuurshandelingen van de wetgevende macht: Arbitragehof vs Raad van State?», *C.D.P.K.* 1998, 323-330.

⁶⁵ Wet van 25 mei 1999, *B.S.* 22 juni 1999. Eerdere wetgevende initiatieven hadden geen gevolg gekregen. Het is overigens maar de vraag of de huidige uitbreiding tot administratieve handelingen van wetgevende vergaderingen of hun organen, van het Rekenhof, het Arbitragehof, alsook van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad voor de Justitie wel rechtmatig is in zoverre ze beperkt wordt tot handelingen inzake overheidsopdrachten en personeelsleden. Zo ook D. DELVAUX, «La loi du 25 mai 1999 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et le contrôle des actes administratifs des assemblées législatives», *C.D.P.K.* 2000, 439.

⁶⁶ Arbitragehof nr. 116/99, 10 november 1999, *B.S.* 29 december 1999.

wel het ontbreken van een wettelijke regeling voor die andere categorie van ambtenaren veroordeeld, en art. 160 G.W. behoudt het bepalen van de bevoegdheid van de Raad van State voor aan de wetgever. Het Arbitragehof had overigens uitdrukkelijk gesteld dat enkel de wetgever zelf de ongrondwettigheid kon oplossen.

28. Het Arbitragehof kan dus wel de onrechtmatigheid van de ontstentenis van wetgeving vaststellen, maar het grondwettelijk legaliteitsbeginsel kan verhinderen dat de rechter zelf de lacune aanvult. De wetgever dient op te treden.

Indien de wetgever zijn conclusies niet trekt, kan hij wel worden aangezet tot ingrijpen door een eis tot schadevergoeding. De uitspraak van het Arbitragehof is immers niet louter vrijblijvend, wanneer het Hof in het beschikkend gedeelte van zijn arrest de onrechtmatigheid van de lacune vaststelt. Het Hof doet daarmee een uitspraak in rechte: het ontbreken van een bepaalde wetgeving is ongrondwettig.

Om schadevergoeding te kunnen eisen, moet wel worden aanvaard dat de overheid aansprakelijk kan worden gesteld voor onrechtmatig wetgevend optreden of nalaten, en dat het Arbitragehof die onrechtmatigheid ook *kan* vaststellen.

29. In de eerste plaats moet de rechtspraak aanvaarden dat de overheid aansprakelijk kan worden gesteld voor het wetgevend optreden of juist voor het ontbreken daarvan. Een aanzet daartoe is reeds te vinden in de rechtspraak⁶⁷ en werd reeds uitvoerig verdedigd in de rechtsleer.⁶⁸ Aangenomen kan worden dat, indien een daartoe bevoegde rechter zoals het Arbitragehof vaststelt dat de wetgever een onrechtmatige handeling of een onrechtmatig nalaten heeft gesteld, de gewone rechter daaruit de consequenties kan trekken door een gewone toepassing van art. 1382 e.v. B.W.⁶⁹

30. De tweede voorwaarde behelst juist die vraag of het Arbitragehof wel bevoegd is om de onrechtmatigheid van

⁶⁷ Zie het tussenvonnissen van Rb. Brussel, 17 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 257, met noot P. POPELIER.

⁶⁸ Zie o.m. L. CORNELIS, *Beginselen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1989, I, 216-218; J.-L. FAGNART, «De la légalité à l'égalité», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 31-34; M. LEROY, «Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif», in *ibid.*, 299-341; J.-N. PARDON en R.O. DALCO, «La responsabilité des états membres envers les particuliers en cas de manquements au droit communautaire», *J.T.dr.eur.* 1996, 201; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 494-498; P. POPELIER, «De aansprakelijkheid van de wetgever wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel», *R.W.* 1997-98, 264-266; A. ROMBOUTS en M. MORIS, «Hoe de ongrondwettig bevonden belasting terugvorderen?», *T.R.V.* 1996, 50 e.v.; W. VANGERVEN, «De normatieve en rechterlijke aansprakelijkheid naar Europees en Belgisch recht», in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, M. STORME (red.), Gent, Mys & Breesch, 1993, 410 e.v.; A. VAN OEVLEN en P. POPELIER, *De gevolgen van onrechtmatige wetgeving in het Belgische recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 35-40 en «De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving», in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 76-127 en P. VAN OMMESLAGHE, «La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne», in *Recht halen uit aansprakelijkheid, o.c.*, 340 e.v.

⁶⁹ Zo ook S. MOUREAUX en J.-P. LAGASSE, *La Cour d'arbitrage*, Brussel, Larcier, 1984, 74.

een wetgevende lacune vast te stellen? Art. 142 G.W. bepaalt dat het Arbitragehof uitspraak doet over de schending «door» een wet, decreet of ordonnantie. Art. 1 en 19 Bijzondere Wet Arbitragehof spreken slechts over de vernietiging of schorsing van een wet, een decreet of een ordonnantie; deze beroepen moeten worden ingesteld binnen een termijn van in principe zes maanden na de bekendmaking van die wet, dat decreet of die ordonnantie. Art. 26 Bijzondere Wet Arbitragehof laat toe dat het Arbitragehof bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak doet over de schending «door» een wet, decreet of ordonnantie. De verzoeker of het rechtscollege dat de prejudiciële vraag stelt, blijft gehouden aan die wettelijke bepalingen en moet zijn verzoek of vraag aanhaken aan de kapstok van een bestaande wet, een decreet of ordonnantie.

31. Het Hof van Cassatie vindt alvast dat het Arbitragehof niet bevoegd is om de onrechtmatigheid van een wetgevende lacune vast te stellen.⁷⁰ In een arrest van 28 april 1999 verwerpt het de voorziening tegen de beslissing van de appèlrechters om geen prejudiciële vraag voor te leggen aan het Arbitragehof. Daartoe herformuleert het de prejudiciële vraag – die aanhaakt bij een bestaande wetsbepaling – om duidelijk te maken dat het in feite gaat om een verzoek aan het Arbitragehof zich uit te spreken over de ongrondwettigheid van het ontbreken van een wetgevende bepaling, en beslist het dat een dergelijke vraag geen verband houdt met de in art. 26 Bijzondere Wet Arbitragehof opgesomde aangelegenheden. Het wijst aldus op de onbevoegdheid van het Arbitragehof.

Het Hof van Cassatie ontzegt het Arbitragehof zo preventief de mogelijkheid een uitspraak te doen over een wettelijke lacune. Eens dat het Arbitragehof echter wordt geadieerd en een uitspraak doet, bepaalt art. 116 Bijzondere Wet Arbitragehof dat het arrest van het Arbitragehof «definitief» is en «niet vatbaar voor beroep». Er is derhalve geen rechtsinstantie die de rechtspraak van het Arbitragehof kan corrigeren.⁷¹ Hoe dan ook, de Raad van State lijkt de vaststelling van een onrechtmatige lacune wél ernstig te nemen; hierboven bleek het als reactie zichzelf bevoegd te achten om zélf in de plaats van de wetgever te treden. De toekenning van een schadevergoeding lijkt in vergelijking daarmee toch heel wat minder verregaand.

Overigens ontwijkt het Arbitragehof zelf ook wel eens een uitspraak door een vraag zodanig te herformuleren dat uitkomt dat in werkelijkheid wordt gevraagd om een lacune in de wetgeving vast te stellen, en zich vervolgens onbevoegd te verklaren.⁷²

III. DE RAAD VAN STATE⁷³

32. De rechtsmacht van de afdeling administratie van de Raad van State betreft het domein van het bestuurs-

⁷⁰ Cass. 28 april 1999, *R.W.* 1999-2000, 1133, met noot P. POPELIER.

⁷¹ Vgl. ook het Commissieverslag, *Parl. St.* Senaat, 1981-1982, nr. 246/2, p. 27 en 52.

⁷² Arbitragehof nr. 158/2001, 11 december 2001, *B.S.* 29 december 2001, m.b.t. de bijzondere wetten die de vijfde staats hervorming neerleggen en waarvan de inwerkingtreding niet afhankelijk was gemaakt van de bekrachtiging van het kaderverdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van nationale minderheden.

handelen. Het is een administratief rechtscollege met allereerst enkele bijzondere bevoegdheden, met name in volle rechtsmacht,⁷⁴ als cassatierechter ten aanzien van uitspraken van andere administratieve rechtscolleges in laatste aanleg geweest,⁷⁵ voor geschillen betreffende de respectieve bevoegdheid van de provinciale en de gemeentelijke overheid of van de openbare instellingen,⁷⁶ voor de beroepen tot voorkoming of opheffing van strijdigheid tussen beslissingen van onder haar ressorterende administratieve rechtscolleges,⁷⁷ en ten slotte voor geschillen inzake vergoeding voor buitengewone schade.⁷⁸

Vervolgens heeft de Raad van State een onbepaalde bevoegdheid gekregen tot het vernietigen van bestuurs-handelingen zonder meer.⁷⁹ De Raad van State is meer bepaald bevoegd voor de vernietiging van «akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden», dit zijn bestuursbeslissingen van administratieve overheden. Het gaat om de rechtshandelingen, gesteld door administratieve overheden, die in het bijzonder hierdoor worden gekenmerkt dat zij eenzijdig verbindend en onmiddellijk uitvoerbaar zijn. Deze vernietigingsbevoegdheid is bij wet van 25 mei 1999⁸⁰ nog verder uitgebreid tot de vernietiging van administratieve handelingen van organen van *de rechterlijke macht* en van de Hoge Raad van de Justitie, alsook van administratieve handelingen van *wetgevende vergaderingen* of van hun organen. Wat deze laatste betreft, heeft de wetgever in navolging van het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State bovendien geëxpliciteerd dat daarbij worden begrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblees, het Rekenhof en het Arbitragehof. De rechtsmacht van de Raad is, wat handelingen van deze overheden betreft, echter beperkt tot de administratieve handelingen met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel.

Het is deze algemene vernietigingsbevoegdheid, meteen veruit de belangrijkste bevoegdheid van de Raad van State, die in deze bijdrage centraal staat. In wat volgt zal worden onderzocht welke gevolgen aan een vernietigingsarrest van de Raad van State worden gehecht. De wetgever is terzake opmerkelijk stil gebleven, en het leerstuk berust dan ook hoofdzakelijk op rechtspraak en rechtsleer. In de mate van het mogelijke zal hetzelfde stramien worden gevolgd als bij de bespreking van de gevolgen van vernietigingsarresten van het Arbitragehof. Eerst worden de negatieve gevolgen van een vernietigingsarrest besproken en wordt met andere woorden nagegaan wat de vernietiging op zichzelf inhoudt. Vervolgens wordt nagegaan of een vernietigingsarrest ook een positieve bijdrage levert tot de rechtsvorming en wat deze bijdrage inhoudt. Daarbij wordt allereerst ingegaan op

⁷³ Door prof. dr. S. LUST.

⁷⁴ Onder meer art. 16 R.v.St.-wet.

⁷⁵ Art. 14, § 2, R.v.St.-wet.

⁷⁶ Art. 12 R.v.St.-wet.

⁷⁷ Art. 13 R.v.St.-wet.

⁷⁸ Art. 11 R.v.St.-wet.

⁷⁹ Art. 14 § 1 R.v.St.-wet.

⁸⁰ Wet tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, van de wet van 5 april 1955 inzake de wedde van de ambtsdragers bij de Raad van State, alsook van het Gerechtelijk Wetboek, *B.S.* 22 juni 1999 (eerste editie).

de handhaving door de Raad van State van de gevolgen van vernietigde verordeningen, vervolgens op de gedeeltelijke vernietiging van bestuurshandelingen, en ten slotte op het rechtsherstel dat door een vernietigingsarrest wordt – of juist niet wordt – verwezenlijkt en het bijkomend herstel dat naast de vernietiging nog nodig is om tot volledig rechtsherstel te komen.

A. De negatieve bijdrage aan de rechtsvorming door de vernietigingsbevoegdheid

1° Het gezag van gewijsde erga omnes

33. In tegenstelling tot wat het geval is voor het Arbitragehof, worden de gevolgen van vernietigingsarresten van de Raad van State niet wettelijk geregeld. De enige algemene⁸¹ uitzondering hierop is de – pas bij wet van 4 augustus 1996⁸² ingevoegde – bepaling in art. 14^{ter} R.v.St.-wet dat de Raad onder bepaalde modaliteiten de gevolgen van vernietigde verordeningsbepalingen kan handhaven.⁸³ Het leerstuk van de gevolgen van annulatiearresten van de Raad van State berust dan ook hoofdzakelijk op rechtspraak en rechtsleer.

34. Elke rechterlijke uitspraak is bekleed met het gezag van rechterlijk gewijsde. Dit gezag heeft in eerste instantie een negatief aspect: de uitspraak van de rechter maakt een definitief einde aan het geschil. Zij kan niet meer in vraag worden gesteld. Wijziging ervan is maar mogelijk door het aanwenden van de (gewone of buitengewone) rechtsmiddelen die de wet ter beschikking stelt. Positief betekent het gezag van gewijsde dat de rechterlijke uitspraak een bijzondere bewijswaarde geniet en als waarheid geldt: *res iudicata pro veritate habetur*.⁸⁴

Door de rechtspraak en de rechtsleer wordt unaniem erkend dat ook arresten van de Raad van State met gezag van gewijsde zijn bekleed, hoewel deze regel in geen enkele

⁸¹ Heel uitzonderlijk vindt men in bijzondere wetgeving regelingen omtrent specifieke gevolgen van annulatiearresten, zo bijvoorbeeld in art. 317 *in fine* Nieuwe Gemeentewet, welke alinea werd ingevoegd bij de wet van 22 mei 2001 tot aanvulling van artikel 317 van de Nieuwe Gemeentewet (B.S. 28 juni 2001). Deze bepaling regelt expliciet wat moet gebeuren bij onder meer de vernietiging door de Raad van State van een besluit van de gemeentelijke tuchtverheid: de tuchtverheid kan vanaf de kennisgeving van het arrest van de Raad van State de tuchtrechtelijke vervolging hervaren gedurende het gedeelte van de termijn van zes maanden waarbinnen een tuchtvervolgning kan worden ingesteld, dat overbleef bij het instellen van die vervolging. Deze wetswijziging is een reactie op de rechtspraak van de Raad van State waarin werd gesteld dat de tuchtvervolgning maar kan worden hervat zolang de termijn van zes maanden niet is verstreken. De lange duur van vernietigingsprocedures maakt dat deze termijn nagenoeg steeds zal zijn verstreken na een arrest van de Raad van State, waardoor na vernietiging dus doorgaans geen tuchtvervolgning meer mogelijk is.

⁸² B.S. 20 augustus 1996.

⁸³ *Infra*.

⁸⁴ C. CAMBIER, *Principes du contentieux administratif*, I, Brussel, Larcier, 1961, 144-146; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1985, 267-269; P. LEWALLE, «Le problème de l'annulation d'un acte-conséquence» (noot onder R.v.St., Colpaert, nr. 17 764, 9 augustus 1976), *Adm. Publ. (T.)* 1977-78, (230), 238-239; Ch. RUTSAERT, *Chose jugée*, in *R.P.D.B.*, compl. VI, Brussel, Bruylant, 1983, nr. 108.

wettekst is neergelegd. Aan elk rechtsgeschil moet immers een einde worden gemaakt en het gezag van gewijsde is dan ook inherent aan iedere daad van jurisdictie.⁸⁵ Dat ook arresten van de administratieve rechtscollèges, waaronder de Raad van State, bekleed zijn met het gezag van gewijsde, wordt dan ook beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel.⁸⁶ De Raad van State maakt door zijn eindarrest een definitief einde aan de voor hem gebrachte rechtsgeschillen. Zijn uitspraak geldt als wettelijke waarheid. De Raad noch een andere rechter kunnen op deze beslissingen terugkomen, behoudens in geval van ontvankelijk en gegrond verzet, derdenverzet of beroep tot herziening⁸⁷ of in geval van vernietiging door het Hof van Cassatie op grond van zijn bevoegdheid inzake geschillen van attributie.⁸⁸

Wat de draagwijdte van het gezag van annulatiearresten betreft, wordt algemeen aangenomen dat zij gezag van gewijsde *erga omnes* hebben.⁸⁹⁻⁹⁰ Dat was voor de wetgever blijkbaar een vanzelfsprekendheid, zodat hij het niet nodig achtte dit in de wetgeving te specificeren.⁹¹ Het hangt trouwens samen met de eigen aard van de vernietigings-sanctie, die noodzakelijk ruimer draagt dan enkel tussen de

⁸⁵ P. MAHAUX, «Het rechterlijk gewijsde en het gerechtelijk wetboek», *R.W.* 1971-72, (105), 130; Ch. RUTSAERT, *R.P.D.B.*, v *Chose jugée*, nr. 108-110.

⁸⁶ A. DE PAUW, «De gevolgen van een annulatiearrest van de Raad van State», *T.B.P.* 1966, (83), 92; Ch. RUTSAERT, *R.P.D.B.*, v *Chose jugée*, nrs. 236-239; A. VAN WELKENHUYZEN, «L'autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d'Etat en matière de responsabilité de la puissance publique» (noot onder Cass., 7 november 1975), *R.C.J.B.* 1977, (421), 436.

⁸⁷ Art. 30, tweede lid, en art. 35 R.v.St.-wet; art. 40 tot en met 50 *sexies* Algemeen procedureglement.

⁸⁸ Art. 158 G.W.; art. 33 en 34 R.v.St.-wet.

⁸⁹ Zie onder meer P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, 736-737; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1999, 871; Ch. RUTSAERT, *R.P.D.B.*, v *Chose jugée*, nr. 260-261; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Brussel, Bruylant, 1994, 527-529; A. VANWELKENHUYZEN, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1977, 436.

⁹⁰ Anders is het voor de verwerpingsarresten van de Raad van State. Algemeen wordt aangenomen dat deze arresten slechts gezag van gewijsde *inter partes* hebben. Ze staan er niet aan in de weg dat een nieuw annulatieberoep wordt ingesteld tegen de litigieuze bestuurshandeling, behalve in de mate dat dit zou gebeuren door dezelfde verzoeker en op grond van dezelfde middelen. Een arrest waarbij een beroep tot vernietiging van een verordenende bepaling wordt verworpen, bindt vervolgens de gewone rechter helemaal niet, ook niet indien tussen dezelfde partijen dezelfde wettigheidsbezwaren tegen de verordening worden opgeworpen. Wat de verwerping van een beroep tot vernietiging van een individuele bestuurshandeling betreft, wordt traditioneel aangenomen dat de gewone rechter gebonden is door het gezag van gewijsde van dit arrest, indien tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde overheidshandeling dezelfde wettigheidsbezwaren worden opgeworpen. Recentelijk heeft het Hof van Cassatie nochtans geoordeeld dat ook deze arresten geen enkel gezag van gewijsde hebben voor de gewone rechter, en dat deze de wettigheid van individuele bestuurshandelingen dus steeds moet onderzoeken, ook als dezelfde wettigheidsvraag tussen dezelfde partijen reeds werd opgeworpen voor de Raad van State (Cass. 9 januari 1997, *A.J.T.* 1998-99, 125, noot J. THEUNIS, *R.C.J.B.* 2000, 257, noot D. LAGASSE).

⁹¹ Hand. Kamer, *Pasin.* 1946, 1129; Verslag verenigde commissie, *Pasin.* 1946, 1202, 1207-1208 en 1238.

partijen in het geding. De vernietiging van een handeling heeft tot gevolg dat deze handeling uit de rechtsorde verdwijnt, en de gevolgen van een dergelijke beslissing kunnen onmogelijk beperkt blijven tot de partijen. Hoe ver een vernietiging zal dragen is afhankelijk van de draagwijdte van de vernietigde beslissing zelf: elkeen die de gevolgen van de vernietigde beslissing ondervond, zal ook de gevolgen van de vernietiging ervan ondervinden.⁹²

De Raad van State en het Hof van Cassatie nemen bovendien aan dat het gezag van gewijsde van openbare orde is, zodat de schending ervan tot aan het sluiten van de debatten en in voorkomend geval ook ambtshalve kan worden ingeroepen.⁹³ Schending van het gezag van gewijsde door de overheid is immers volkomen onbestaanbaar met het fundamentele beginsel in de rechtsstaat van de binding van de overheid aan het recht, aldus de Raad.⁹⁴

35. Dat de vernietiging van een bestuurshandeling door de Raad van State gezag van gewijsde *erga omnes* heeft, betekent dat ten aanzien van iedereen, zowel de betrokken overheid als derden die in het proces geen deel hadden, komt vast te staan dat de handeling heeft opgehouden te bestaan en geacht wordt nooit te hebben bestaan. Elkeen in het rechtsverkeer zal zich dienen te gedragen alsof de vernietigde beslissing nooit enige gelding, enig rechtseffect heeft gehad.

Het gezag van gewijsde blijft niet beperkt tot het dispositief van het arrest en dus tot de vernietiging. Het strekt zich bovendien uit tot de motieven die hieraan ten grondslag liggen en er de noodzakelijke ondersteuning van uitmaken, tenminste in zoverre die motieven betwistingen beslechten die typisch zijn voor die zaak.⁹⁵ Deze determinerende motieven geven de vernietigingsgrond aan, dit is «de vaststelling, afgeleid uit de feitelijke en juridische gegevens die zich voordeden op het ogenblik dat de bestreden (...) beslissing genomen werd, van de toen op de bestuursoverheid rustende concrete rechtsplicht waaraan die overheid bij het verrichten

van de vernietigde bestuurshandeling tekortgekomen is. De vernietigingsgrond geeft aldus de onontbeerlijke juridische rechtvaardiging voor het besluit van de rechter om te vernietigen en is daarom onverbreekbaar met het dictum van de uitspraak verbonden».⁹⁶

Het gezag *erga omnes* van een annulatiearrest betrokken op zijn vernietigingsgrond, betekent dus dat iedereen in het rechtsverkeer moet aanvaarden dat de overheid ten aanzien van de verzoeker aan de in het vernietigingsarrest aangegeven rechtsplicht is tekortgeschoten, dat de vernietigde handeling niet alleen is vernietigd, maar ook dat zij was aangetast door de in de vernietigingsgrond vastgestelde onwettigheid. Het betekent bovendien dat iedereen zal moeten aanvaarden dat de overheid in voorkomend geval na de vernietiging nog bepaalde maatregelen zal kunnen en zelfs moeten nemen en iedereen daarvan de effecten zal moeten ondergaan.⁹⁷ Deze maatregelen worden soms in de motivering van het arrest reeds vermeld,⁹⁸ maar moeten er doorgaans door de overheid uit worden afgeleid.

Een vernietigingsmotief heeft dat gezag van gewijsde niet uit zichzelf, maar enkel omdat het de onontbeerlijke grondslag van de vernietiging uitmaakt. Het heeft dan ook maar gezag *voor zover het dictum* de ondersteuning van de vernietigingsgrond nodig heeft; het gezag van de vernietigingsgrond geldt uitsluitend met betrekking tot wat in het *dictum* is begrepen.⁹⁹

Dit is in het bijzonder van belang bij het bepalen van de gevolgen van het annulatiearrest. Het arrest stelt immers enkel *erga omnes* vast dat de *vernietigde handeling* is aangetast door de in de motivering vastgestelde onwettigheid. Het heeft geen enkel gezag van gewijsde met betrekking tot andere bestuurshandelingen die misschien door dezelfde onwettigheid zijn aangetast. Derden die met een gelijksoortige of zelfs een identieke beslissing worden geconfronteerd, maar die niet bij het gevoerde proces betrokken waren en over wier rechtssituatie in het *dictum* van het arrest dan ook niets werd beslist, kunnen zich niet op het gezag van (de motieven van) het annulatiearrest beroepen om

⁹² Omtrent deze problematiek, zie meer uitgebreid S. LUST, *Rechtsherstel door de Raad van State*, in *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, Die Keure, 2000, nrs. 122-126 en de verwijzingen aldaar.

⁹³ Zie onder meer R.v.St., Matthys, nr. 4 099, 21 februari 1955, *Arr. R.v.St.* 1955, 206; R.v.St., NV Ondernemingen Jan De Nul, nr. 14 435, 12 januari 1971, *Arr. R.v.St.* 1971, 30; R.v.St., Zoete, nr. 22 446, 8 juli 1982, *R.W.* 1982-83, 1633; J. LUST, «De gevolgen van de schorsing en vernietiging van benoemingen en bevorderingen door de Raad van State», in I. OPDEBEEK (red.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Brugge, Die Keure, 1997, (107), 109; J. SALMON, *o.c.*, 1994, 528.

⁹⁴ R.v.St., Zoete, nr. 22 446, 8 juli 1982, *R.W.* 1982-83, 1633, overweging 1.3.7.

⁹⁵ Zie onder meer R.v.St., Matthys, nr. 4 099, 21 februari 1955, *Arr. R.v.St.* 1955, 206; R.v.St., Gemeenteraadverkiezingen te Bitsingen, nr. 18 192, 24 maart 1977, *Arr. R.v.St.* 1977, 445; R.v.St., Sidaplast, nr. 54 270, 4 juli 1995, *T.B.P.* 1996, 119; R.v.St., NV Sidaplast, nr. 56 749, 7 december 1995, *T.M.R.* 1996, 110; M. BOES, «Beschouwingen over de gevolgen van nietigverklaringsarresten van de Raad van State», in *Liber amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 21; P. LEWALLE, «L'autorité de chose jugée des arrêts prononcés par le Conseil d'État au contentieux de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire», in DE LEVAL, G., LEWALLE, P. en STORME, M. (red.), *Het interdisciplinair geschil – Le contentieux interdisciplinaire*, Brussel, Bruylant, 1996, (174), 192; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, *o.c.*, 736; J. LUST, *o.c.*, *l.c.*, 123.

⁹⁶ R.v.St., Tibax, nr. 20 599, 30 september 1980, *Arr. R.v.St.*, 1980, 1241, overweging 2.1.; R.v.St., Zoete, nr. 22 446, 8 juli 1982, *R.W.* 1982-83, 1633, overweging 8.3.3.2. Zie ook R.v.St., Brauers, nr. 23 712, 24 november 1983, *Arr. R.v.St.* 1983, 2250: «dat de determinerende motieven diegene zijn welke de vernietigingsgrond aangeven, d.i. de volledige omschrijving van de rechtsplicht waaraan de overheid bij het verrichten van de vernietigde rechtshandeling tekort is gekomen».

⁹⁷ R.v.St., Tibax, nr. 20 599, 30 september 1980, *Arr. R.v.St.*, 1980, 1241, overweging 2.5.1. Dit moet evenwel onmiddellijk worden genuanceerd, in die zin dat de vernietiging van een bestuurshandeling in beginsel niet tot gevolg kan hebben dat afbreuk wordt gedaan aan rechten van derden die inmiddels definitief zijn geworden.

⁹⁸ Zie bijvoorbeeld R.v.St., Bracke, nr. 20 324, 13 mei 1980, *Arr. R.v.St.* 1980, 633; R.v.St., Zoete, nr. 22 446, 8 juni 1982, *R.W.* 1982-83, 1633.

⁹⁹ R.v.St., Tibax, nr. 20 599, 30 september 1980, *Arr. R.v.St.*, 1980, 1241; R.v.St., Vaelen, nr. 19 618, 14 mei 1979, *Arr. R.v.St.* 1979, 517 en Cooleman, nr. 19 619, 14 mei 1979, *Arr. R.v.St.* 1979, 526; B. BLERO, «Du contentieux de la suspension et des autres mesures provisoires organisé par la loi du 18 juillet 1991» (noot onder R.v.St., De l'Arbre en cons., nr. 41 112, 21 november 1992), *Adm. Publ.* (T.) 1993, (130), 144; M. BOES, «Beschouwingen ...», *l.c.*, (1), 21; J. LUST, «De gevolgen ...», *l.c.*, (107), 113 en 123.

bijvoorbeeld herstelmaatregelen uit te lokken.¹⁰⁰ En een overheid die na een vernietiging eenzelfde onwettigheid begaat, schendt daardoor niet noodzakelijk het gezag van gewijsde van een vernietigingsarrest.¹⁰¹ Dit is maar het geval wanneer haar nieuwe beslissing in alle aspecten identiek is aan de vernietigde beslissing.¹⁰²

3° De principiële terugwerkende kracht

36. Kenmerkend voor een vernietigingsarrest is vervolgens zijn werking *ex tunc*. Ook dat is eigen aan de sanctie van de vernietiging: door de vernietiging ervan wordt een handeling *ab initio* uit de rechtsorde genomen, zij wordt geacht nooit te hebben bestaan, geen rechtsgevolgen te hebben gehad.¹⁰³ *Quod nullum est nullum producit effectum*. «De term 'vernietiging' (doet) zich voor als het codewoord waardoor de annulatierechter met betrekking tot de 'vernietigde' beslissing ten aanzien van alle rechtsgenoten een vooraf gegeven gedragsschema werkzaam maakt dat, uiteraard, alleen voor de toekomst geldt en dat voorschrijft dat die rechtsgenoten, na de 'vernietiging', in het rechtsverkeer voortaan in beginsel zullen handelen alsof de vernietigde beslissing nooit genomen was, alsof die vernietigde beslissing als rechtshandeling - uiteraard niet als rechtsfeit - volledig, en dus retroactief, ongedaan is gemaakt en daarom geacht moet worden volledig uit de rechtsorde te zijn weggenomen».¹⁰⁴

Zo heeft de vernietiging van een intrekingsbeslissing tot gevolg dat de handeling geacht moet worden steeds te zijn blijven gelden;¹⁰⁵ de vernietiging van een beslissing waarbij een ambtenaar ter beschikking wordt gesteld wegens ontstentenis van een betrekking, heeft tot gevolg dat de betrokkene geacht moet worden zijn ambt steeds te hebben

¹⁰⁰ Zie bijvoorbeeld Bergen 27 mei 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1811, met noot J.M. DERMANGE.

¹⁰¹ Zie bijvoorbeeld R.v.St., Driessens, nr. 43 737, 7 juli 1993, *T.B.P.* 1993, 634, met verslag en advies van auditeur J. LUST.

¹⁰² Indien een handeling werd vernietigd op grond van een vormgebrek, zal doorgaans identiek dezelfde handeling opnieuw kunnen worden gesteld, op voorwaarde dat de vormvereisten dit keer wel worden nageleefd. Enkel wanneer de handeling door een interne illegaliteit was aangetast of de steller ervan onbevoegd is bevonden, zal dezelfde handeling niet opnieuw kunnen worden gesteld. Dit is meteen de reden waarom dezelfde wetgever na een vernietiging door het Arbitragehof dezelfde norm in beginsel nooit opnieuw zal kunnen aannemen. Een vernietiging door het Arbitragehof betekent immers steeds ofwel dat de steller van de handeling onbevoegd was - in welk geval hij dezelfde handeling evident niet opnieuw kan stellen -, ofwel dat de handeling het gelijkheidsbeginsel of de onderwijsvrijheid schendt - wat noodzakelijk opnieuw het geval zal zijn indien dezelfde norm opnieuw wordt aangenomen, omdat het de interne legaliteit van de handeling betreft.

¹⁰³ Zie onder meer D. LAGASSE, «Responsabilité de l'administration à l'occasion de l'exécution des décisions des juridictions administratives», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, (195), 197; P. LEWALLE, *Contentieux administratif, o.c.*, 724; J. LUST, «De gevolgen ...», *l.c.*, (107), 109; J. SALMON, *o.c.*, 1994, 524-525. Daardoor onderscheidt de vernietiging zich van de opheffing of de ontbinding van een rechtshandeling, die slechts voor de toekomst gelden.

¹⁰⁴ R.v.St., Tibax, nr. 20 599, 30 september 1980, *Arr. R.v.St.* 1980, 1240; R.v.St., Wallays, nr. 21 370, 14 juli 1981, *Arr. R.v.St.* 1981, 1241; *R.W.* 1981-82, 2027, met noot W. VAN NOTEN; R.v.St., Van Bever, nr. 23 870, 10 januari 1984, *Arr. R.v.St.* 1984, 29.

bekleed, steeds benoemd te zijn gebleven.¹⁰⁶ de vernietiging van een afdanking impliceert dat de betrokkene zijn ambt opnieuw bekleedt en zelfs geacht moet worden dat steeds te zijn blijven doen;¹⁰⁷ de vernietiging van een benoeming heeft tot gevolg dat de betrekking waarin de betrokkene werd benoemd, opnieuw vacant wordt.¹⁰⁸ Hij wordt geacht nooit te zijn benoemd en bij het overdoen van de benoeming zal de overheid geen rekening mogen houden met de ervaring die hij ondertussen heeft opgedaan.¹⁰⁹

De vernietiging door de Raad van State brengt deze gevolgen van rechtswege tot stand. De overheid hoeft daar niets meer voor te doen.

37. Deze retroactieve werking van de vernietiging berust in grote mate, zo niet volledig, op een fictie. De handeling heeft immers werkelijk bestaan en gevolgen gehad, en deze werkelijkheid kan niet zomaar worden genegeerd.

Zo heeft een ambtenaar wiens benoeming later wordt vernietigd, ondertussen ongetwijfeld zijn ambt effectief uitgeoefend. Hij heeft allerlei rechtshandelingen gesteld. De vernietiging van zijn benoeming impliceert dat de geldigheid van deze handelingen is aangetast. Hij heeft mogelijkerwijs ook materiële handelingen gesteld die rechtsgevolgen hebben gehad. Misschien heeft hij in de uitoefening van zijn ambt een onrechtmatige daad begaan waarvoor de overheid-rechtspersoon mede aansprakelijk kan zijn. De vernietiging van zijn benoeming maakt *ab initio* een einde aan zijn rechtsband met deze overheid-rechtspersoon, waardoor de vraag onvermijdelijk rijst of deze laatste wel nog aansprakelijk kan worden gesteld voor het onrechtmatig handelen. Doordat hij ondertussen zijn ambt effectief heeft uitgeoefend, zal hij ook bepaalde voordelen hebben genoten. Hij zal ervaring hebben opgedaan, die hem misschien betere kansen zal geven bij bevorderingen of benoemingen op andere plaatsen, hij zal een wedde hebben genoten, pensioensrechten hebben opgebouwd, enzovoort.

Een verordening die wordt vernietigd, heeft tot haar vernietiging effectief bestaan en zal veelal toepassingen hebben gekend. Er zullen bijvoorbeeld bouwvergunningen zijn afgegeven met toepassing van een later vernietigd plan van aanleg, benoemingen zijn gedaan in een later vernietigd personeelskader, enz.

De vernietiging maakt de initiële handeling wel ongedaan, maar niet noodzakelijk ook de rechtsgevolgen ervan. Door de vernietiging worden ze wel onwettig, want ze missen de rechtens vereiste grondslag, en ook dat geldt *ab initio*. In de

¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld R.v.St., NV Marebeni Benelux Development, nr. 20 320, 13 mei 1980, *Arr. R.v.St.* 1980, 626; Cf. R.v.St., Punie, nr. 31 686, 26 januari 1989, *Adm. Publ. (M.)* 1989 (weergave), 31.

¹⁰⁶ Zie bijvoorbeeld R.v.St., Servais, nr. 27 479, 28 januari 1987, *Arr. R.v.St.* 1987.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld R.v.St., Van Nuffel, nr. 55 561, 2 oktober 1995, <http://www.raadvst-consetat.be>.

¹⁰⁸ Zie bijvoorbeeld R.v.St., Wyseure, nr. 66 636, 9 juni 1997, <http://www.raadvst-consetat.be>.

¹⁰⁹ Zie bijvoorbeeld R.v.St., Lefebure, nr. 22 945, 14 februari 1983, *Arr. R.v.St.* 1983, 348; R.v.St., Van Gucht, nr. 76 328, 13 oktober 1998, <http://www.raadvst-consetat.be>; R.v.St., Raes, nr. 83 838, 6 december 1999, <http://www.raadvst-consetat.be>. *Contra*: R.v.St., Darcis, nr. 3 592, 14 juli 1954, *Arr. R.v.St.* 1954, 780; R.v.St., De Brabanter, nr. 20 417, 25 juni 1980, *Arr. R.v.St.* 1980, 953.

mate dat de gevolgen van de vernietigde handeling door deze vernietiging niet zijn verdwenen, zullen handelingen moeten worden gesteld om ze effectief te doen verdwijnen, om het recht te herstellen,¹¹⁰ hoewel ook hierop weer uitzonderingen bestaan.¹¹¹

B. De positieve bijdrage aan de rechtsvorming door de vernietigingsbevoegdheid

38. Een annulatiearrest heeft echter veelal verdergaande gevolgen dan het loutere wegnemen van handelingen uit de rechtsordering. Het zal vaak aanleiding geven tot nieuw overheidsoptreden, dat daarbij bovendien soms gestuurd zal worden in een bepaalde richting, waardoor het arrest een rechtsvormende werking kan krijgen. Deze rechtsvormende werking bestaat ook indien de Raad van State met toepassing van art. 14ter R.v.St.-wet de gevolgen van de vernietiging van verordeningen gaat regelen of overgaat tot partiële vernietiging van bestuurshandelingen.

1° De handhaving van de gevolgen van de vernietigde bepalingen

39. Bij de wet van 4 augustus 1996¹¹² werd een artikel 14ter ingevoegd in de R.v.St.-wet luidens hetwelk de Raad van State, zo hij dat nodig acht, bij wege van algemene beschikking, die gevolgen van de vernietigde verordeningbepalingen kan aangeven die als gehandhaafd moeten worden beschouwd of voorlopig gehandhaafd worden voor de termijn die hij vaststelt.¹¹³ Deze bepaling is geïnspireerd op art. 8, tweede lid, Bijzondere Wet Arbitragehof, dat een analoge bevoegdheid toekent aan het Arbitragehof.

De Raad van State kan de gevolgen van de vernietiging in de tijd beperken en meer bepaald beslissen dat bepaalde, in het algemeen aangeduide, gevolgen van de vernietigde handeling behouden blijven. Deze handelingen kunnen niet worden vernietigd; op grond dat ze zijn gesteund op de vernietigde handeling. De Raad is bovendien niet verplicht dit te doen, maar spreekt een opportunititsoordeel uit. Hij hoeft dus niet in te gaan op het verzoek van een partij om toepassing te maken van art. 14ter R.v.St.-wet.¹¹⁴ Een dergelijk verzoek is trouwens niet eens vereist. De Raad van State kan daartoe ambtshalve beslissen.

¹¹⁰ *Infra*.

¹¹¹ Zie hieromtrent S. LUST, *o.c.*, nrs. 128-134 en 157.

¹¹² Wet 4 augustus 1996 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, *B.S.* 20 augustus 1996.

¹¹³ Vóór de inwerkingtreding van deze wet, had de Raad van State deze bevoegdheid niet. Hij heeft nochtans een enkele keer toch beslist de gevolgen van de vernietiging geregeld en gesteld dat de vernietiging slechts werkzaam zou zijn vanaf een bepaalde datum, waardoor hij de bestuurshandeling eigenlijk heeft opgeheven in plaats van vernietigd. Het betrof de vernietiging van de benoeming van een docent aan de universiteit. De Raad wees erop dat een beroep op de leer van de «*fonctionnaire de fait*» wel mogelijk was voor de examens die deze docent vóór de betekening van het vernietigingsarrest had afgenomen, maar niet voor die welke nog moeten worden afgenomen. De Raad heeft vervolgens gesteld dat de rechtsgeldigheid van de examens die de betrokken docent tijdens het lopende academiejaar moest afnemen, niet in vraag zou kunnen worden gesteld (R.v.St., Heyndels, nr. 25 424, 31 mei 1985, *Arr. R.v.St.* 1985).

De bevoegdheid van de Raad om de gevolgen van een vernietiging te beperken in de tijd, betreft enkel *relementaire handelingen*. De vernietiging van individuele handelingen werkt steeds *ex tunc*, zonder dat de Raad daarop een uitzondering kan maken. De aanduiding van de te behouden rechtsgevolgen moet gebeuren «*bij wege van algemene beschikking*». Zij moeten als een abstracte categorie worden aangeduid. De Raad kan de toepassing van art. 14ter R.v.St.-Wet niet beperken tot welbepaalde individuele gevolgen van de vernietigde handeling. Dat zou immers tot een schending van het gelijkheidsbeginsel kunnen leiden.¹¹⁵

De Raad van State kan vervolgens de gevolgen van een vernietigde verordening *definitief of voorlopig* handhaven, dit laatste voor de termijn die hij vaststelt. Ook dit is gewoon de overname van de regeling die geldt voor het Arbitragehof. Net zomin als het Arbitragehof kan de Raad van State een nieuwe regeling in de plaats stellen van de vernietigde bepalingen. Art. 14ter R.v.St.-wet maakt echter wel interactie mogelijk tussen overheid en rechter, precies door ook deze voorlopige handhaving van de gevolgen van een vernietigde wet mogelijk te maken. De bijzondere wetgever wilde daarmee destijds de formele wetgever een bijkomende prikkel geven om de ongrondwettigheid te herstellen en hem ertoe aanzetten nieuwe wetgeving uit te vaardigen vóór het verstrijken van deze termijn. Gedurende deze termijn zou in de vervanging van de vernietigde norm moeten worden voorzien op zo'n wijze dat er geen juridisch vacuüm ontstaat en dat de discriminatie ook ophoudt. Als de wetgever binnen de door het Arbitragehof bepaalde termijn niet is opgetreden, krijgt de vernietiging echter zijn volle uitwerking en worden de gevolgen, die immers slechts voorlopig werden gehandhaafd, toch op de helling gezet.¹¹⁶ Hetzelfde geldt thans dus ook voor de vernietigingsarresten van de Raad van State.

40. Indien de Raad van State beslist de gevolgen van de vernietigde verordening geheel of gedeeltelijk te handhaven, dan impliceert dit dat tegen de bestuurshandelingen die aldus worden gehandhaafd, art. 159 G.W. niet meer kan worden opgeworpen, ook niet voor een gewone rechter.¹¹⁷ Dit gevolg blijft bovendien niet beperkt tot de partijen in het geding, maar heeft gelding *erga omnes*. Het is zeer de vraag of de wetgever de draagwijdte van art. 159 G.W., dat van een hogere rechtsorde is, aldus wel mocht beperken.¹¹⁸

¹¹⁴ Zie bijvoorbeeld R.v.St., G.E.R.F.A., nr. 63 403, 9 december 1996, <http://www.raadvst-consetat.be>, waarin de Raad van State weigerde in te gaan op het verzoek van de verwerende partij om de gevolgen van de vernietiging van een besluit van de Franse gemeenschapsregering, waarbij bepaalde aspecten van het statuut van het personeel van onder meer P.M.S.-centra werd geregeld, in de tijd te beperken.

¹¹⁵ Zie het commissieverslag bij het ontwerp van wet tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, *Parl. St. Kamer*, 1995-96, nr. 644/4, p. 6.

¹¹⁶ J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 322-324.

¹¹⁷ Cf. R.v.St., Stad Wavre, nr. 75 712, 10 september 1998, <http://www.raadvst-consetat.be>.

¹¹⁸ Omtrent deze problematiek, zie S. LUST, *o.c.*, nrs. 132-134.

2^o De gedeeltelijke vernietiging van een bestuurshandeling

41. Art. 8, eerste lid, Bijzondere Wet Arbitragehof geeft aan het Arbitragehof, zoals reeds gesteld, de bevoegdheid om een wet, een decreet of een ordonnantie, geheel of *ten dele* te vernietigen. Ten aanzien van de Raad van State is de wet op dat punt minder expliciet. Luidens art. 14 R.v.St.-wet doet de afdeling administratie bij middel van arrest «uitspraak over beroepen tot nietigverklaring». Er wordt niet geëxpliciteerd of de nietigverklaring noodzakelijk de hele bestuurshandeling moet betreffen dan wel partiële nietigverklaring mogelijk is.

De Raad van State heeft in zijn rechtspraak de mogelijkheid van partiële vernietiging erkend. Dat geeft hem de mogelijkheid, binnen bepaalde grenzen, om in feite bestuurshandelingen te wijzigen en zodoende een positieve bijdrage tot de rechtsvorming te leveren.

Deze rechtspraak is bovendien een illustratie van het feit dat het annulatieberoep niet louter objectief is en er ook rekening wordt gehouden met de persoon van de verzoekende partij. De mogelijkheid – en zelfs de verplichting – om een bestuurshandeling slechts gedeeltelijk te vernietigen, wordt immers gekoppeld aan het belang van de verzoeker bij de vernietiging: wanneer de verzoeker geen belang heeft bij de vernietiging van de beslissing in haar geheel, zal de Raad van State de bestreden beslissing in beginsel maar gedeeltelijk vernietigen.¹¹⁹ Soms vordert de verzoeker trouwens zelf slechts de gedeeltelijke vernietiging van de bestreden beslissing of voert hij enkel middelen aan met betrekking tot een onderdeel van de beslissing.

De Raad kan echter niet steeds tot de partiële vernietiging besluiten, zelfs indien de verzoeker slechts belang heeft bij de vernietiging van een deel van de beslissing of zijn beroep tot een deel van de beslissing heeft beperkt. Hij kan met name een ondeelbare beslissing niet slechts voor een deel vernietigen. Anders zou hij zich in de plaats stellen van de overheid en haar beslissing wijzigen, wat strijdig is met de scheiding der functies.¹²⁰ In geval van ondeelbaarheid zal de Raad van State de beslissing in haar geheel moeten vernietigen, zelfs als de verzoeker zijn beroep tot bepaalde componenten ervan heeft beperkt. Indien zou blijken dat de verzoeker duidelijk heeft gewild slechts een deel van de beslissing aan te vechten en haar voor het overige gehandhaafd te zien, moet de Raad het beroep afwijzen.¹²¹

¹¹⁹ Zie bijvoorbeeld R.v.St., De Maeghd, nr. 5 620, 7 mei 1957, *Arr. R.v.St.* 1957, 293, met verwijzende noot; R.v.St., Van Lantschoot, nr. 11 533, 1 december 1965, *Arr. R.v.St.* 1965, 1053; R.v.St., A.S.L.B. Association des femmes au foyer, nr. 35 013, 23 mei 1990, *R.A.C.E.* 1990; R.v.St., Evrard, nr. 71 610, 5 februari 1998, <http://www.raadvst-consetat.be>; R.v.St., Truyts, nr. 79 559, 30 maart 1999, <http://www.raadvst-consetat.be>.

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld R.v.St., Alberty, nr. 17 077, 17 juni 1975, *Arr. R.v.St.* 1975, 590; R.v.St., Tibax, nr. 20 599, 30 september 1980, *Arr. R.v.St.*, 1980, 1241; R.v.St., Wambacq en cons., nr. 35 435, 10 juli 1990, *Arr. R.v.St.* 1990; R.v.St., A.S.B.L. Belle Roche 500 000 en cons., nr. 47 834, 10 juni 1994, *Amén.* 1994, 196; M. LEROY, *Contentieux Administratif*, Brussel, Bruylant, 1996, 386-389 en 436-437; J. SALMON, *o.c.*, 1994, 522-524.

¹²¹ Zie bijvoorbeeld R.v.St., Tibax, nr. 20 599, 30 september 1980, *Arr. R.v.St.* 1980, 1241; R.v.St., Masure, nr. 14 847, 29 juni 1971, *Arr. R.v.St.* 1971, 831; R.v.St., Alberty, nr. 17 077, 17 juni 1975, *Arr. R.v.St.* 1975, 590.

3^o Rechtsherstel door de Raad van State¹²²

42. De Raad van State vernietigt bestuurshandelingen. De annulatie van een bestuurshandeling houdt in dat deze *erga omnes* en *ab initio* uit de rechtsorde verdwijnt. Dat de bestuurshandeling aldus retroactief ongedaan wordt gemaakt, is echter een fictie: de handeling heeft immers bestaan en heeft gevolgen gehad, en deze werkelijkheid kan niet worden genegeerd. Deze gevolgen verliezen door de vernietiging echter hun rechtsbasis en hun onwettigheid komt vast te staan. Het herstel van het recht vereist dat deze onwettigheden ongedaan worden gemaakt.

De Bijzondere Wet op het Arbitragehof legt terzake het initiatief in handen van de rechtzoekende. Zij opent beroepsmogelijkheden voor handelingen, gebaseerd op de vernietigde formele wet, die in principe definitief zijn geworden. Tegen beslissingen van burgerlijke en strafrechtelijke rechtscollages en van de Raad van State die in kracht van gewijsde zijn getreden, is een vordering tot intrekking mogelijk,¹²³ en tegen handelingen en verordeningen van bestuursorganen in uitvoering van de vernietigde formele wet staat een nieuwe beroepstermijn van zes maanden open.¹²⁴ De R.v.St.-wet houdt geen analoge regeling in. Dat betekent niet dat er helemaal niets meer zou moeten gebeuren, integendeel. Het herstel van het recht vereist dat ook deze onwettigheden worden hersteld. Vraag is in welke mate de Raad van State hierbij actief optreedt en of hij, in voorkomende geval, zodoende in zijn arresten een positieve bijdrage levert tot de rechtsordering.

43. De vernietiging door de Raad van State is in beginsel beperkt tot de handelingen die aan de rechtsmacht van de Raad zijn onderworpen en die door de Raad in het dispositief van zijn arrest worden vernietigd.¹²⁵ Handelingen waarover in het dispositief van het arrest niets wordt gezegd, ondergaan in beginsel de invloed van de vernietiging niet, ook al zijn zij verbonden met de vernietigde handeling. Zij behouden hun gelding, ook al staat hun onwettigheid vast door de vernietiging van de bestuurshandeling waarmee zij een onlosmakelijk verband vertonen, bijvoorbeeld, wat het meest voorkomt, omdat deze hun grondslag uitmaakt. Om het vernietigingsarrest volledige uitwerking te geven, moeten deze gevolghandelingen ongedaan worden gemaakt, althans voor zover dat noodzakelijk is voor het rechtsherstel jegens de verzoeker en de verzoeker daarbij belang heeft,¹²⁶ of,

¹²² Zie omtrent deze problematiek, uitgebreid, S. LUST, *o.c.*, nrs. 100-186 en de verwijzingen aldaar

¹²³ Art. 10-17 Bijzondere Wet Arbitragehof.

¹²⁴ Art. 18 Bijzondere Wet Arbitragehof.

¹²⁵ Daarmee worden dan bedoeld de bestuurshandeling zelf, inclusief haar directe rechtsgevolgen, dit zijn de gevolgen die ontstaan uit de initiële handeling zelf, zonder nieuw optreden van de betrokken overheid. Deze directe rechtsgevolgen worden eveneens vernietigd, althans voor zover de verzoeker daar belang bij heeft (zie hieromtrent S. LUST, *o.c.*, nrs. 136-142).

¹²⁶ De vernietigingsgrond houdt enkel de vaststelling in van een rechtspflicht die de overheid had jegens de verzoeker, zodat de overheid ingevolge de vernietiging enkel aan de verzoeker rechtsherstel moet geven. Verder reikt het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest, wat betreft het te verstrekken herstel, immers niet. En rechtsherstellende maatregelen zijn steeds maar nodig voor zover de verzoeker daarbij belang heeft (zie hieromtrent S. LUST, *o.c.*, nr. 157 en de verwijzingen aldaar).

indien dat niet meer mogelijk is, moet een andere vorm van rechtsherstel worden geboden, bijvoorbeeld een pecuniare vergoeding.

Na de vernietiging zal bovendien soms een leemte blijven bestaan in de rechtsordering. Om de rechtsverstoring volledig ongedaan te maken en het vernietigingsarrest volle uitwerking te geven, zal deze leemte moeten worden opgevuld.

Beide gevallen onderstellen een nieuw optreden van de overheid. De plicht tot dat optreden vloeit telkens onrechtstreeks voort uit het annulatiearrest: het arrest stelt met gezag van gewijsde *erga omnes* vast dat de overheid deze of gene rechtsplicht niet of niet correct is nagekomen. Door de vernietiging en in het bijzonder door het herstel *status quo ante* dat daardoor wordt gerealiseerd, bevindt de overheid zich terug in de situatie zoals deze bestond vóór de vernietigde beslissing. Zij komt terug voor de desbetreffende rechtsplicht te staan en moet deze alsnog nakomen. De wet verplicht haar daartoe en het annulatiearrest stelt vast dat deze *wettelijke* plicht bestaat en niet is nagekomen.

44. Of de overheid er ingevolge een vernietigingsarrest toe gehouden is bijkomend rechtsherstel te bieden en wat de inhoud van dat herstel is, hangt af van de aard van de vernietigde handeling, de feitelijke en juridische omstandigheden van het geval en de rechtsplicht die de overheid heeft geschonden. Een en ander zal blijken uit de concrete vernietigingsgrond, die immers inhoudelijk de vaststelling uitmaakt, afgeleid uit de feitelijke en juridische gegevens die zich voordeden op het ogenblik dat de beslissing werd genomen, van de toen op de bestuursverheid rustende concrete rechtsplicht waaraan zij bij het verrichten van de vernietigde bestuurshandeling is tekortgeschoten.¹²⁷

De actie van de Raad van State blijft echter in eerste instantie beperkt tot de loutere vernietiging van de onwettig bevonden bestuurshandeling, dit is de enige draagwijdte van de bij hem ingestelde vordering, een vordering tot «nietigverklaring». De Raad is niet bevoegd om de gevolgen van de vernietiging te regelen.¹²⁸ Enkel de overheid kan dat doen. Zij moet zelf uitmaken welke de gevolgen van de vernietiging zijn en in het bijzonder wat zij bijkomend nog zal moeten doen om de vernietiging haar volle uitwerking te geven en volledig rechtsherstel te bieden aan de verzoeker.¹²⁹

¹²⁷ Zie bijvoorbeeld R.v.St., Tibax, nr. 20 599, 30 september 1980, *Arr. R.v.St.* 1980, 1240, overweging 2.1.; R.v.St., Zoete, nr. 22 446, 8 juli 1982, *R.W.* 1982-83, 1633, overweging 8.3.3.2.; R.v.St., Van Bever, nr. 23 870, 10 januari 1984, *Arr. R.v.St.* 1984, 29. Vgl. R.v.St., Peeters, nr. 78 747, 16 februari 1999, <http://www.raadvst-consetat.be>.

¹²⁸ Er moet evenwel voorbehoud worden gemaakt voor de toepassing van art. 14^{ter} R.v.St.-wet, dat de Raad de bevoegdheid geeft om de gevolgen van de vernietiging van een reglementaire handeling in de tijd te beperken, en van wat hierna nog zal worden gezegd over de dwangsom voor de Raad van State.

¹²⁹ P. LEWALLE, «Le problème de l'annulation d'un acte-conséquence» (noot onder R.v.St., Colpaert, nr. 17 764, 9 augustus 1976), *Adm. Publ. (T.)* 1977-78, (230), 237; P. LEWALLE, *Contentieux administratif, o.c.*, 381-382 en 403; D. PATART, «L'astreinte judiciaire et l'astreinte devant le Conseil d'Etat», *Ann. Dr. Louvain* 1998, (79), 80-81; J. SALMON, *o.c.*, 1994, 535; A. VAN OEVLEN, «Tot hoever mag het door de Raad van State verleende rechtsherstel bij een vernietigingsarrest reiken? Enige beschouwingen bij het cassatiearrest van 23 maart 1984», *R.W.* 1984-85, (1413), 1419-1420.

Zij zal de nodige handelingen moeten stellen om het onrecht ongedaan te maken, desnoods door het verlenen van een pecuniare vergoeding als of in de mate dat haar optreden geen (volledig) rechtsherstel kan bieden. Het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest verplicht haar daartoe.

De Raad van State is echter niet bevoegd om te bepalen welke handelingen de overheid nog moet stellen om volledig rechtsherstel te verwezenlijken en om haar daartoe het bevel te geven. Nog minder is hij bevoegd om in de plaats van de overheid deze handelingen te stellen, zelfs indien de bevoegdheid van de overheid gebonden is en precies vaststaat wat moet gebeuren om rechtsherstel te verwezenlijken. De wet kent hem die bevoegdheden immers niet toe.¹³⁰ Om dezelfde reden kan hij ook geen pecuniare schadevergoeding verlenen. Als de overheid het annulatiearrest uitvoert en bijkomend herstel biedt, handelt zij dan ook enkel op grond van een wettelijke verplichting, versterkt door het gezag van het annulatiearrest en de motieven hiervan, maar niet op grond van een rechterlijk bevel.¹³¹ De Raad van State vernietigt, maar geeft geen bevelen, en draagt dus niet rechtstreeks positief bij tot het herstel van de rechtsordering, voor zover dit herstel niet reeds door de vernietiging zelf wordt verwezenlijkt.

De Raad zal niettemin soms pogen om het handelen van de overheid in een bepaalde richting te sturen. Hij acht zich immers wel bevoegd om de overheid concrete vingerwijzingen te geven rond wat haar te doen staat na en ingevolge de vernietiging. Hij kan echter enkel vingerwijzingen geven, aanduidingen van wat moet gebeuren. Hij formuleert deze soms als een bevel, maar zonder ze op te nemen in het *dictum* van het arrest.¹³² Hij verschaft de rechtzoekende geen uitvoerbare titel voor het bijkomend rechtsherstel waartoe de overheid verplicht is, en het arrest staat dan ook niet toe om over te gaan tot dwanguitvoering van de aangeduide herstelmaatregelen.

45. Indien de overheid niet zelf tot herstel van de wettigheid overgaat, is een bijkomend beroep op de gewone rechter noodzakelijk. Deze zal in een uitvoerbare titel, desnoods versterkt door een dwangsom, de overheid bevelen het nodige te doen om het annulatiearrest volledige uitwerking te geven.

Indien de overheid na het annulatiearrest handelingen heeft gesteld die hiermee onverenigbaar zijn, kunnen deze bovendien in een nieuw annulatieberoep voor de Raad van State worden aangevochten.

Sinds de invoering van art. 36 in de R.v.St.-wet door een wet van 17 oktober 1990¹³³ kan de Raad van State onder bepaalde voorwaarden wel actief bijdragen tot het volledige

¹³⁰ Zie echter *infra*: de Raad van State heeft thans wel een beperkte injunctiebevoegdheid op grond van art. 36 R.v.St.-wet.

¹³¹ De Raad zelf spreekt in dit verband trouwens over het «declaratief» effect van het annulatiearrest. Zie bijvoorbeeld R.v.St., Zoete, nr. 22 446, 8 juli 1982, *R.W.* 1982-83, 1633.

¹³² Zie bijvoorbeeld R.v.St., Zoete, nr. 22 446, 8 juli 1982, *R.W.* 1982-83, 1633; R.v.St., Bracke, nr. 20 324, 13 mei 1980, *Arr. R.v.St.* 1980, 633.

¹³³ Wet 17 oktober 1990 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, en van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van ambtsdragers bij de Raad van State, *B.S.* 13 november 1990.

rechtsherstel door middel van een injunctie, gekoppeld aan een dwangsom.

Een dwangsom is mogelijk in twee gevallen, namelijk wanneer uit het annulatiearrest voortvloeit dat de overheid bijkomende herstelmaatregelen moet nemen maar zij nalaat dat te doen, en wanneer de overheid een handeling heeft gesteld die ingaat tegen het arrest. De bevoegdheid van de Raad van State blijft in deze gevallen niet beperkt tot het louter opleggen van een dwangsom. Hij kan en moet de overheid bovendien *bevelen* om de handelingen te stellen die hij nodig acht voor de uitvoering van het arrest of de handelingen in te trekken die in strijd met het arrest zijn gesteld. Aldus levert hij een actieve bijdrage tot het herstel van de rechtsorde.

46. In de gevallen waarin de Raad van State zodoende actief een positieve bijdrage levert tot het herstel van de rechtsordering, kan nochtans niet zonder meer worden beweerd dat de Raad daarmee ook een positieve bijdrage levert aan de rechtsvorming zelf. De Raad vormt daarmee immers geen nieuw recht, maar doet niets meer dan vaststellen wat het recht inhoudt en de overheid veroordelen tot het uitvoeren van de rechtsplicht die op haar blijkt te rusten krachtens de wet in de meest ruime zin van het woord. De Raad doet dus niets meer dan het *herstellen* van het recht, wat ook zijn taak is als rechter; een rechter spreekt recht maar maakt geen recht, althans niet in beginsel. Hij realiseert wat de wet reeds stelt, maar voegt daar niets aan toe. Dat belet niet dat niet kan worden ontkend dat de rechter in zekere mate wel het recht vormt wanneer hij de wet die hij vervolgens toepast, interpreteert. De rechtspraak is niet voor niets een formele bron van recht, zij het geen bindende, maar een louter gezaghebbende bron. Wanneer een rechter oordeelt over het toepasselijke recht en daarbij het recht interpreteert, gaat er in mindere of meerdere mate een rechtsvormende werking uit van zijn uitspraak. Als hij vervolgens een partij veroordeelt tot de correcte toepassing van het aldus vastgestelde recht, houdt zijn rechtsvormende taak op, en gaat hij over tot zuiver rechtsherstel.

Anders is het wanneer de Raad van State met toepassing van art. 14^{ter} R.v.St.-wet de gevolgen van de vernietiging van een reglementaire bepaling regelt. In dat geval gaat zijn optreden verder dan het louter herstellen van de wettigheid, en houdt hij actief rechtsregels in stand die er nochtans niet hadden mogen zijn, wat als een vorm van regelgeving zou kunnen worden beschouwd. Dat is ook anders dan wat hij doet wanneer hij een bestuurshandeling slechts gedeeltelijk vernietigt. Een partiële vernietiging van een bestuurshandeling betekent immers *de facto* een wijziging van deze handeling, wat in beginsel nochtans enkel tot de rechtsmacht van de betrokken overheid behoort.

IV. CONCLUSIE

47. De centrale vraagstelling in deze bijdrage luidde of de vernietigingsbevoegdheid van respectievelijk het Arbitrage-

hof en de Raad van State, afdeling administratie, aanleiding geeft tot een louter negatieve bijdrage aan de rechtsvorming (het doen wegvallen van een norm uit de rechtsorde) of ook tot een positieve bijdrage (iets toevoegen aan het rechtsbestel). Zowel bij het Arbitragehof als bij de Raad van State werd vastgesteld dat de rechter wel degelijk een positieve rol speelt bij de rechtsvorming. Dat dit meer uitgesproken lijkt bij het Arbitragehof, heeft wellicht te maken met het feit dat de Raad van State uitspraak doet over – meestal individuele – bestuurshandelingen die binnen een wettelijk kader tot standkomen, terwijl het Arbitragehof uitspraak doet over wetgevende handelingen die binnen het meer algemene kader van de Grondwet en algemene rechtsbeginselen worden beoordeeld. Dat belet niet dat ook de Raad van State driest uit de hoek kan komen. Het Arbitragehof stelt lacunes in de wetgeving vast, de Raad van State is bereid daar «in het licht van het beginsel van de rechtsstaat» rechtscheppende gevolgen aan te hechten.¹³⁴

48. Het doen wegvallen van een norm uit de rechtsorde heeft iets van een wetgevende handeling, wegens het *erga omnes*-karakter ervan. De doelstelling verschilt echter: de wetgever doet een norm wegvallen om opportuniteitsredenen, de rechter doet het om de rechtsorde te herstellen. Hij spreekt geen opportuniteitsoordeel uit, maar zijn uitspraak is het resultaat van een loutere legaliteitscontrole. Zij is dus het noodzakelijke gevolg van de rechtsstaat. De rechtsvormende bijdrage is dan beperkt tot de bijdrage die elke rechter levert bij de interpretatie van normen. Het is immers de rechter die uiteindelijk vaststelt hoe het in zijn abstractie geformuleerde recht, dat hersteld dient te worden, eruit ziet in zijn concrete vormgeving. Hoe vager het toetsingskader is, des te ruimer de interpretatieruimte.

49. Arbitragehof en Raad van State leveren een positieve bijdrage die verder gaat dan de bijdrage van de gewone rechter bij de toepassing van het recht, wanneer ze gebruik maken van de mogelijkheid om de gevolgen van een vernietigde handeling te behouden en om een handeling slechts gedeeltelijk te vernietigen.

De gedeeltelijke vernietiging komt neer op een amendering. Dat klinkt nochtans zwaarder dan het in werkelijkheid is. Het vermijden van een volledige vernietiging heeft immers uiteindelijk enkel tot doel de beslissingsmacht van de wet- of regelgever juist zoveel mogelijk te respecteren.

De mogelijkheid om de gevolgen van een vernietigde handeling te behouden, geeft de twee rechtscolleges een instrument in handen om een beperkt deel van de rechtsorde te vormen. De uitoefening ervan is immers een opportuniteitsbeslissing, die enkel deze rechtscolleges toekomt.

Prof. dr. Sabien LUST
Prof. dr. Patricia POPELIER

¹³⁴ Zie *supra*, randnr. 23.

RECHTSHANDHAVING DOOR DE STRAFRECHTER

I. INLEIDING EN NADERE SITUERING VAN HET ONDERWERP

Het thema van de rechtshandhaving door de strafrechter is uiterst breed en complex. Er zou immers gezegd kunnen worden dat het gehele strafrecht in wezen een verschijningsvorm van rechtshandhaving is. In het hedendaagse strafrecht nemen strafbepalingen in het sociaal, economisch of financieel strafrecht zeer dikwijls de vorm aan van een krachtige bevestiging van normen die voor het overige onlosmakelijk verbonden zijn met het ordeningsstrafrecht. Het strafrecht vervult in deze gevallen enkel de functie van stok achter de deur in geval van overtreding van de betrokken norm, die zelf vrijwel uitsluitend wordt ontleend aan andere disciplines.

In het commune strafrecht is de toestand anders, omdat dan veelal meer fundamentele waarden in het geding zijn en door de strafrechtelijke norm worden beschermd, zoals de fysieke en psychische integriteit van de mens of het eigendomsrecht.

Het onderscheid tussen het commune strafrecht en de eerder vermelde andere meer perifere – maar daarom maatschappelijk niet minder belangrijk geachte – sectoren van het strafrecht zet zich ook door in de wijze van rechtshandhaving die door de wetgever wordt voorgesteld en de mate van vrijheid die daarbij aan de rechter wordt gelaten. Zulks zal later blijken.

De titel van deze bijdrage houdt ook belangrijke beperkingen in. Wie zich bij de rechtshandhaving in het strafrecht beperkt tot de figuur van de strafrechter kan zeker niet bogen op volledigheid. Naast de strafrechter zijn immers nog andere actoren op dit domein actief en dient zeker voor ogen te worden gehouden dat de activiteit van het openbaar ministerie bij deze invalshoek buiten beschouwing wordt gelaten. Dit betekent dat in onderhavige bijdrage niet zal worden ingegaan op het beleid van het openbaar ministerie, noch in zoverre dit de vorm aanneemt van sepot, noch in zoverre door het openbaar ministerie het initiatief wordt genomen tot een buitengerechtelijke afdoening, zoals de minnelijke schikking (art. 216bis Sv.) en de bemiddeling in strafzaken (art. 216ter Sv.). Ook de rechtshandhaving door middel van administratieve geldboeten wordt hier buiten beschouwing gelaten. Dat de wetgever ook aan dit instrument meer en meer belang hecht voor de rechtshandhaving in bepaalde sectoren, blijkt uit het feit dat voor de in de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten vermelde inbreuken de administratieve geldboete de regel is en de strafrechtelijke vervolging de uitzondering.¹ Men dient er zich bewust van te zijn dat slechts een klein gedeelte van de gepleegde misdrijven aanleiding geeft tot een rechterlijke beoordeling over de grond van de zaak. Overwegingen over de rechtshandhaving door de strafrechter

dienen dan ook steeds met deze beperking in het achterhoofd te worden gelezen.

Het is immers duidelijk dat het openbaar ministerie door een buitengerechtelijke afdoening of de administratie door oplegging van een administratieve geldboete eveneens aan rechtshandhaving doen en het is geenszins aangetoond dat dergelijke initiatieven minder efficiënt zouden zijn dan een strafoplegging door de rechter.

Bij de bespiegelingen over het thema van dit congres mag evenmin uit het oog worden verloren dat rechtshandhaving in een democratische rechtsstaat steeds nauw verbonden dient te zijn met rechtsbescherming. Ook bij het verlenen van deze rechtsbescherming bij een strafrechtelijk overheidsoptreden speelt de strafrechter een uiterst belangrijke rol. Hij dient ervoor te waken dat rechtshandhaving niet ontaardt in een stuitende ongelijkheid tussen de overheid en het individu. Veel wetgeving – en ook strafwetgeving – is erop gericht regulerende normen te handhaven. Ook hier doet de behoefte aan rechtsbescherming zich voelen. Men kan bijvoorbeeld in het domein van het sociaal en fiscaal strafrecht vaststellen dat de noodzakelijke rechtsbescherming in toenemende mate wordt totstandgebracht door een consequente toepassing van het E.V.R.M.² De strafrechter heeft hierbij als belangrijke taak om de rechtspositie van de beklaagde tijdens de procedure veilig te stellen en ook te vermijden dat derden onrechtstreeks het slachtoffer zouden worden van bepaalde sancties die ten laste van de beklaagde worden uitgesproken, zoals de verbeurdverklaring.

Een andere dimensie van rechtsbescherming kan worden gekoppeld aan het legaliteitsbeginsel en heeft betrekking op de ruime waaier van mogelijke middelen van rechtshandhaving waarover de strafrechter soms beschikt. Meer en meer ontstaat de situatie dat de strafrechter over verscheidene sancties beschikt om een bepaald feit te bezeugen, maar de wet geen aanwijzingen geeft nopens de eventueel door de wetgever gemaakte voorkeur. De strafrechter dient in een dergelijke situatie zelf een keuze te maken voor de sanctie die naar zijn oordeel het meest gepast is. Op zichzelf is hier niets op tegen, maar vragen kunnen worden gesteld bij de controlemogelijkheid die terzake voor de beklaagde bestaat. Vroeger werd er reeds op gewezen dat een analoog probleem rijst bij de hantering door het openbaar ministerie van het opportuniteitsbeginsel en de keuze tussen verschillende vormen van buitengerechtelijke afdoening.³ Het lijkt raadzaam dat de wetgever zelf meer zou bepalen welke sancties in welke omstandigheden bij voorkeur dienen te worden toegepast, zonder meteen aan de strafrechter de mogelijkheden te ontnemen om de uit te spreken sanctie zoveel mogelijk te individualiseren.

² Zie hieromtrent: A. DE NAUW, «De rechten van de mens, stuwende kracht van een nieuwe golf van penalisering in het sociaal en fiscaal strafrecht», *T. Strafr.*, 2001, 216-227.

³ Ph. TRAEST, «Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel», *R.W.*, 1993-94, 1999-2000. Men raadplege eveneens M.A. AGARD, «Le principe de la légalité et la peine», *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2001, 289-299.

¹ Art. 5, als gewijzigd door de wet van 13 februari 1998 (*B.S.* 19 februari 1998). Deze regel geldt niet voor een overtreding van art. 27, 1^o, van het K.B. nr. 34 van 20 juli 1967 betreffende de tewerkstelling van werknemers van vreemde nationaliteit.

In het hiernavolgende zal een poging worden ondernomen om na te gaan of het huidige sanctie-arsenaal dat ter beschikking van de strafrechter staat, hem in staat stelt aan rechtshandhaving te doen. Er wordt geen volledigheid beoogd. Veeleer zal de aandacht worden toegespitst op enkele pijnpunten terzake.

II. DE KLASSIEKE VRIJHEIDSBEROVENDE STRAFFEN EN DE GELDBOETE

Het behoeft geen commentaar dat de vrijheidsberoving en de geldboete in ons hedendaags strafrecht nog steeds veruit de meest voorgeschreven en ook toegepaste straffen uitmaken. Met betrekking tot de vrijheidsberoving dient wel te worden herinnerd aan het in historisch perspectief relatief recente karakter van deze soort straf. Tot de Franse Revolutie diende de vrijheidsberoving vrijwel uitsluitend om de verdachten te bewaren tijdens het onderzoek en in afwachting van de strafuitvoering, die dan meestal de vorm aannam van lijfstraffen.⁴ De doorbraak van de vrijheidsberoving als zelfstandige straf op het einde van de achttiende eeuw dient dan ook te worden gezien als een blijk en teken van humanisering van het strafrecht. De vragen die heden ten dage worden gesteld bij het nut van de gevangenisstraf en in het bijzonder van de korte vrijheidsberoving,⁵ zijn een blijk van een verder oprukkende humanisering van de strafuitvoering. De geldboete is vanuit historisch oogpunt minder nieuw, maar heeft sedert de Franse Revolutie nog aan belang gewonnen.

Niemand zal ontkennen dat deze soorten straffen een aantal nadelen meebrengen, waaronder de onrechtstreekse bestraffing van derden die van de veroordeelde in meerdere of mindere mate afhankelijk zijn. Ook worden reeds sedert lang vragen gesteld bij het nut van een gevangenisstraf in het licht van de resocialisering van de veroordeelde. De ruimte ontbreekt hier om aan deze problemen meer aandacht te besteden. Desondanks is het niet vermetel te stellen dat de gevangenisstraf en de geldboete ook in de toekomst nog veel zullen worden toegepast. De afschaffing van de doodstraf en de vervanging van de levenslange dwangarbeid en hechtenis door opsluiting en hechtenis van twintig tot dertig jaar,⁶ bewijzen dat de wetgever nog steeds de vrijheidsberoving naast de geldboete beschouwt als de gebruikelijke bestrafwijswijze van een misdrijf.

De vraag rijst of de strafrechter in de gevangenisstraf en de geldboete nuttige instrumenten ter hand gesteld krijgt om aan rechtshandhaving te doen. Centraal hierbij is de vraag naar de vrijheid waarover hij hierbij beschikt.

Het revolutionaire strafwetboek van 1791 had een stelsel van vaste straffen ingevoerd als reactie op de willekeur van het Ancien Régime.⁷ Het Strafwetboek van 1810 bevatte dan weer een stelsel van vrijheidsberovende straffen met een

minimum en een maximum en het huidige strafwetboek van 1867 heeft dit systeem overgenomen. De afstand tussen de minimale gevangenisstraffen en geldboeten en de maxima is meestal groot. Binnen deze grenzen kan de rechter vrij de strafmaat bepalen.⁸ Deze rechterlijke vrijheid is ongetwijfeld verdedigbaar in het licht van de wens tot individualisering van de straf, terwijl het gevaar van willekeur wordt beperkt door de verplichting tot motiveren (art. 163 en 195 Sv.).⁹

Gelet op de ruime afstand tussen minimum- en maximumstraffen, rijst de vraag naar de actuele functie van de minimumstraf. Uitgangspunt is de vaststelling dat de indeling van de misdrijven naar Belgisch recht berust op een exclusief kwantitatief criterium. Reeds ten tijde van de afkondiging van het Strafwetboek werd gedebatteerd over de kwestie of zulks een terechte keuze was.¹⁰ In de context van de mogelijkheid tot rechtshandhaving door de strafrechter is de vraag of een kwantitatief dan wel een kwalitatief criterium de voorkeur verdient, niet van primordiaal belang. De indeling van de misdrijven is immers eerder van belang voor de bevoegdheid van de strafrechter en de rechterlijke organisatie, maar bepaalt op zichzelf niet de mogelijkheden tot rechtshandhaving door de geadieerde strafrechter. Het is juist dat in een aantal andere landen een tweeledige indeling van de misdrijven bestaat die meer dan in ons land op een kwalitatief criterium is gebaseerd en dat een indeling naar gelang intrinsieke maatschappelijke waarden dan wel reglementaire voorschriften worden aangetast, misschien de voorkeur verdient.¹¹ Ook de Belgische Commissie voor de herziening van het Strafwetboek deelde deze overtuiging.¹²

Toch rijzen hierbij twee moeilijkheden. Allereerst bestaat er in onze maatschappij geen algehele consensus over welke waarden intrinsiek maatschappelijk en fundamenteel zijn. Bovendien zal zelfs een indeling gebaseerd op een kwalitatief criterium logischerwijze steeds haar weerslag dienen te vinden op de strafmaat. Ten slotte vereist het loslaten van de drieledige indeling van de misdrijven wellicht een grondwetsherziening.¹³

⁸ C. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, nr. 1910.

⁹ Door nogal wat auteurs wordt nochtans beweerd dat de bestaande wettelijke motiveringsverplichting voor een veroordeelde een beperkte en onvoldoende waarborg oplevert (D. HOLSTERS, «Motivering van de straf: waarborg voor de beklaagde?» in *Liber amicorum Jean du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, p. 47, nr. 48).

¹⁰ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gent, Hoste, 1874, p. 233-234, nr. 318-319. Hij liet opmerken dat deze indeling gebaseerd is op de intrinsieke ernst van de misdrijven en bovendien ook een groot praktisch belang bezit. Dit laatste is ongetwijfeld het geval. Wat de ernst van de misdrijven betreft, is het zo dat de ernst van het misdrijf als beginsel van indeling van de misdrijven niet noodzakelijk in een exclusief kwantitatieve indeling hoeft te worden omgezet.

¹¹ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, vierde druk, Antwerpen, Maklu, 1999, 158-159.

¹² Commissie voor de herziening van het Strafwetboek, *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, juni 1979, 39-41. De commissie dacht idealiter aan een tweeledige indeling, maar koos omwille van de haalbaarheid voor een drieledige indeling, maar gebaseerd op de aard van de misdrijven. Het aantal misdaden zou worden beperkt en de mogelijkheid tot correctionalisering op grond van de gegevens eigen aan de zaak zou blijven bestaan.

¹³ C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 159.

⁴ C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, Gent, Story-Scientia, 1976, nrs. 1729 e.v.

⁵ Bijvoorbeeld door R. Legros in zijn voorontwerp van Strafwetboek uit 1985.

⁶ Art. 3 van de wet van 10 juli 1996 tot afschaffing van de doodstraf en tot wijziging van de criminele straffen (*B.S.*, 1 augustus 1996).

⁷ J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, Luik, 1965, p. 58, nr. 27.

In de veronderstelling van het behoud van de actuele driedelige indeling van de misdrijven rijst echter de vraag naar de zin van de minimumstraf. Dat de driedelige kwantitatief uitgedrukte indeling van de misdrijven voor de praktische toepassing van een aantal leerstukken zoals poging, deelneming, herhaling, verzachtende omstandigheden, bevoegdheid en verjaring van de strafvordering onmisbaar is, lijkt niet betwistbaar.¹⁴ De driedelige indeling blijft nochtans ook volledig overeind indien enkel op het maximum van de straf acht wordt geslagen.

Een dwingend strafminimum heeft enkel zin indien de wetgever van oordeel zou zijn dat het betrokken misdrijf in elk geval en ongeacht de concrete omstandigheden eigen aan de zaak, met minstens deze sanctie dient te worden bestraft. In de meer recente strafrechtsgeschiedenis blijkt niet dat dit steeds het geval is. Uitzondering kan worden gemaakt voor de gevallen waarin de wetgever als gevolg van sommige verzwarende omstandigheden het minimum van de straf verhoogt en het maximum ongewijzigd laat.¹⁵ Ook de in de meeste gevallen grote – en in de recente wetgeving groter wordende¹⁶ – afstand tussen de minimum- en maximumstraf, wijst op het feit dat aan het strafminimum geen specifieke betekenis toekomt. Het bepalen van een specifieke minimumstraf voor elk misdrijf lijkt dan ook eerder te zijn verworpen tot een routinematige wetgevingstechniek.

Een verplichte minimumstraf kan in een aantal gevallen de individualisering van de straf in de weg staan, zeker indien de minimumstraf hoog ligt of de afstand tussen de minimum- en maximumstraf niet groot genoeg is.

Bovendien stelt men vast dat de minimumstraf de bedoelingen van de wetgever soms doorkruist. Ofschoon art. 195, tweede lid, Sv.¹⁷ de rechter toelaat voor de vaststelling van de geldboete rekening te houden met de door de beklagde aangevoerde elementen over zijn sociale toestand, is het hem nochtans niet toegestaan een geldboete uit te spreken die lager is dan het minimum.¹⁸ Deze bepaling voegt derhalve aan de bestaande rechterlijke vrijheid niets toe en is eveneens waardeloos als compensatie voor de verhoging van de opdecimes. Het is immers duidelijk dat ook zonder deze wettekst de strafrechter met de sociale toestand van de beklagde rekening kan houden door bijvoorbeeld de minimumstraf uit te spreken.

Opmerkelijk genoeg heeft de wetgever zelf – wellicht onbewust – recentelijk het concept en de waarde van de minimumstraf in vraag gesteld. In navolging van de recht-

spraak van het Hof van Cassatie nopens de sanctie bij de overschrijding van de redelijke termijn bepaalt art. 21ter Voorafgaande Titel Sv. dat de strafrechter voortaan ook een straf onder het minimum of een loutere schuldigverklaring kan uitspreken.¹⁹ Het is duidelijk dat de wetgever bij het bepalen van de gevolgen van de overschrijding van de redelijke termijn gehinderd was door het concept van de minimumstraf. Men ziet overigens niet in waarom de overschrijding van de redelijke termijn van de strafvervolgung wel van aard is de minimumstraf terzijde te schuiven en de sociale toestand van de beklagde of in het algemeen het vereiste van individualisering van de straf niet. Hetzelfde geldt voor de schuldigverklaring, die in het Belgische strafrecht niet gekend is als afzonderlijke straf,²⁰ maar bij overschrijding van de redelijke termijn, en alleen dan, wel mogelijk wordt. Het zou consequent geweest zijn de loutere schuldigverklaring het statuut van een autonome straf te verlenen. In heel wat gevallen heeft een loutere schuldigverklaring een even gunstig effect op de overtreder als een veroordeling tot een minimumstraf die toch niet wordt uitgevoerd maar wel op het strafregister van een persoon komt en daardoor een aantal negatieve effecten creëert.

Het is derhalve verdedigbaar te stellen dat het strafminimum in ons huidig Belgisch strafrecht geen hoger doel meer dient. De vrijheidsstraf en de geldboete zullen nog geruime tijd belangrijke instrumenten van rechtshandhaving blijven. De vrijheid waarover de rechter beschikt tussen het minimum en het maximum van de straf, is duidelijk verantwoord in het licht van de noodzaak tot individualisering van de straf. De strafrechter heeft immers tot taak aan de traditionele functies van de straf, namelijk vergelding, algemene en individuele preventie,²¹ in de aan hem concreet voorgelegde zaak gestalte te geven. Bij de straftoemeting dient hij rekening te houden zowel met het verleden, met name de zwaarte van het gepleegde feit, als met de bescherming van de maatschappij en de prognose in verband met het toekomstige gedrag van de veroordeelde.²² De correcte invulling van deze opdracht is moeilijk verenigbaar met een geringe beoordelingsvrijheid voor de strafrechter. Er zijn dan ook geen imperatieve redenen voorhanden om de sedert de negentiende eeuw bestaande evolutie van verruiming van de rechterlijke vrijheid terug te draaien. De grote afstand die momenteel bestaat tussen de minima en de maxima hebben tot gevolg dat het strafminimum de rechterlijke vrijheid niet fundamenteel beperkt, maar wel enkele technische problemen veroorzaakt. Om deze reden worden dan ook beter de voor elk misdrijf bestaande strafminima achterwege gelaten. Bovendien zou hiermee aangesloten worden bij de in Nederland en Frankrijk bestaande praktijk.²³ Ook de Commissie voor de herziening van het

¹⁴ C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 157-158; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1989, 169-170.

¹⁵ Bv. art. 377, derde en laatste lid, Sw.

¹⁶ A. Jacobs geeft terecht het voorbeeld van de faillissementsmisdrijven, waarvoor art. 489bis Sw. in een geldboete voorziet van 100 tot 500.000 frank (A. JACOBS, «L'adaptation de l'amende à la situation sociale du condamné (art. 195, al. 2 du Code d'instruction criminelle)» in *Liber amicorum Jean du Jardin*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 276).

¹⁷ Als aangevuld bij art. 2 van de wet van 24 december 1993 met ingang van 1 januari 1994. In dezelfde wet werden de opdecimes voor de geldboeten vanaf 1 januari 1994 verhoogd tot 150 en vanaf 1 januari 1995 tot 200. Art. 195, tweede lid, Sv. is dan ook duidelijk een poging om deze drastische verhoging te milderen.

¹⁸ A. JACOBS, *o.c.*, 272-273; Ph. TRAEEST, *o.c.*, *R.W.*, 1993-94, 1203.

¹⁹ Art. 21ter Voorafgaande Titel Sv., ingevoegd bij de wet van 30 juni 2000 (*B.S.*, 2 december 2000).

²⁰ In het raam van de opschorting van uitspraak van veroordeling wordt zij immers gekoppeld aan een proeftermijn van minstens een jaar (art. 3 Probatiwewet).

²¹ C. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, III, nrs. 1710-1714.

²² C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 390-391, die tevens doet opmerken dat deze criteria in werkelijkheid tot op zekere hoogte tegenstrijdig zijn.

²³ In Nederland geldt wel een algemeen strafminimum, namelijk een dag gevangenisstraf en vijf gulden geldboete.

Strafwetboek had reeds in 1979 voorgesteld de strafminima op te heffen.²⁴

Negatieve effecten van deze grote rechterlijke vrijheid kunnen eventueel worden opgevangen door de invoering van straftoemingsrichtlijnen, naar het voorbeeld van de Amerikaanse *sentencing guidelines*, waarnaar de strafrechter zich zou dienen te richten, behoudens uitdrukkelijk gemotiveerde afwijkingen.

III. BIJKOMENDE STRAFFEN

A. De bijzondere verbeurdverklaring

De (bijzondere) verbeurdverklaring of confiscatie is als bijkomende straf reeds geruime tijd in het Belgische strafrecht gekend. Tot 1990 bestond enkel de klassieke confiscatie, die betrekking heeft op de zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken, de zaken die hebben gediend om het misdrijf te plegen en de zaken die uit het misdrijf voortkomen. Deze gewone verbeurdverklaring overeenkomstig art. 42, 1^o en 2^o, Sw. is ongetwijfeld een belangrijk instrument van rechtshandhaving en kan dan ook moeilijk worden bekritiseerd. Het belang van de verbeurdverklaring is overigens ook een argument voor de erkenning van deze straf als hoofdstraf, zoals ook de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek reeds had voorgesteld.²⁵

De wet van 17 juli 1990 heeft evenwel aan de verbeurdverklaring een volstrekt nieuwe dimensie gegeven door aan de lijst van de verbeurd te verklaren zaken de vermogensvoordelen toe te voegen die rechtstreeks uit het misdrijf voortkomen, de goederen en de waarden die in de plaats daarvan zijn gesteld en de inkomsten uit belegde voordelen (art. 42, 3^o, Sw.). Het gaat derhalve om de primaire voordelen, de vervangingszaken en de inkomsten uit belegde voordelen.²⁶ Aan deze vorm van confiscatie ligt de rechtvaardigheidsgedachte ten grondslag dat misdaad niet mag lonen en dat men niet beter mag worden van zijn eigen sociaal gedrag.²⁷

Deze vaststelling mag echter niet doen geloven dat de confiscatie louter een reparatoir karakter zou hebben. Niets is minder waar. Tal van factoren, waaronder de wijze van berekening van het onrechtmatig geacht voordeel²⁸ en het feit dat deze straf normalerwijze slechts wordt opgelegd na een strafrechtelijke veroordeling, leiden immers tot het besluit dat de confiscatie van het *productum sceleris* onmiskenbaar een punitief karakter bezit, zodat procedurele afwijkingen ten aanzien van het gemene strafprocesrecht niet aanvaardbaar zijn.²⁹ Dit geldt eveneens voor de verbeurdverklaring met toewijzing aan de benadeelde, zoals bepaald in art. 43bis Sw.

²⁴ Commissie voor de herziening van het Strafwetboek, *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, juni 1979, 68.

²⁵ Commissie voor de herziening van het Strafwetboek, *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, juni 1979, 70.

²⁶ C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 363-364.

²⁷ G. STESSENS, *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen*, Antwerpen - Groningen, Intersentia, 1997, p. 60, nr. 140.

²⁸ Er wordt immers geen rekening gehouden met de door de beklaagde gemaakte kosten (Cass., 18 februari 1997, *Arr. Cass.*, 1997, nr. 93).

Aan de basisfilosofie van de verruimde verbeurdverklaring - die in feite een voordeelsontneming is - kan weinig worden afgedaan. De wijzigende vormen van criminaliteit, alsmede de traditioneel restrictieve interpretatie van art. 42, 2^o, Sw.³⁰ hebben de wetgever ertoe gebracht in te grijpen en deze nieuwe categorie van verbeurd te verklaren zaken aan de bestaande wetgeving toe te voegen. De strafrechter dient onmiskenbaar te beschikken over dit instrument van rechtshandhaving.

De principiële verdiensten van deze nieuwe vorm van verbeurdverklaring mag de jurist nochtans niet blind maken voor de concrete uitwerking ervan *de lege lata*. Algemeen kan men vaststellen dat de vrijheid waarover de strafrechter beschikt bij de verbeurdverklaring van primaire en secundaire vermogensvoordelen bijzonder groot is. Het afschrikwekkend karakter van deze vorm van confiscatie is hierdoor in vele gevallen groter dan dit van de klassieke geldboete, waar de wet tenminste een maximumbedrag bepaalt.

Gelet op de aard van de verbeurdverklaring, is het vanzelfsprekend onmogelijk een maximumbedrag in de wet op te nemen. Wel kan worden geargumenteed dat, net zoals bij de bepaling van de geldboete, de sociale toestand van de beklaagde ook hier een rol zou moeten spelen. De vraag is veeleer of de wijze waarop de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen in de wet is uitgewerkt, de strafrechter niet de gelegenheid geeft of soms zelfs dwingt te ver te gaan. Drie aandachtspunten kunnen deze vraagstelling illustreren: de verbeurdverklaring ten aanzien van een derde, het verplicht of facultatief karakter van de verbeurdverklaring en het gebrek aan beperking in de tijd van de werking van deze straf.

Uit de duidelijke tekst van art. 42, 3^o, Sw. volgt dat het eigendomsvereiste voor de primaire of secundaire vermogensvoordelen niet geldt. De vraag rees of hieruit kon worden afgeleid dat deze vorm van verbeurdverklaring ook kan worden uitgesproken ten aanzien van derden-bezitters, die een zaak die een vermogensvoordeel uit een misdrijf uitmaakt, onder zich houden. Zowel in de rechtspraak als de rechtsleer werd lange tijd op deze vraag verdeeld geantwoord.³¹ Nadat het Hof van Cassatie in een arrest van 31 juli 1995 beslist had dat de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen een straf is die bij wijze van uitzondering aan derden kan worden opgelegd,³² besliste het bij arrest van

²⁹ G. STESSENS, *o.c.*, p. 60-65, nr. 140-151. Een eventuele verdeling van de bewijslast met betrekking tot de herkomst van de illegale vermogensvoordelen (maar niet met betrekking tot de schuld aan het basismisdrijf) is wellicht het verste dat de wetgever zou kunnen gaan.

³⁰ G. STESSENS, *o.c.*, p. 59, nr. 138; C. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, III, p. 902, nr. 1822; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 360. Zo werd vroeger geoordeeld dat de zaken gekocht met het geld verkregen door het misdrijf niet uit het misdrijf voortkomen en dus niet verbeurdverklaard kunnen worden op grond van art. 42, 2^o, Sw.

³¹ Voor een uitstekende schets van de rechtsleer en de rechtspraak terzake: G. STESSENS, «Geen verbeurdverklaring van vermogensvoordelen die zich in het vermogen van een derde bevinden» (noot bij Cass., 10 februari 1999), *R. Cass.*, 1999, 338-341.

³² Cass., 31 juli 1995, *R.W.*, 1995-96, met noot A. DE NAUW, *R. Cass.*, 1996, 141, met noot P. VAN CAENEGEM.

10 februari 1999 dat de verbeurdverklaring van de zaken bedoeld in art. 42, 3^o, Sw. onderstelt dat deze in het vermogen van de veroordeelde gevonden kunnen worden, ook al is er geen eigendomsvereiste.³³ In een meer recent arrest van 29 mei 2001 oordeelde het Hof van Cassatie dan weer in andere zin door het vereiste dat de zaken zich nog in het vermogen van de veroordeelde dienen te bevinden, niet meer aan te houden. Het Hof bevestigt dat de betrokken zaken «wegens hun delictuele oorsprong kunnen worden verbeurdverklaard, zonder dat zij daarom eigendom moeten zijn van de veroordeelde».³⁴

Deze situatie is uiterst onverkwikkelijk en illustreert op treffende wijze de onduidelijkheid van de betrokken wettelijke bepalingen. Het is niet gezond dat de eventuele werking van een straf ten aanzien van derden op een dergelijke onduidelijke manier wordt geregeld. Er zij aan herinnerd dat het beginsel van het persoonlijk karakter van de straf vereist dat deze derdenwerking zoveel mogelijk wordt beperkt. Tot vóór de inwerkingtreding van de wet betreffende de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen³⁵ waren ernstige argumenten voorhanden om deze derdenwerking te verdedigen. Het was immers zeker niet ondenkbaar dat de vermogensvoordelen zich zouden bevinden in het vermogen van een rechtspersoon die strafrechtelijk niet vervolgd kon worden. Nu is de situatie grondig gewijzigd en zijn er derhalve – wat betreft na de inwerkingtreding van de wet van 4 mei 1999 gepleegde feiten – minder argumenten om deze derdenwerking te handhaven. Maar, zelfs indien de wetgever deze derdenwerking zou wensen te handhaven, dient een duidelijke regeling tussen te komen die de strafrechter meer houvast biedt.

Het K.B. van 9 augustus 1991, genomen in uitvoering van art. 43bis in fine Sw., bepaalt op welke wijze een rechtsmiddel kan worden aangewend door derden die beweren recht te hebben op een verbeurdverklarde zaak. Derden, eigenaar van een verbeurd te verklaren zaak kunnen ook steeds in het strafproces tussenkomen. Dit is ook zo in de gevallen waarin de wetgever in afwijking van art. 42, 1^o, Sw. het eigendomsvereiste niet stelt voor de verbeurdverklaring van de werktuigen die hebben gediend om het misdrijf te plegen, bijvoorbeeld bij de verplichte verbeurdverklaring (art. 222 Douane- en Accijnzenwet) van de voertuigen die tot smokkel werden aangewend.³⁶ Nochtans is een duidelijke wettelijke regeling gewenst. Het recht om in het strafproces tussen te komen heeft enkel een jurisprudentiële basis, terwijl het K.B. van 9 augustus 1991 enkel betrekking heeft op een verbeurdverklaring op grond van art. 42, 3^o, Sw. Niet alleen dient de derdenwerking te worden beperkt tot de gevallen waarin het algemeen belang primeert op het

³³ Cass., 10 februari 1999, *R. Cass.*, 1999, 338-342, met noot G. STESSENS.

³⁴ Cass., 29 mei 2001, A.R. P. 00.1434.N. In deze zaak waren de betrokken vermogensvoordelen terecht gekomen in het vermogen van een rechtspersoon, die niet als beklaagde werd vervolgd.

³⁵ Wet van 4 mei 1999 (*B.S.* 22 juni 1999).

³⁶ Arbitragehof, 19 december 2001, arrest nr. 162/2001. Het Hof oordeelde dat de wetgever, wat het eigendomsvereiste betreft, wel mocht afwijken van het gemene recht, maar dat de onmogelijkheid voor de eigenaar om aan te tonen dat hij vreemd is aan het misdrijf, een schending van zijn eigendomsrecht uitmaakt die onevenredig is met het nagestreefde doel van algemeen belang (overweging B.5.3).

eigendomsrecht, de door de verbeurdverklaring bedreigde derden zouden systematisch dienen te worden geïnformeerd van hun recht om in het strafproces tussen te komen. Zulks is een verantwoordelijkheid van de Belgische wetgever. Verplichtingen die in internationale verdragen worden opgenomen om ervoor te zorgen dat personen die worden getroffen door maatregelen tot opsporing en voorlopige maatregelen of maatregelen tot confiscatie, hun rechten zouden kunnen beschermen, bieden immers geen soelaas, aangezien dergelijke bepalingen – bv. art. 5 van de overeenkomst van 8 november 1990 inzake het witwassen, de inbeslagname en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven – geen rechtstreekse werking hebben in het interne recht. Personen kunnen hieraan geen rechten ontleen.³⁷

Ook het facultatieve karakter van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen verdient enige aandacht. De wetgever heeft ervoor geopteerd de verbeurdverklaring van zaken bedoeld in art. 42, 3^o, Sw. facultatief te maken, in tegenstelling tot de zaken bedoeld in art. 42, 1^o en 2^o, Sw.³⁸ Hij was van oordeel dat de rechter over de nodige middelen moet kunnen beschikken om het hoofd te bieden aan bepaalde omstandigheden waarin een dergelijke maatregel noodzakelijk is, maar niet om zonder onderscheid repressief te handelen.³⁹ Hierbij is het de bedoeling dat belangrijke vermogensvoordelen zouden worden verbeurd verklaard. Bij de betuiging van het witwassen daarentegen werd de verbeurdverklaring van de witgewassen vermogensvoordelen verplicht gesteld, aangezien art. 505 Sw. bepaalt dat deze elementen dienen te worden beschouwd als het voorwerp van het misdrijf in de zin van art. 42, 1^o, Sw. Niet alleen levert dit de eigenaardige situatie op dat de wet op dit punt strenger is voor de witwasser dan voor de dader van het onderliggende misdrijf,⁴⁰ maar deze bepaling brengt ook het risico mee van een dubbele confiscatie van het productum sceleris.⁴¹

De wetgever heeft de voordeelsontneming uitgewerkt in het raam van de bijkomende straf van de verbeurdverklaring. Dit betekent dan ook dat aan de rechter niet meer dan de noodzakelijke beoordelingsvrijheid dient te worden ge-

³⁷ Cass., 15 mei 2001, A.R. P.01.0013.N, met conclusie advocaat-generaal DUINSLAEGER. *In casu* had de betrokkene hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de raadkamer tot uitvoerbaarverklaring van een Sloveens verzoek tot bewarend beslag of blokkering van bankrekeningen.

³⁸ Uitzonderlijk heeft de wetgever afgeweken van het verplicht karakter van de verbeurdverklaring van de zaken bedoeld in art. 42, 1^o en 2^o, Sw., zoals in geval van overtredingen van de Handelspraktijkenwet, met uitzondering van de herhaling van dergelijke overtredingen, in welk geval de verbeurdverklaring dan toch weer verplicht wordt (art. 110, tweede lid, Handelspraktijkenwet van 14 juli 1991).

³⁹ A. VANDEPLAS, «De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen» in *Liber amicorum Marc Châtel*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 394, nr. 34, met verwijzing naar de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke wetsontwerp.

⁴⁰ C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 365.

⁴¹ G. STESSENS, *o.c.*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 91. Deze auteur geeft het voorbeeld van een wapenhandelaar die wordt veroordeeld en waarbij de verkregen vermogensvoordelen worden verbeurd verklaard. Hij heeft deze echter witgewassen en geïnvesteerd in een vastgoedproject. Bij een latere vervolging wegens witwassen zullen deze vermogensvoordelen nogmaals worden verbeurdverklaard als voorwerp van het misdrijf.

laten. Niet alleen het vrij onduidelijke begrip van de vermogensvoordelen zelf, maar ook het facultatieve karakter ervan en de onduidelijke werking ten aanzien van derden, wekken de indruk dat de wetgever aan de rechter te weinig leiding geeft. A. Vandeplas schrijft hieromtrent: «In de parlementaire voorbereiding wordt herhaaldelijk verwezen naar de «beoordelingsvrijheid van de rechter», maar het doorverwijzen van problemen, hoe eervol ook voor de magistratuur, brengt de oplossing niet veel naderbij. Men kan zich afvragen of het wel verantwoord is dat de strafrechter bij de verbeurdverklaring «een beleid» voert: de bepaling van de omvang van de verbeurde zaak, de omschrijving van het begrip «vermogensvoordeel», de afbakening van de goederen en waarden die in de plaats van de voordelen zijn gesteld, het determineren van de «inkomsten» uit de belegde voordelen, heeft helemaal niets te maken met het beleid van de strafrechter. De verbeurdverklaring is een straf en als zodanig dient ze strikt te worden geïnterpreteerd. Het implementeren van het opzet behoort tot de bevoegdheid van de wetgever».⁴²

Het ruime karakter van de verbeurdverklaring geeft aanleiding tot een andere overweging. Art. 42, 3^o, Sw. werd ingevoerd op een ogenblik dat de verjaringstermijn van de strafvordering voor wanbedrijven nog drie jaar bedroeg. Nadien werd de verjaringstermijn eerst opgetrokken tot vijf jaar⁴³ en werden bij de wet van 11 december 1998⁴⁴ nieuwe en voor de praktijk zeer ingrijpende gronden van schorsing van de verjaring van de strafvordering ingevoerd. Dit alles heeft tot gevolg dat de kans nu groter wordt dat een persoon wordt veroordeeld zeer lange tijd nadat het misdrijf werd gepleegd. Het moet worden gezegd dat tien tot twaalf jaar na de feiten perfect tot de mogelijkheden behoort. Deze termijn kan nog langer zijn indien rekening wordt gehouden met de invloed van het voortdurend of collectief karakter van sommige misdrijven. Zelfs indien het wettelijk mogelijk is een persoon na een dergelijke periode een gevangenisstraf of een geldboete op te leggen, rijst de vraag of eenzelfde toegeeflijkheid aan de dag moet worden gelegd wanneer het gaat om de verbeurdverklaring waarvan de omvang moeilijker bepaalbaar is en minder voorzienbaar voor de klaagde. Hoe langer de verbeurdverklaring na het misdrijf wordt uitgesproken, des groter de kans is dat de betrokken vermogensvoordelen een eigen leven zijn beginnen leiden en de strafrechtelijke reactie op dit punt disproportioneel te noemen is. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Indien tien jaar na een misdrijf de brutowinst uit een niet-vergunde uitbating wordt verbeurdverklaard, zal de betrokkene reeds gedurende deze periode belastingen hebben betaald op een bedrag dat hem nadien wordt ontnomen en hij dus nooit heeft gehad. Indien al vragen kunnen worden gesteld bij de redelijkheid van de stelling dat met de kosten geen rekening kan worden gehouden,⁴⁵ is dit zeker het geval in deze hypothese. Bovendien wordt ook de nevenwerking ten aanzien van derden bij een verbeurdverklaring van vermogensvoordelen groter naarmate de tijd tussen het misdrijf en de straf verstrijkt.

⁴² A. VANDEPLAS, *o.c.*, p. 390, nr. 22.

⁴³ Wet van 24 december 1993 (*B.S.*, 31 december 1993).

⁴⁴ Wet van 11 december 1998 (*B.S.*, 16 december 1998).

⁴⁵ A. VANDEPLAS, *o.c.*, p. 402, nr. 65.

De verbeurdverklaring ex art. 42, 3^o, Sw. heeft tot gevolg dat een illegaal vermogensvoordeel op geen enkele wijze wettelijk kan aangroeien of enig ander wettelijk vermogensvoordeel kan genereren. Deze zienswijze kan worden bijgevallen indien de ketting van gegenereerde vermogensvoordelen relatief kort na het misdrijf wordt stopgezet, hetzij door een veroordeling, hetzij minstens door een strafrechtelijk beslag.⁴⁶ Het aanhouden van deze zienswijze gedurende een lange periode na het misdrijf, kan evenwel de proportionaliteit van de straf aantasten. In deze zin zou kunnen worden gedacht aan een beperking – minstens wat de secundaire vermogensvoordelen betreft – van de omvang van de verbeurdverklaring tot de vermogensvoordelen die gedurende een bepaalde periode na het misdrijf voortgebracht zijn.⁴⁷ Dat zulks aanleiding zou kunnen geven tot de situatie waarbij wel nog een hoofdstraf zou kunnen worden uitgesproken, maar slechts een beperkte verbeurdverklaring, zou kunnen worden beschouwd als een techniek om de eis van proportionaliteit tussen misdrijf en straf gestalte te geven.

B. Afzetting en ontzetting

Deze instrumenten van rechtshandhaving voor de strafrechter worden hier slechts voor de volledigheid vermeld.

De afzetting (art. 19 Sw.) is een bijkomende criminele straf die voor het verleden geldt, terwijl de ontzetting uit de in art. 31 Sw. genoemde rechten een bijkomende criminele of correctionele straf is die enkel voor de toekomst geldt. Gaat het om een levenslange opsluiting of een opsluiting van tien tot vijftien jaar of langer, is de ontzetting verplicht en levenslang. De strafrechter heeft in dit geval geen enkele beoordelingsvrijheid.

Indien het gaat om een hoofdstraf van opsluiting van vijf tot tien jaar is de ontzetting facultatief en kan zij levenslang of voor een termijn van tien tot twintig jaar worden opgelegd voor het geheel of een deel van de in art. 31 Sw. vermelde rechten. De beoordelingsvrijheid voor de strafrechter is hier derhalve veel groter.

Bij correctionele straffen kan ontzetting slechts worden uitgesproken indien de wet zulks bepaalt en is de ontzetting facultatief en tijdelijk, tenzij de wet anders bepaalt.

Hierbij dient bovendien rekening te worden gehouden met een bijzonder stelsel van ontzetting van sommige of alle in

⁴⁶ Er kan worden gedacht aan de invoering onder bepaalde voorwaarden van een zogenaamd beslag bij equivalent, waarbij gedurende het onderzoek reeds beslag zou kunnen worden gelegd op legale vermogensvoordelen ten belope van de vermoedelijke illegale vermogensvoordelen die zich niet meer in het vermogen van de verdachte bevinden (G. STESSENS, «Nogmaals over de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit een misdrijf en aanverwante aspecten, zoals de strafbaarstelling van witwassen», *R.W.*, 1999-2000, 1080-1081). Ook in dit geval wordt aan de onzekerheid omtrent de omvang van een eventuele toekomstige verbeurdverklaring deels een einde gemaakt. Een dergelijk bewarend beslag bij equivalent wordt door de regering voorgesteld in het recentelijk bij het parlement ingediende wetsontwerp tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken (*Parl. St.*, Kamer, 2001-2002, nr. 50-1601/001).

⁴⁷ Rekening dient te worden gehouden met het feit dat een dergelijke beperking moeilijker verdedigbaar is indien de betrokken vermogensvoordelen binnen deze periode het voorwerp uitmaken van een ander misdrijf, bijvoorbeeld witwassen.

art. 31 Sw. genoemde rechten dat wordt gekoppeld aan de veroordeling wegens bepaalde misdrijven. Zo voorziet art. 378 Sw. in een verplichte ontzetting van de in art. 31, 1^o, 3^o, 4^o en 5^o, Sw. genoemde rechten, die zal moeten worden toegepast bij een veroordeling tot een criminele straf voor een misdrijf dat wordt omschreven in het hoofdstuk betreffende de aanranding van de eerbaarheid en de verkrachting. Het bijzonder stelsel van ontzetting heeft voorrang op het algemeen mechanisme, maar een combinatie van beide stelsels is mogelijk.⁴⁸

Bij deze bijkomende straf dient niet lang te worden stilgestaan. Gelet op de aard van de in art. 31 Sw. genoemde rechten, is deze straf niet steeds efficiënt. Van de zes genoemde rechten zal vooral het eerste, het vervullen van openbare ambten, een werkelijke rol spelen. De ontradende werking van een ontzetting uit de andere in art. 31 Sw. genoemde rechten kan mijns inziens sterk worden gerelativeerd. Daarentegen zal het verbod om voor een bepaalde periode nog een bepaald beroep te mogen uitoefenen – zie verder – in de praktijk een veel grotere rol spelen.

C. Bekendmaking van de veroordeling

Wat natuurlijke personen betreft, wordt deze straf niet vermeld in de lijst van mogelijke straffen. Zij is wel verplicht in geval van veroordeling tot levenslange opsluiting of hechtenis en met toepassing van art. 457 Sw.⁴⁹ Deze straf is facultatief in art. 502 Sw. en art. 459 W.I.B. Ook in het economisch strafrecht komt deze sanctie voor.^{50 51}

Deze sanctie biedt in onze maatschappij heel wat perspectieven. De bekendmaking van de veroordeling heeft in wezen de functie van een moderne schandpaal en heeft derhalve duidelijk een ontorende functie. Het staat buiten kijf dat een dergelijke straf in een gemediatiseerde samenleving als de onze bijzonder efficiënt kan zijn. Dat ook de wetgever deze enigszins in onbruik geraakte straf opnieuw heeft ontdekt, blijkt uit de invoering van deze bijkomende straf door de wet van 4 mei 1999 betreffende de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen. Art. 7bis Sw. bepaalt dat de bekendmaking of verspreiding van de beslissing een bijkomende criminele of correctionele straf voor rechtspersonen is.⁵² Net zoals het geval is voor de sluiting van een inrichting en het verbod een bepaalde werkzaamheid uit te oefenen, geldt ook voor de be-

⁴⁸ L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, Leuven, Acco, 1989, p. 386-387, nr. 706-707.

⁴⁹ A. VANDEPLAS, «Aanplakking van rechterlijke beslissingen», in *Commentaar Strafrecht en Strafproceduur*, 17 p.

⁵⁰ Bv. art. 9, § 6, van de Prijzenwet, art. 108 van de Handelspraktijkenwet, art. 22 van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en art. 103, 3^o, van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet.

⁵¹ De bekendmaking van de veroordeling kan ook in enkele uitzonderlijke gevallen het karakter van een beveiligings- of informatiemaatregel bezitten (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, p. 389, nr. 712; A. VANDEPLAS, *o.c.*, 2).

⁵² In het Corpus Juris wordt de bekendmaking van de veroordeling voorgesteld als een hoofdstraf voor de aldaar vermelde misdrijven (M. DELMAS-MARTY en C. VANDEN WYNGAERT, *Corpus Juris* houdende strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie, Antwerpen, Intersentia, 1998, 102).

kendmaking en de verspreiding van beslissingen van de strafrechter dat deze sanctie slechts kan worden opgelegd indien de wet zulks uitdrukkelijk bepaalt. Een amendement dat ertoe strekte deze bijkomende straf nu reeds als bijkomende of als enige straf algemeen mogelijk te maken bij elke veroordeling, werd niet aangenomen.⁵³ In de Senaat werd immers gezegd dat een bekendmaking een bedrijf behoorlijk kan treffen zodat dat enige rechtsbescherming nodig is.

Deze straf kan derhalve voor rechtspersonen actueel slechts worden toegepast in de gevallen waarin de wet zulks nu reeds bepaalt voor fysieke personen.

De wetgever heeft de kans laten liggen om deze straf op algemene wijze zowel voor rechtspersonen als voor natuurlijke personen te regelen. De bestaande situatie, waarbij deze straf in de eerste plaats voor rechtspersonen wordt bepaald, getuigt van een ongezonder onevenwicht.

Gelet op de mogelijke effecten en een mogelijke declassering van de veroordeelde, dient natuurlijk omzichtig met de toepassing van deze straf te worden omgesprongen. Deze dient niet voor elk misdrijf mogelijk te worden gemaakt en wordt best ook facultatief gehouden. Bij het opleggen van een dergelijke straf dienen ook de belangen van de slachtoffers te worden gevrijwaard, onder meer door te vermijden dat hun identiteit zou worden bekendgemaakt.⁵⁴

D. Verbod om een beroep of bepaalde activiteit uit te oefenen

Het beroepsverbod is in het Belgische strafrecht niet op algemene wijze geregeld. Wel heeft de wetgever naar aanleiding van de beteugeling van bepaalde misdrijven een beroepsverbod als bijkomende straf ingevoerd. Dit is het geval met de misdrijven inzake bederf van de jeugd en prostitutie, die onder meer het verbod kunnen meebrengen om deel uit te maken van het personeel van een inrichting waarvan de activiteit in hoofdzaak op minderjarigen is gericht (art. 382bis Sw.) of een drankgelegenheid uit te baten (art. 382 Sw.). Ook kan worden verwezen naar het definitieve of tijdelijke verbod om een door de wet op het consumentenkrediet gereguleerde verrichting uit te oefenen (art. 103, 2^o, van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet). Het verbod om de geneeskunde uit te oefenen kan worden opgelegd wegens bepaalde schendingen van het K.B. van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunde. Dit zijn slechts enkele voorbeelden, maar het is opmerkelijk dat de wetgever in zijn sanctiebeleid meer en meer naar de sanctie van een beroepsuitoefeningsverbod grijpt, en dit zowel in de sector van het algemene strafrecht als in die van het bijzondere strafrecht.⁵⁵

Het is niet altijd eenvoudig de aard van een dergelijk verbod te bepalen.⁵⁶ In een aantal gevallen kan een dergelijke sanctie immers niet worden beschouwd als een wegens

⁵³ Amendement van senator Boutmans (*Parl. St.*, Senaat, 1998-99, nr. 1-1217/2, p. 2). Voor de bespreking ervan: Verslag JEANMOYE, *Parl. St.*, Senaat, 1998-99, nr. 1-1217/6, p. 59-60.

⁵⁴ Zie bv. art. 378bis Sw.

⁵⁵ B. SPRIET, «Het vennootschaps-beroepsverbod uit het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 na de wijziging door de wet van 2 juni 1998» in *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 189.

⁵⁶ C. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, p. 913, nr. 1845.

een misdrijf opgelegde bijkomende straf, wat bijvoorbeeld het geval is voor het rechterlijk beroepsverbod uit te spreken in de civiele faillissementsprocedure overeenkomstig art. 3*bis* van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, als gewijzigd door de wet van 2 juni 1998.⁵⁷ Nochtans werd vroeger reeds opgemerkt dat het mogelijk moet zijn in een of meer bepalingen met algemene draagwijdte de voorwaarden van een dergelijke sanctie als bijkomende straf vast te leggen.⁵⁸

De soms onduidelijke aard van een dergelijke sanctie bedreigt de rechtszekerheid. Het is immers duidelijk dat in de meeste gevallen een dergelijk verbod zeer sterk ingrijpt in het leven van de persoon en als een penalisierende maatregel wordt ervaren. Het soms verdoken karakter van dergelijke ingrepen is dan ook zeer misleidend en beknodt de uitoefening van het recht van verdediging bij het debat over de oplegging van een dergelijke maatregel. De tendens die bestaat om dergelijke beroepsverboden te beschouwen als een bijkomende straf, dient dan ook te worden toegejuicht. Een recent voorbeeld van een dergelijke transformatie van een louter automatisch gevolg van bepaalde veroordelingen tot een bijkomende straf, is het verbod tot het uitoefenen van bestuur- en toezichtsfuncties in vennootschappen of van een koopmansbedrijf, vervat in art. 1 en 1*bis* van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden om bepaalde ambten en beroepen of werkzaamheden uit te oefenen, zoals ingrijpend gewijzigd door de wet van 2 juni 1998 (*B.S.*, 22 augustus 1998). Terwijl een dergelijk verbod voorheen een automatisch gevolg was van bepaalde veroordelingen, dat levenslang gold en door de strafrechter niet eens werd uitgesproken, gaat het nu om een bijkomende strafsancie van tijdelijke duur die door de strafrechter moet worden uitgesproken en waaromtrent derhalve een debat op tegenspraak mogelijk is. De vroegere regeling werd door het Arbitragehof strijdig bevonden met art. 10 en 11 van de Grondwet wegens het automatische en levenslange karakter en de afwezigheid van elk debat voor de strafrechter.⁵⁹ De kwalificatie van het beroepsverbod als straf – wat blijkt uit het debat voor de rechter, het facultatieve karakter ervan en het feit dat uit de tekst van de wet niet ondubbelzinnig blijkt dat het een beveiligingsmaatregel is⁶⁰ – heeft met betrekking tot de straftoemeting meteen tot gevolg dat een dergelijk beroepsverbod op grond van art. 8 van de Probationwet voortaan ook met uitstel kan worden uitgesproken.⁶¹

Het beroepsverbod kan worden opgelegd voor een duur van minimum drie jaar en een maximum van tien jaar. Het

⁵⁷ B. SPRIET, *o.c.*, 190; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, p. 394, nr. 721.

⁵⁸ C. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *o.c.*, p. 914, nr. 1845.

⁵⁹ Arbitragehof, 27 mei 1998, *B.S.*, 3 september 1998, p. 28511-28515; *J.L.M.B.*, 1999, 1368-1373, met noot M. NEVE; Arbitragehof, 15 juli 1998, *B.S.*, 21 augustus 1998, p. 27022-27025; *R.W.*, 1999-2000, 206-207. Dit automatisch gevolg van bepaalde veroordelingen werd ook soms betiteld als «het bot zwaard van een blinde justitie» (L. HUYBRECHTS, «Het beroepsverbod van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934: een bot zwaard van een blinde justitie», *R.W.*, 1991-92, 1034 e.v.).

⁶⁰ B. SPRIET, *o.c.*, 191; Cass., 2 juni 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 326. *Contra*: VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 371, die ook na de wet van juni 1998 dit beroepsverbod blijft beschouwen als een beveiligingsmaatregel.

⁶¹ B. SPRIET, *o.c.*, 191.

minimum van het beroepsverbod is vrij hoog en men ziet niet goed in waarom de strafrechter het recht werd ontzegd een beroepsverbod van een of twee jaar uit te spreken. Wel komt de duur van het verbod op deze manier overeen met het beroepsverbod dat in de civiele faillissementsprocedure kan worden uitgesproken. Deze hinderpaal kan deels uit de weg worden geruimd door het minimale beroepsverbod geheel of gedeeltelijk met uitstel uit te spreken, vanzelfsprekend op voorwaarde dat de betrokkene nog in de voorwaarden verkeert om voor deze modaliteit in aanmerking te komen.

Voor het uitspreken van een dergelijk beroepsverbod is enkel vereist dat de beklagde wordt veroordeeld als dader of deelnemer aan een van de misdrijven die limitatief zijn opgesomd in art. 1 van het K.B. In tegenstelling tot vroeger, is geen minimumstraf vereist, zodat bijvoorbeeld een geldboete met uitstel kan worden gekoppeld aan een effectief beroepsverbod of omgekeerd. De nieuwe regeling laat derhalve aan de strafrechter een ruime appreciatievrijheid nopens de manier waarop aan rechtshandhaving dient te worden gedaan.

Terecht merkt B. Spriet op dat een aanzienlijke geldboete als hoofdstraf en een uitgebreid beroepsverbod als bijkomende straf als sanctie voor ondernemingsmisdrijven vaak efficiënter zijn dan een vrijheidsstraf.⁶²

Het zou niettemin wenselijk zijn te komen tot een algemene regeling van het beroepsverbod als bijkomende straf. Koninklijk Commissaris R. Legros deed terzake reeds een concreet voorstel.⁶³

E. Bedrijfssluiting

Nauw verwant met het beroepsverbod is de sluiting van een bedrijf, waarbij onmiddellijk dient te worden opgemerkt dat het ook hier niet altijd even eenvoudig is de aard van een dergelijke ingreep te bepalen. De sluiting wegens bepaalde miskenningen van het K.B. van 3 april 1953 inzake de slijterijen van gegiste dranken (art. 37) is in elk geval een voorbeeld van een bedrijfssluiting als bijkomende straf, alsook de sluiting van een boekhandel, antiquariaat, handel in fotoartikelen of een onderneming van vertoningen in geval van veroordeling op grond van de art. 386, eerste lid of 386*bis* Sw.⁶⁴ (art. 386*ter* Sw.) en de sluiting van de inrichting waar de misdrijven bedoeld in art. 379 en 380 Sw. werden gepleegd (art. 382 Sw.).^{65 66}

De straf van tijdelijke of definitieve sluiting van een of meer inrichtingen bestaat ook ten aanzien van rechts-

⁶² B. SPRIET, *o.c.*, 197.

⁶³ Hij stelde een beroepsverbod van een tot vijf jaar voor indien de betrokkene ernstig misbruik heeft gemaakt van zijn beroep om het strafbare feit te plegen of indien blijkt dat de voortzetting van de beroepsuitoefening een gevaar voor de maatschappij inhoudt (R. LEGROS, *Voorontwerp van Strafwetboek*, Brussel, Ministerie van Justitie, 1985, art. 130, p. 40 en 171).

⁶⁴ De aard van bijkomende straf blijkt in art. 386*ter* Sw. duidelijk uit het feit dat in geval van een tweede of derde veroordeling wegens dezelfde feiten de sluiting voor een langere periode kan worden uitgesproken.

⁶⁵ Zie hierover: Y. NUYTINCK en E. VAN ACKER, «Bederf van de jeugd en prostitutie van minderjarigen» in G. VERMEULEN (red.), *Strafrechtelijke bescherming van minderjarigen*, Antwerpen, Maklu, 2001, 162-163.

personen (art. 7bis, derde lid, 3^o, en 37 Sw.).⁶⁷ Bij gebreke aan uitvoeringswet kan deze straf nu nog niet worden toegepast. Wellicht gaat het hier om een bijkomende straf, maar de toekomstige uitvoeringswet zou nog steeds van deze bedrijfsluiting een hoofdstraf kunnen maken. Een uniformisering van de bedrijfsluiting als straf is dringend gewenst. De wellicht op til zijnde uitvoeringswet met betrekking tot rechtspersonen zou de aanleiding kunnen vormen om de diverse vormen van bedrijfsluiting die reeds bestonden, samen te brengen in een allesomvattende regeling.

In tegenstelling tot het beroepsverbod, heeft de bedrijfsluiting vanzelfsprekend veel meer neveneffecten ten aanzien van derden, in de eerste plaats bijvoorbeeld werknemers. Om deze reden zullen vele rechters begrijpelijkerwijze aarzelen deze straf uit te spreken. Bovendien zijn er redenen om de minimale duur van de sluiting zeer laag te houden, omdat in de praktijk in vele gevallen een tijdelijke sluiting van enkele maanden zal neerkomen op een definitieve sluiting van het bedrijf of de inrichting. Aan de rechter moet de mogelijkheid worden gelaten de duur van de sluiting aan te passen aan de omstandigheden en eventueel de sluiting met uitstel uit te spreken.⁶⁸

F. De lege ferenda: de werkstraf

Op dit ogenblik is in het parlement de bespreking vrijwel afgerond van het wetsontwerp tot invoering van de werkstraf als autonome straf in correctionele zaken en politiezaken.⁶⁹ De werkstraf wordt een hoofdstraf, die kan worden opgelegd in correctionele zaken en in politiezaken. De combinatie met een gevangenisstraf is verboden.

De werkingssfeer van deze nieuwe straf zou zeer ruim zijn, omdat deze straf kan worden opgelegd indien het feit van die aard is om door een politiestraf of een correctionele straf te worden gestraft. Gecorrectionaliseerde misdaden komen dus ongetwijfeld in aanmerking. Om deze reden worden enkele misdrijven uitgesloten, waaronder gijzeling, verkrachting, moord, doodslag en vergiftiging. De werkstraf

⁶⁶ Andere voorbeelden kunnen worden aangetroffen in art. 4 § 3 van de Drugwet, art. 9, § 5a, van de Prijzenwet en art. 455, § 1, tweede lid, W.I.B. De bedrijfsluiting in art. 455 W.I.B. dient te worden onderscheiden van het beroepsverbod dat overeenkomstig het eerste lid van dit artikel kan worden opgelegd aan de veroordeelde. De bedrijfsluiting ligt nochtans in het verlengde van het beroepsverbod en heeft dan ook betrekking op de inrichtingen van de vennootschap, vereniging, groepering of onderneming waarvan de veroordeelde hoofd, lid of bediende is (Cass., 24 april 2001, A.R. P.99.1207.N).

⁶⁷ Deze sluiting kan niet worden toegepast op inrichtingen waarin werkzaamheden worden verricht die behoren tot een opdracht van openbare dienstverlening. Deze uitzondering komt niet voor in de reeds bestaande bepalingen die een bedrijfsluiting mogelijk maken.

⁶⁸ Dit is nu niet het geval met de sluiting van de slijterij op grond van art. 37 van het K.B. van 3 april 1953 tot samenordering van de wetsbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken. De uitsluiting van de toepassing van de Probatiewet door art. 41 van voormeld K.B. werd door het Arbitragehof niet strijdig bevonden met art. 10 en 11 van de Grondwet (Arbitragehof, 6 april 2000, arresten nrs. 40/2000 en 41/2000, B.S., 11 mei 2000 en 5 juli 2000).

⁶⁹ Voor de door de Kamer van Volksvertegenwoordigers aangenomen en aan de Senaat teruggezonden tekst, zie *Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 549/19.

zou minstens twintig uren en ten hoogste driehonderd uren bedragen en zou kosteloos moeten worden uitgevoerd tijdens de vrije tijd waarover de betrokkene naast eventuele school- of beroepsactiviteiten beschikt.

Indien de werkstraf een autonome straf wordt, zal de mogelijkheid van dienstverlening in het raam van de bemiddeling (art. 216ter, § 1, derde lid, Sv.) worden opgeheven. Ook de Probatiewet wordt aangepast. De dienstverlening is niet meer mogelijk als bijzondere voorwaarde in het raam van de probatie-opschorting of het probatie-uitstel. Het volgen van een vorming blijft natuurlijk wel mogelijk. De werkstraf zal ten slotte met uitstel kunnen worden uitgesproken.

De promotie van de werkstraf tot een autonome straf is ongetwijfeld toe te juichen en zal de strafrechter meer dan nu het geval is in staat stellen de straf te individualiseren. Dit kan de rechtshandhaving alleen maar ten goede komen. Alleen rijst de vraag of er geen onevenwicht dreigt te ontstaan tussen de soepele toepassingsvoorwaarden voor de werkstraf – antecedenten spelen geen rol en vele correctionaliseerbare misdaden komen in aanmerking – en de toch vrij strenge voorwaarden voor de opschorting en het uitstel wat de gerechtelijke antecedenten betreft. Anderzijds kan dit verschil ook worden beschouwd als een logisch gevolg van het onderscheid tussen autonome straffen (wat de werkstraf zal zijn) en toepassingsmodaliteiten van straffen waarin gerechtelijke antecedenten logischerwijze een rol spelen.

G. Eenvoudige schuldigverklaring

Deze straf bestaat tot op heden nog niet in het Belgisch strafrecht.⁷⁰

De sanctie die deze sociale reactie het meest benadert, is de opschorting van uitspraak van veroordeling. Er is nochtans een aanzienlijk verschil, omdat de opschorting steeds onderstelt dat deze gunst kan worden herroepen.⁷¹ Bij de straf van eenvoudige schuldigverklaring is dit niet het geval.

Vooraf voor misdrijven die weinig zwaarwichtig zijn, maar waarop een maatschappelijke reactie gewenst is, kan een dergelijke eenvoudige schuldigverklaring zeer nuttig zijn. Koninklijk Commissaris R. Legros had de eenvoudige schuldigverklaring (eventueel met waarschuwing) voorgesteld in gevallen «waarin de straf overbodig blijkt of zelfs schadelijk maar waarin het strafgerecht toch zal dienen op te treden, hetzij om principiële redenen, hetzij om een scha-

⁷⁰ Enkel in geval van overschrijding van de redelijke termijn kan de strafrechter zich krachtens art. 21ter Voorafgaande Titel Sv. beperken tot een eenvoudige schuldigverklaring. Deze mogelijkheid werd in de wet opgenomen nadat de rechtspraak van het Hof van Cassatie te kennen had gegeven dat de overschrijding van de redelijke termijn niet kan leiden tot onontvankelijkverklaring of verval van de strafvordering, maar enkel tot een strafvermindering – eventueel beneden het minimum – of een loutere schuldigverklaring (Cass., 9 december 1997, *R.W.*, 1998-99, 14, met conclusie van advocaat-generaal BRESSELEERS, *J.T.*, 1998, 792, met noot F. KUTY).

⁷¹ Namelijk indien tijdens de proeftijd van minstens een tot maximum vijf jaar een nieuw misdrijf wordt gepleegd dat een veroordeling tot ten minste een maand gevangenisstraf tot gevolg heeft (art. 13 Probatiewet).

deloosstelling te bewerkstelligen, om een gestoorde toestand opnieuw recht te zetten».⁷² Wat de voor deze sanctie in aanmerking komende feiten betreft, dacht R. Legros aan feiten waarvoor de straf niet meer dan een jaar bedraagt. Een eenvoudige schuldigverklaring zou wel uitgesloten zijn voor nieuwe feiten die worden gepleegd binnen een periode van drie jaar na de eerste beslissing.⁷³

Niet alleen de geringe ernst van de feiten kan een aanleiding vormen voor de eenvoudige schuldigverklaring, ook de persoonlijkheid van de beklaagde dient zich daartoe te lenen. De schuldigverklaring zal vanzelfsprekend het meest op zijn plaats zijn bij een beklaagde die zulks aanvoelt als een belangrijke maatschappelijke afkeuring van de door hem gestelde daad. De wetgever had er goed aan gedaan van de invoering van art. 21^{ter} Voorafgaande Titel Sv. gebruik te maken om de eenvoudige schuldigverklaring als autonome sanctie in te voeren.

IV. SANCTIES IN HET BIJZONDER STRAFRECHT

Het is vanzelfsprekend onmogelijk binnen het bestek van deze studie het volledige sanctie-arsenaal binnen het bijzonder strafrecht aan een onderzoek te onderwerpen. Wel kan aan de hand van enkele voorbeelden worden opgemerkt dat de in het bijzonder strafrecht aan de strafrechter ter beschikking staande sancties soms sterk afwijken van de gebruikelijke strafrechtelijke sancties. Meteen rijst dan ook de vraag welke daarvan de reden is en of er geen argumenten zijn om de algemene beginselen van de strafrechtelijke sanctie-oplegging ook in het bijzonder strafrecht in ruimere mate toe te passen.

Wat de straffen betreft, worden bepaalde sectoren van het bijzonder strafrecht gekenmerkt door de beperking van de vrijheid van de strafrechter bij de bepaling van de strafmaat. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de bestraffing van misdrijven inzake douane en accijnzen, waarbij in geval van ontduiking de door de rechter uit te spreken geldboete overeenkomstig art. 221, § 1, van de Douane- en Accijnzenwet gelijk is aan tienmaal de ontdoken rechten, berekend volgens de hoogste douane- en accijnzenrechten.⁷⁴ Het lijkt geen twijfel dat de strafrechter het bedrag van de aldus vastgelegde geldboete niet mag verminderen door een beroep te doen op de omstandigheden eigen aan de zaak of de persoonlijke toestand van de beklaagde. De rechtspraak van het Arbitragehof met betrekking tot het punitieve karakter van bijvoorbeeld de veroordeling op grond van de Sociale Zekerheidswet Werknemers tot de betaling aan de RSZ van driemaal de ontdoken rechten, kan niet zo eenvoudig worden aangevoerd als argument voor de eventuele bevoegdheid voor de strafrechter om de geldboete inzake douane en accijnzen te moduleren. Niettegenstaande het Hof de toe-

passing van de Probatiwet vooropstelt, erkent het ook het recht van de wetgever om in bepaalde sectoren de rechter tot gestrengheid te dwingen. Overigens worden ook de sancties in het financieel strafrecht gekenmerkt door hun gestrengheid.⁷⁵

Een dergelijke zware en niet door de strafrechter te moduleren geldboete, zoals bepaald inzake douane en accijnzen, is volgens het Hof van Cassatie niet in strijd met art. 3 E.V.R.M.⁷⁶ Het onveranderbare karakter van dergelijke geldboete wordt door het Hof van Cassatie verdedigd met verwijzing naar de enorme winst die met dergelijke misdrijven behaald kan worden. De rechter mag de eventuele onevenredigheid van de wettelijk bepaalde bestraffing niet aanwenden om de strafwet niet toe te passen. Dit zou ertoe leiden, aldus het Hof, dat «de rechter in een zaak of aan een schuldige de wettelijk bepaalde bestraffing zou opleggen en in een andere zaak of aan een andere schuldige helemaal niet».⁷⁷ De rechter dient inderdaad de wet toe te passen, maar het Hof van Cassatie stond de rechter tot de invoering van art. 21^{ter} Voorafgaande Titel Sv. wel toe de straf beneden het wettelijk minimum te laten zakken om reden van de overschrijding van de redelijke termijn ex art. 6 E.V.R.M.

Ook het Arbitragehof heeft reeds aangegeven dat het de wetgever toekomt te oordelen of het raadzaam is de rechter te dwingen tot gestrengheid wanneer een overtreding inzonderheid het algemeen belang schaadt⁷⁸ of wanneer het gaat om sectoren waarin de omvang en de veelheid van de fraude de belangen van de gemeenschap ernstig aantasten.⁷⁹ De administratie mag eveneens tot een dergelijke gestrengheid worden gedwongen bij de vervolging van bepaalde overtredingen, maar er dient in dat geval te worden nagegaan of een categorie personen niet op een discriminerende manier het recht wordt ontzegd op een daadwerkelijk juridictioneel beroep.⁸⁰

Nochtans komt het voor dat bepaalde grenzen niet mogen worden overschreden. De verwijzing naar enorme winsten die gerealiseerd kunnen worden, is ongetwijfeld pertinent maar moet ons inziens gerelativeerd worden. Allereerst kan zulks wel een motief uitmaken om de rechter toe te staan zeer hoge geldboeten uit te spreken, maar daarom is nog niet vereist dat de rechter hiertoe ook wordt verplicht, zelfs in gevallen waar er wel een inbreuk is doch het financieel gewin niet zo groot is. Bovendien wordt aan de strafrechter sedert de invoering van art. 42, 3^o, Sw. de mogelijkheid verleend

⁷⁵ A. MASSET en C. PEVEE, «A la recherche de la notion de délit financier» in *Les délits financiers - de financière misdrijven*, Brussel, Bruylant, 2001, 27-28.

⁷⁶ Cass., 18 mei 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 288.

⁷⁷ Cass., 18 mei 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 288.

⁷⁸ Arbitragehof, 1 maart 2001, arrest nr. 24/2001, *B.S.*, 21 maart 2001, p. 8864 met betrekking tot artikel 41 van het K.B. van 3 april 1953 tot samenordering van de wetsbepalingen inzake slijterijen van gegiste dranken (overweging B4).

⁷⁹ Arbitragehof, 13 juli 2000, arrest nr. 92/2000, *B.S.*, 30 september 2000, p. 33518 met betrekking tot art. 35, vierde lid, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders (overweging B5).

⁸⁰ Arbitragehof, 17 maart 1999, 32/99, *B.S.*, 19 juni 1999, p. 23305; *R.W.*, 2000-01, 104, in verband met art. 126, tweede lid, van het Wetboek der successierechten (overweging B8).

⁷² R. LEGROS, *o.c.*, 178-179; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 376.

⁷³ R. LEGROS, *o.c.*, art. 158.

⁷⁴ De bij ditzelfde artikel voorgeschreven verbeurdverklaring van de goederen heeft bovendien een zakelijk karakter en kan niet met uitstel worden uitgesproken (Cass., 14 juni 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 1230). De veroordeling tot de betaling van de tegenwaarde van de verbeurdverklaarde goederen bij niet-voorbrenning ervan is evenwel geen straf, maar een civielrechtelijk gevolg van de strafrechtelijke veroordeling tot verbeurdverklaring (Cass., 21 september 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 474).

om uit het misdrijf resulterende winsten via de verbeurdverklaring teniet te doen, zodat de geldboete hiervoor niet het meest geschikte instrument is. De enige mogelijkheid voor de strafrechter om de ernst van de geldboete inzake douane- en accijnzen enigszins te milderen, bestaat uit de toepassing van de Probatiwet. De in art. 221 van de Douane- en Accijnzenwet bedoelde geldboete is immers niet uitgesloten van de door de Probatiwet bepaalde mogelijkheid van veroordeling met uitstel of opschorting van de veroordeling.⁸¹

Opmerkelijk is dat de gevangenisstraf voor dergelijke inbreuken wel door de strafrechter kan worden gemoduleerd, omdat deze ten minste vier maanden en ten hoogste een jaar bedraagt (art. 220, § 1, Douane- en Accijnzenwet).

Eenzelfde gestrengheid komt tot uiting bij de verplichte verbeurdverklaring van de voertuigen die hebben gediend voor de smokkel (art. 222, § 1, Douane- en Accijnzenwet), en waarvoor het eigendomsvereiste, dat in art. 42, 1^o, Sw. wordt gesteld,⁸² niet geldt. Nochtans heeft het Arbitragehof recentelijk geoordeeld dat ook in dit geval derden die eigenaar zijn van de betrokken met verbeurdverklaring bedreigde zaak moeten kunnen tussenkomen in de procedure om hun rechten te beveiligen en eventueel de teruggave van het betrokken voertuig te vragen.⁸³ Hieruit reeds blijkt de tendens om de algemene beginselen van het gemeen strafrecht ook op de bijzondere sectoren van het strafrecht toe te passen.

Het Arbitragehof stelt aan deze tendens ook grenzen. Zo werd de uitsluiting van de toepassing van de Probatiwet op de geldboeten uitgesproken op grond van het K.B. van 3 april 1953 tot samenordering van de bepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken niet strijdig geacht met art. 10 en 11 van de Grondwet.⁸⁴ Het Hof ontkent, zoals aangegeven, de wetgever geenszins het recht om bij de beteugeling van bepaalde misdrijven de rechter te dwingen tot een strengere bestraffing. Deze gestrengheid kan volgens het Arbitragehof niet alleen betrekking hebben op de omvang van de geldelijke straf, maar kan ook de aan de rechter geboden mogelijkheid betreffen om de uitspraak van de veroordeling op te schorten of uit te stellen.⁸⁵

Ook het sociaal strafrecht biedt tal van voorbeelden van afwijkende bepalingen inzake de straftoemeting door de strafrechter. Hierbij kan allereerst de vraag worden gesteld of in het sociaal recht niet teveel is gepenaliseerd en of het niet verkieslijker zou zijn een selectie te maken en slechts erge overtredingen van de belangrijkste wetten strafbaar te stellen.⁸⁶

⁸¹ Cass., 27 maart 2001, A.R. P. 00.1517.N.

⁸² Gelijksoortige afwijkingen van het gemeen recht treft men aan in art. 4, § 6, van de Drugwet (voertuigen en instrumenten die hebben gediend om de in art. 2bis en 3 bedoelde misdrijven te plegen) en art. 43, § 1, van de Wet uitoefening geneeskunst (instrumenten na een onwettige uitoefening van de geneeskunde).

⁸³ Arbitragehof, 19 december 2001, arrest nr. 162/2001.

⁸⁴ Arbitragehof, 1 maart 2001, arrest nr. 24/2001.

⁸⁵ Arbitragehof, 1 maart 2001, arrest nr. 24/2001, overweging B4 *in fine*.

⁸⁶ W. VAN EECKHOUTTE, «Knelpunten in het materieel en procedureel sociaal strafrecht» in *Werkgevers achter de tralies?*, Gent, 1 december 1994, 4-5, die terecht bevestigend op deze vraag antwoordt.

Zo is in vele sociale strafwetten voorgeschreven dat de geldboete zoveel keer wordt opgelegd als er werknemers in strijd met de wet zijn tewerkgesteld of anderszins bij de strafbare feiten zijn betrokken. In sommige sociale wetten wordt gezegd dat de geldboete wordt vermenigvuldigd met het aantal in de onderneming tewerkgestelde of bij de overtreding betrokken werknemers, wat natuurlijk hetzelfde resultaat geeft. Met deze techniek wil de wetgever aantonen dat de ernst van het misdrijf toeneemt naarmate een werkgever meer werknemers berooft van de wettelijke bescherming waarop die aanspraak kunnen maken.⁸⁷ In de meeste sociale wetten wordt aan dit mechanisme een maximum gesteld, zoals in art. 35 van de Sociale Zekerheidswet Werknemers (100.000 fr.), art. 82 van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk (100.000 fr.), art. 11 van de Sociale Documentenwet (50.000, 100.000 of 250.000 fr. naargelang het misdrijf) en art. 57 van de C.A.O.-wet. In enkele gevallen wordt een dergelijke geldboete niet begreemd.^{88 89}

De wet van 13 februari 1998 heeft bovendien in een groot aantal arbeidsrechtelijke sociale strafwetten een uniform stelsel van verzachtende omstandigheden ingevoerd.⁹⁰ Dit stelsel wijkt af van het gemene recht doordat zelfs bij aanneming van verzachtende omstandigheden het bedrag van de geldboete niet lager mag zijn dan 40 % van het bij de betrokken wet bepaalde minimumbedrag. Dit minimum bedraagt 80 % in geval van illegale tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten. De wetgever wenste hierdoor de geldboete een voldoende ontradend karakter te laten behouden, niettegenstaande de aanneming van verzachtende omstandigheden. Hierbij rijst de vraag of dit een voldoende reden is om in een dergelijke mate van het gemene recht af te wijken en de vrijheid van de rechter te beperken. Met betrekking tot de administratieve geldboete in de Voetbalwet van 21 december 1998 oordeelde het Arbitragehof dat het bepalen van een dergelijk minimum verantwoord kan zijn door de wens om deze geldboeten een voldoende ontradend karakter te laten behouden. De voorwaarde is evenwel dat deze drempel niet als onevenredig kan worden beschouwd ten opzichte van de ernst van de feiten en ten opzichte van de repressieve en preventieve doeleinden die de wetgever nastreefde.⁹¹

Bovendien moet het effect van de door de wetgever in het leven geroepen technieken om de rechter tot gestrengheid te dwingen worden gerelativeerd door de bevoegdheid van de strafrechter om ook bij oplegging van de geldboeten in het sociaal strafrecht de Probatiwet toe te passen en de aldus berekende geldboete geheel of gedeeltelijk met uitstel uit te spreken.⁹² Niettegenstaande deze mogelijkheid blijft wel de vaststelling dat de strafrechter in het sociaal strafrecht over minder vrijheid beschikt om de wijze van strafrechtelijke

⁸⁷ W. VAN EECKHOUTTE, *o.c.*, 16-17.

⁸⁸ Bv. art. 28 Wet Buitenlandse Arbeidskrachten (K.B. nr. 34 van 20 juli 1967).

⁸⁹ Nopens de implicaties van deze techniek op de toepassing van art. 65 Sw.: W. VAN EECKHOUTTE, *o.c.*, 17-19; W. RAUWS, «Sociaalrechtelijke misdrijven en hun strafbaarstelling» in *Sociaal Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, p. 62-66, nrs. 49-52.

⁹⁰ In dit verband raadplege men W. RAUWS, *o.c.*, p. 62, nr. 48.

⁹¹ Arbitragehof, 28 november 2001, arrest nr. 153/2001, overweging B.8.3.

beteugeling en rechtshandhaving te kiezen dan in het gemeene strafrecht.

De strafrechter wordt in sommige gevallen⁹³ ook verplicht een veroordeling uit te spreken tot betaling van een forfaitair bedrag ten gunste van een bepaalde instelling. Dit is het geval in art. 35, derde en vierde lid, van de Socialezekerheidswet Werknemers, krachtens welke de strafrechter moet veroordelen tot een vergoeding gelijk aan het driedubbele van de bedrieglijk aangegeven bijdragen, bij bedrieglijke onderwerping, of van de ontdoken bijdragen, in geval van niet-onderwerping. Het gaat duidelijk om een ambtshalve veroordeling met een overwegend repressief karakter, omdat zij wordt toegevoegd aan een door de rechter uitgesproken straf en – bij niet-onderwerping – aan de ambtshalve veroordeling tot betaling van de bijdragen, bijdrageopslagen en verwijlinteressen die niet aan de RSZ werden gestort (art. 35, tweede lid, R.S.Z.-Wet).⁹⁴ Traditioneel werd geoordeeld dat het gaat om burgerlijke maatregelen die door de strafrechter worden opgelegd.⁹⁵ Het Arbitragehof heeft evenwel terecht geoordeeld dat op grond van de aard van deze sanctie zij niet vergeleken mag worden met de rechtsregelen die het herstel van een schade regelen. Het is derhalve niet verantwoord dat de betrokken personen het recht wordt ontzegd de toepassing van opschorting of uitstel te genieten⁹⁶ of een beroep te doen op verzachtende omstandigheden om deze vergoeding te zien verminderen tot beneden het bij de wet bepaalde bedrag.⁹⁷ Het Arbitragehof laat immers opmerken dat art. 35, vierde lid, R.S.Z.-Wet zo kan worden geïnterpreteerd dat art. 38 van dezelfde wet in zoverre het de toepasbaarheid van art. 85 Sw. bevestigt, ook hierop van toepassing is en de Probaticwet van toepassing is bij ontstentenis van een afwijkende bepaling.⁹⁸ Opgemerkt moet

⁹² Daarentegen is het vermeldenswaard dat de toepassing van de Probaticwet op administratieve geldboeten geenszins vanzelfsprekend is. Het Arbitragehof oordeelde dat de toepassing van de Probaticwet op dergelijke administratieve geldboeten kan worden uitgesloten, omdat zij een exclusief pecuniair karakter hebben en niet het ontorende karakter bezitten dat aan de strafrechtelijke veroordelingen *sensu stricto* kleeft (Arbitragehof, 28 november 2001, arrest nr. 153/2001, overweging B.9).

⁹³ M. ROZIE en J. ROZIE, «Rechterlijke uitspraken naar aanleiding van sociaalrechtelijke misdrijven» in *Sociaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, p. 127, nr. 20.

⁹⁴ Deze ambtshalve veroordeling, die het herstel van de door de beklagde berokkende schade beoogt, heeft een burgerlijk karakter (Cass., 21 februari 2000, *Arr. Cass.*, 2000, nr. 137).

⁹⁵ Cass., 22 maart 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 294; Cass., 10 mei 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 462; M. ROZIE en J. ROZIE, *o.c.*, *Sociaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, p. 128, nr. 21 en de aldaar aangehaalde rechtsleer.

⁹⁶ Arbitragehof, 15 september 1999, arrest nr. 98/99, *B.S.*, 27 november 1999; *J.L.M.B.*, 1999, 1619, met noot O. MICHIELS.

⁹⁷ Arbitragehof, 13 juli 2000, arrest nr. 92/2000, *B.S.*, 30 september 2000, p. 33518. Men raadplege tevens A. DE NAUW, *o.c.*, *T. Strafr.*, 2001, 222.

⁹⁸ Arbitragehof, 13 juli 2000, arrest nr. 92/2000, *B.S.*, 30 september 2000, overweging B.13.1.

worden dat het Arbitragehof geen probleem ziet in het loutere bestaan van dergelijke ambtshalve veroordelingen met een overwegend repressief karakter. Het overwegend repressief karakter van dergelijke veroordelingen dwingt de rechter volgens het Arbitragehof ook niet artikel 65 Sw. met betrekking tot de eendaadse samenloop toe te passen.⁹⁹

V. Besluit

Deze snelle tocht doorheen enkele mechanismen van rechtshandhaving die de strafrechter ter beschikking staan, levert een bijzonder gediversifieerd beeld op. Bovenal leert een dergelijk overzicht dat de wetgever bij het wetgevend werk weinig stil staat bij de functie die aan een bepaalde straf wordt toegemeten. In het klassieke strafrecht wordt aan de strafrechter veel vrijheid gegeven, terwijl in het bijzonder strafrecht aan diezelfde strafrechter veel minder vrijheid wordt gegund. De indruk ontstaat dat de wetgever vreesde dat de doelstellingen van de betrokken wet onderuitgehaald zouden worden door de misschien te milde beslissing van de strafrechter. Nochtans stelt men vast dat de rechtspraak, en in het bijzonder het Arbitragehof, er de wetgever op wijst dat ook in het bijzonder strafrecht slechts om gegronde redenen kan worden afgeweken van de algemene beginselen van het strafrecht.

De rechterlijke vrijheid is het sluitstuk van een gezonde strafrechtsbedeling. Wel dient deze vrijheid te berusten op een wetgeving die duidelijk de door de wetgever gewenste richting aanduidt. De rechterlijke vrijheid mag niet worden gebruikt om beleidskeuzen die tot het domein van de wetgever behoren naar de rechter af te schuiven. Zo lijkt het gewenst dat de wetgever de verbeurdverklaring van vermoensvondelen nader zou regelen. De reeds bestaande vrijheid in het klassieke strafrecht zou voorts kunnen worden geoptimaliseerd door de opheffing van de strafminima.

In het bijzonder strafrecht verdient het aanbeveling de strafrechter meer vrijheid te verlenen. De actuele trend tot ruimere toepassing van de algemene beginselen van het strafrecht wijst in dezelfde richting. Deze beweging kan tenslotte leiden tot een grotere uniformisering van het strafrecht. Afwijkingen van de algemene beginselen van het strafrecht dienen in dit verband op fundamentele en zinvolle motieven van criminele politiek te steunen. De keuze van de aard en de maat van straf behoort immers tot de essentie zelf van de rechtshandhaving via het strafrecht.

Prof. Dr. Philip TRAEEST
Hoofddocent Universiteit Gent
Advocaat Balie Brussel

⁹⁹ Arbitragehof, 15 september 1999, arrest nr. 98/99, *B.S.*, 27 november 1999; *J.L.M.B.*, 1999, 1619, met noot O. MICHIELS, die zich hierover verwonderd uitlaat. Dit betekent dat de ambtshalve veroordeling tot de betaling van driemaal de ontdoken rechten verschuldigd blijft indien de zwaarste straf niet de overtreding is van de wet van 27 juni 1969. Het zij herhaald dat de rechter in dit geval wel de Probaticwet kan toepassen.

RECHTSHANDHAVING DOOR DE STAKINGSRECHTER

INLEIDING EN AFBAKENING

1. In tijden van overproductie van wetten vormt reflectie over rechtshandhaving en effectuering van het recht een nuttige tijdsbesteding. Zonder hanteerbare (rechts)middelen in handen van de juiste personen die ertoe moeten bijdragen dat «recht geschiedt», blijven vele wetten dode letter.

2. De taak die voor de stakingsrechter is weggelegd ter handhaving van het recht raakt een brede waaier van materies. De wetgever is de vordering tot staking immers steeds gunstig gezind geweest.¹ Ook voor de effectuering van de bescherming van de *consument* en van het *leefmilieu* achtte de wetgever de stakingsvordering een gepast wapen in handen van de behartigers van de belangen van de *consument* en van het *leefmilieu*. Zij wordt als een snelle, preventieve en efficiënte – want uitmondend in een uitspraak ten gronde – procedure beschouwd.

3. Niet alleen de individuele consument die mondig genoeg is om het initiatief te nemen om laakbare daden of verzuimen die hem schaden of kunnen schaden te laten beugelen door tussenkomst van de stakingsrechter, maar ook bepaalde consumentenorganisaties worden door verschillende wetten, waarvan de wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument² de meest «algemene» wet is die voorbeeld heeft gestaan voor de meeste andere wetten, de mogelijkheid

geboden om een einde te laten maken aan deze handelingen of verzuimen. Rechtsgrond voor een milieustakingsvordering ingesteld door een milieugroepering (maar, zoals zal blijken, indirect ook door individuele burgers) is de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu.³ Ook hier heeft de stakingsvordering van de WHPC voorbeeld gestaan.⁴

4. De erkenning van het (collectieve) vorderingsrecht van consumentenorganisaties en milieugroeperingen ter vrijwaring van het doel dat ze nastreven, vormt een belangrijke stap voorwaarts ten aanzien van de voor het optreden in rechte van groeperingen remmende cassatierechtspraak van 19 november 1982 (het «Eikendael»-arrest)⁵ en van 25 oktober 1985 («Neerpede blijft»-arrest).⁶ Vroegere wetgevende initiatieven tot erkenning van een vorderingsrecht voor van deze verenigingen, draaiden op niets uit.⁷

5. *Opzet van dit preadvies* is om aan de hand van de twee voormelde materies, het consumentenrecht en het milieurecht, na te gaan in hoeverre de stakingsvordering, als deel uitmakend van het civiele procesrecht, in handen van de individuele burger en hun belangenorganisaties⁸ voldoet als wapen ter effectuering van de subjectieve rechten van de burger.⁹ De stakingsvordering mag dan geacht worden een snelle, goedkope en accurate vorm van rechtspleging voor de overheidsrechter te zijn, is zij dit in haar huidige vorm ook

¹ Zie o.m. wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van de belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen (*B.S.* 24 mei 1989); wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten (*B.S.* 22 december 1990, *err. B.S.* 1 februari 1991); wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet (*B.S.* 9 juli 1991); wet van 22 oktober 1992 betreffende de misleidende reclame inzake vrije beroepen (*B.S.* 17 november 1992); wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht ter bescherming van het leefmilieu (*B.S.* 19 februari 1993); wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen (*B.S.* 19 april 1993, *err. B.S.* 2 juni 1993, *B.S.* 4 juni 1993 en *B.S.* 9 juli 1993); wet van 16 februari 1994 tot regeling van het contract tot reorganisatie en reisbemiddeling, (*B.S.* 1 april 1994); wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (*B.S.* 27 juli 1994); wet van 13 april 1995 houdende bepalingen tot bestrijding van mensenhandel en van de kinderpornografie (*B.S.* 25 april 1995); wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen titularissen van vrije beroepen en hun cliënten, (*B.S.* 30 mei 1997); wet van 10 augustus 1998 houdende omzetting in Belgisch gerechtelijk recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, (*B.S.* 14 november 1998); wet van 11 april 1999 betreffende de overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen en wet van 11 april 1999 aangaande de vordering tot staking van de inbreuken op de wet betreffende de overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen, (*B.S.* 30 april 1999); wet van 9 maart 1993 ertoe strekkende de exploitatie van huwelijksbureaus te regelen en te controleren (*B.S.* 24 maart 1993) en wet van 11 april 1999 aangaande de vordering tot staking van de inbreuken op de wet van 9 maart 1993 ertoe strekkende de exploitatie van huwelijksbureaus te regelen en te controleren, (*B.S.* 30 april 1999); decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, (*B.S.* 8 juli 1999).

² Wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument, *B.S.* 29 augustus 1991 (hierna: «WHPC»). Het K.B. nr. 55 van 23 december 1934 (het mededingingsbesluit) sprak van een «vordering tot ophouden».

³ *B.S.* 19 februari 1993.

⁴ I. TRAEST, «De procedures zoals in kort geding inzake bescherming van het leefmilieu. Stakingsvordering en belang» in J. VAN COMPENOLLE en M. STORME (red.), *De ontwikkeling van procedures zoals in kort geding*, Brussel, Bruylant/Kluwer, 1994, 170.

⁵ Cass. 19 november 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 372, met conclusie van advocaat-generaal KRINGS en *R.W.* 1983-84, 2029, met noot J. LAENENS. Ook in recentere rechtspraak houdt het Hof van Cassatie vast aan zijn rigide houding (bv. Cass. 19 september 1996, *Arr. Cass.* 1996, 319 en *R.C.J.B.* 1997, 105, met noot O. DE SCHUTTER).

⁶ Cass. 25 oktober 1985, *R.W.* 1985-86, 2411, met conclusie van advocaat-generaal KRINGS.

⁷ Zie o.m. wetsvoorstel Dierickx tot aanvulling van art. 18 Ger.W., *Parl. St. Kamer*, 1985-86, nr. 84/1, met een interessant advies van de Raad van State in nr. 84/2; wetsvoorstel Coëme tot erkenning van het recht om in rechte op te treden voor verbruikersorganisaties en leefmilieuverenigingen ter verdediging van hun collectieve belangen, *Parl. St. Kamer*, 1985-86, nr. 159/1; wetsvoorstel De Loore-Raeymakers tot wijziging van art. 17 Ger.W. en art. 3 Sv. teneinde de verenigingen een vorderingsrecht te geven, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 376/1; wetsvoorstel Vanvelthoven inzake de collectieve bescherming van milieubelangen, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 354/1. Dit laatste voorstel werd opnieuw ingediend in 1988 (*Parl. St. Kamer*, 1988-89, nr. 351/1) en heeft voorbeeld gestaan voor de wet van 12 januari 1993.

⁸ De problemen waarmee de andere vorderingsgerechtigde partijen bij het instellen van de stakingsvordering geconfronteerd kunnen worden, zoals de bevoegde minister, de administratieve overheden, het openbaar ministerie, of de beroepsverenigingen komen in dit preadvies aldus niet aan bod.

voor de consument, als individuele vordering, of voor consumentenorganisaties en milieugroeperingen, als collectieve vordering? De eigenheid van het consumentenrecht, enerzijds, en van het milieurecht, anderzijds, zullen andere pijnpunten blootleggen. Aldus is het geenszins onze bedoeling om de stakingsvordering in het algemeen te bestuderen en blijven de door andere specifieke wetten in het leven geroepen stakingsvorderingen¹⁰ verder buiten beschouwing. Wat we willen belichten, zijn die aspecten van de stakingsvordering in handen van de individuele consument en van consumenten- en milieuverenigingen, die uitnodigen tot reflectie. Zo vormt dit preadvies een vertrekpunt voor verder onderzoek in de door ons aangegeven richting.

De publicatie van dit preadvies zal, gezien zijn omvang, in twee delen uiteenvallen: in een eerste deel, dat in dit nummer wordt gepubliceerd, zal de stakingsvordering in consumptienaangelegenheden van naderbij worden bekeken. Voor een weergave van de aspecten van ons preadvies die op de milieustakingsvordering betrekking hebben, verwijzen we naar onze aparte bijdrage «Rechtshandhaving door de stakingsrechter in milieuaangelegenheden»,¹¹ die in een later nummer van dit tijdschrift zal verschijnen. Ook voor onze algemene evaluatie en conclusies over dit wapen in handen van belangengroeperingen en individuele personen verwijzen we naar deze latere publicatie.

II. DE STAKINGSRECHTER IN CONSUMENTENAANGELEGENHEDEN

A. Algemeen

6. Een van de belangrijkste aspecten van de verwezenlijking van een efficiënt consumentenbeleid is de vereenvoudiging van de toegang tot het gerecht. Aangezien de individuele consument zelden de weg tot de rechter vindt, hetzij bij gebrek aan kennis omtrent zijn juridische positie, hetzij wegens de traagheid en de kostprijs van rechterlijke procedures, is de invoering van collectieve actiemogelijkheden voor de verdedigers van de belangen van de consument, met name de consumentenorganisaties, een belangrijk wapen ter vrijwaring van de rechten van de consument. Verschillende Europese richtlijnen die (ook)¹² met het oog op de bescherming van de consument werden uitgevaardigd, beklemtonen het belang van collectieve acties.¹³ De Europese regelgever kwam bovendien tussenbeide om grensoverschrijdende collectieve acties meer realiseerbaar

⁹ Voor een onderzoek naar de toegang tot de Europese gerechten voor consumenten- en milieuverenigingen, zie o.m. N. BOUCQUEY en T. BOURGOIGNIE, «Société civile et intérêt public: l'accès à la justice communautaire en matière d'environnement et de consommation», *Ann.Dr.Louv.*, 1999, 81 e.v. en B. JADOT, «L'intérêt à agir en justice pour assurer la protection de l'environnement» in *Les juges et la protection de l'environnement*, Brussel, Bruylant, 1998, 28 e.v.

¹⁰ *Supra*, voetnoot 1.

¹¹ Hierna verkort te citeren als «Deel II Preadvies».

¹² Het toepassingsgebied van deze richtlijnen is met name niet altijd uitsluitend beperkt tot de consument (zie bv. richtlijn 2000/31/EG van het Europese parlement en de raad betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *P.B.L.* 17 juli 2000, afl. 178, (hierna: «Richtlijn Elektronische handel»).

te maken bij wege van de richtlijn van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen.¹⁴

Het onderzoek naar de accuraatheid van het optreden van de stakingsrechter als handhaver van het consumentenrecht, krijgt in die zin een Europese dimensie.¹⁵ Alleen wanneer de vordering tot staking als een doeltreffend en geschikt handhavingsmiddel kan worden beschouwd, voldoet de Belgische wetgever aan zijn verplichting tot omzetting van Europese richtlijnen. De overige vorderingsmogelijkheden die consumentenorganisaties door het huidige Belgische (proces)recht worden aangereikt, zijn immers ontoereikend en allerminst voldoende om aan deze Europese maatstaven te beantwoorden.¹⁶

7. De stakingsvordering staat evenwel ook open voor de individuele consument. Bij een stakingsvordering ingeleid door een individuele consument rijzen er, zoals zal blijken, evenwel tal van vragen, waarvan het vereiste van een voldoende belang in de zin van art. 17 en 18 Ger. W., het nut van deze vordering voor de consument-eiser en de vraag of

¹³ Met name 1) richtlijn 93/13 EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *P.B.L.*, afl. 95, 29-34 (hierna «Richtlijn Oneerlijke Bedingen»), 2) richtlijn 84/577/EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende en vergelijkende reclame, *P.B.L.* 19 september 1984, afl. 250, 17, als gewijzigd (hierna «Richtlijn Misleidende en Vergelijkende Reclame»), 3) richtlijn 92/28/EEG van de Raad van 31 maart 1992 betreffende reclame voor geneesmiddelen voor menselijk gebruik, *P.B.L.* 30 april 1992, afl. 113, 13 (hierna «Richtlijn Reclame Geneesmiddelen») en 4) richtlijn 97/7/EG van het Europese Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *P.B.L.* 4 juni 1997, afl. 144, 19 (hierna «Richtlijn Verkoop op afstand»). Art. 18 Richtlijn Elektronische handel bepleit in het algemeen het bestaan van rechtsgedingen «waarbij snel maatregelen kunnen worden genomen om de vermeende inbreuk te doen eindigen en om te verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad».

¹⁴ Richtlijn 98/27/EG van het Europese Parlement en de Raad betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen van 19 mei 1998. *P.B.L.* 11 juni 1998, afl. 166, 51.

¹⁵ Zie ook het «Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie», DOC COM (2001) 531 final van 2 oktober 2001, dat weliswaar de essentiële rol van consumenten en consumentenorganisaties in de handhaving – via de rechter – van het consumentenrecht beklemtoont, maar een volledig functionerende interne consumentenmarkt ook afhankelijk acht van openbare handhavingsautoriteiten die in onderlinge samenwerking optreden als «ultieme handhavingsinstanties» (*Ibid.*, 18).

¹⁶ Namelijk: procesvertegenwoordiging op basis van een uitdrukkelijk mandaat; optreden ter vergoeding van de door de vereniging, als rechtspersoon, persoonlijk geleden schade; collectieve dagvaarding en samengevoegde vorderingen (art. 30 Ger. W.); vrijwillige tussenkomst in een door een individuele consument ingesteld proces (art. 16 en 813 Ger. W.). Zie hierover ons Proefschrift *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen. Onderzoek van de wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument en van de wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen titularissen van vrije beroepen en hun cliënten getoetst aan het gemeen verbintenissenrecht, aan de richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en aan het Duitse, het Nederlandse en het Franse recht*, R.U.G., 2000, (gepolykopieerd) (hierna «Proefschrift»), 791 e.v.

de rechter zich niet begeeft op het verboden vlak van de contracten, de belangrijkste zijn.

B. Overzicht van de toepasselijke wetgeving

8. Tal van consumentenwetten, veelal gestoeld op Europese regelgeving, voorzien in een stakingsvordering, waarvan naast de individuele consument¹⁷ ook consumentenorganisaties gebruik kunnen maken, naar het voorbeeld van de WHPC. Dit is met name het geval in 1) de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet,¹⁸ 2) de wet van 22 oktober 1992 betreffende de misleidende reclame inzake vrije beroepen,¹⁹ 3) de wet van 16 februari 1994 tot regeling van het contract tot reisorganisatie en reisbemiddeling,²⁰ 4) de wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen titularissen van vrije beroepen en hun cliënten,²¹ 5) de wet van 11 april 1999 betreffende de overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen²² en de wet van 11 april 1999 aangaande de vordering tot staking van de inbreuken op voormelde wet,²³ en 6) de wet van 9 maart 1993 ertoe strekkende de exploitatie van huwelijksbureaus te regelen en te controleren²⁴ en de wet van 11 april 1999 aangaande de vordering tot staking van de inbreuken op voormelde wet.²⁵ De wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten²⁶ mag dan geen echte consumentenwet zijn, toch kent ook deze wet tegen bepaalde handelingen een stakingsvordering toe aan «verbruikers»verenigingen.²⁷ Op een aantal niet onbelangrijke

¹⁷ Dit begrip wordt evenwel in de verschillende consumentenwetten niet eenduidig ingevuld. Zo wordt bv. nu eens als uitgangspunt het exclusief privé-gebruik voorgestaan (bv. art. 1, 7°, WHPC) dan weer het hoofdzakelijk privé-gebruik (bv. art. 1, 1°, WCK).

¹⁸ B.S. 9 juli 1991 (hierna: «WCK») met verwijzing in art. 109 WCK naar de WHPC.

¹⁹ B.S. 17 november 1992 (hierna: «WMRVB»), met een eigen regeling uitgewerkt in art. 4 tot 11 WMRVM. Zie ook de voorgestelde wijzigingen door het wetsontwerp van 24 oktober 2001 «betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen», *Parl. St. Kamer*, 2001-2002, nr. 1469/001.

²⁰ B.S. 1 april 1994 (hierna: «Reiswet»), met een verwijzing in art. 31 Reiswet naar de WHPC.

²¹ B.S. 30 mei 1997 (hierna: «WOBVB»), met een eigen regeling uitgewerkt in art. 6 tot 10 WOBVB. Zie ook de voorgestelde wijzigingen door het wetsontwerp van 24 oktober 2001 «betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen», *Parl. St. Kamer*, 2001-2002, nr. 1469/001.

²² B.S. 30 april 1999 (hierna: «Wet Time Share»), gewijzigd door de wet van 11 januari 2001 met een deels eigen uitgewerkte regeling in art. 16 Wet Time Share en voor het overige een verwijzing naar de WHPC.

²³ B.S. 30 april 1999 (*cf.* art. 2).

²⁴ B.S. 24 maart 1993, als gewijzigd (hierna: «Wet Huwelijksbureaus») met een deels eigen uitgewerkte regeling in art. 9ter Wet Huwelijksbureaus en voor het overige een verwijzing naar de WHPC.

²⁵ B.S. 30 april 1999 (*cf.* art. 2).

²⁶ B.S. 22 december 1990, *err. B.S.* 1 februari 1991 (hierna «WFTFM»), met een eigen regeling uitgewerkt in art. 220 tot 223 WFTFM.

punten is de stakingsvordering van de WFTFM op een andere leest dan de WHPC en haar navolgers geschoeid.²⁸ Ook bij de andere wetten opteerde de wetgever er niet altijd voor om louter naar de regeling en de procedure van de stakingsvordering van de WHPC te verwijzen (zie bv. beide, specifiek voor de vrije beroepsbeoefenaren uitgevaardigde wetten, namelijk de WMRVB en de WOBVB).

Naargelang van de materie is hetzij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (*cf.* art. 587 Ger.W.), hetzij de voorzitter van de rechtbank van koophandel (*cf.* art. 589 Ger.W.) bevoegd.

9. In wat volgt zal in hoofdzaak worden uitgegaan van de stakingsvordering zoals uitgewerkt in de WHPC. Alleen indien zij specifieke problemen bij de rechtshandhaving door de stakingsrechter teweegbrengen, worden de in de andere consumentenwetten voorkomende afwijkende regelingen toegelicht.

C. Aandachtspunten inzake de stakingsvordering binnen het consumentenrecht

1° Voorwerp van de stakingsvordering

a) Vaststelling en staking van wetsinbreuk

10. Veelal biedt de betrokken wet de rechtzoekende de mogelijkheid om een beroep te doen op de stakingsrechter om het bestaan vast te stellen en de staking te bevelen van een overtreding van elke wetsbepaling van deze wet. Slechts bij uitzondering wordt de actieradius van de stakingsrechter beperkt tot overtredingen van specifieke wetsbepalingen (*cf.* de WCK en vooral de WFTFM). Het bevel richt zich in de regel tot de contractpartij of toekomstige contractpartij van de consument: de professioneel die de bepalingen inzake reclame, prijsaanduiding, kredietpromotie, precontractuele informatieplicht, wijze van contractsluiting, onrechtmatige bedingen enz. miskent. Veelal betreft het een particulier, maar aangezien de overheid als verkoper in de zin van de WHPC wordt beschouwd, kan ook het stakingsbevel in de zin van artikel 95 WHPC tegen een overheid zijn gericht.²⁹ Veel meer dan in milieuaangelegenheden, rijst bij de stakingsvordering ter vrijwaring van de rechten van een consument de vraag hoe ver de stakingsrechter zich kan mengen in contractuele aangelegenheden (zie *infra*, nrs. 38 e.v.).

11. De bevoegdheid van de stakingsrechter in de WHPC wordt zeer ruim bepaald: van alle, zelfs onder het strafrecht vallende, daden die een overtreding uitmaken van de be-

²⁷ Wetten die de consument een vorderingsrecht toekennen, niet in die specifieke hoedanigheid maar in het algemeen (bv. art. 2 Wet Rechtsbescherming Databanken) of als «betrokkene» (art. 87, § 1, Auteurswet) komen in dit preadvies niet aan bod.

²⁸ Zo kent art. 221 WFTFM weliswaar een vorderingsrecht toe aan verbruikersverenigingen die rechtspersoonlijkheid hebben en vertegenwoordigd zijn in de Raad voor het Verbruik (maar niet of erkend door de bevoegde Minister), maar verklaart het niet uitdrukkelijk dat in afwijking van art. 17 en 18 Ger.W. deze verenigingen kunnen optreden ter verdediging van hun statutair omschreven collectieve belangen.

²⁹ Let wel: sommige in de WHPC uitdrukkelijk geregeld oneerlijke handelspraktijken zijn niet enkel voor de «verkoper» verboden (vb. verkoop met verlies).

palingen van de wet, kan de stakingsrechter het bestaan vaststellen en de staking bevelen (art. 95 WHPC).³⁰

12. In principe moet er geen schade of gevaar voor schade worden aangetoond voor de instelling van een stakingsvordering in consumentenaangelegenheden: de miskenning van een norm, zij het de *per se*-bepalingen van de WHPC (art. 1-92 WHPC), of van de andere voormelde consumentenwetten is voldoende.³¹ Wel moet de eiser blijk geven van een belang (*infra*, nrs. 31 e.v.).³² De vrijstelling van de bewijslast inzake schade geldt niet voor een overtreding van art. 94 WHPC, de in 1991 ingelaste bepaling waardoor de verboden «praktijken strijdig met de eerlijke (handels)gebruiken» een verruimde betekenis kregen. Is namelijk (ook) verboden, elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad, waardoor men de belangen van een of meer consumenten (art. 94), schaadt of kan (niet meer «tracht») schaden.³³ De aanvechting door een consument of een consumentenorganisatie van een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige praktijk vereist bijgevolg het bewijs dat de belangen van een of meer consumenten geschaad zijn. Treedt men evenwel op bij een dreigende wetsovertreding die de belangen «kan» schaden (*infra*, nr. 19), dan dient de schade niet te worden bewezen.

13. De stakingsrechter beschikt in het raam van de WHPC in principe niet over een *opportunititsbeoordeling*. Stelt hij het bestaan van een wetsovertreding vast, dan moet hij deze doen ophouden, hoe gering deze overtreding ook is.³⁴ Alleen bij een dreigende schending van de reclamebepalingen (art. 95, tweede lid, WHPC) «kan» hij optreden.³⁵ Tevens beschikt hij over de mogelijkheid om de overtreder een termijn toe te staan om aan de overtreding een einde te maken. Alleen bij overtredingen in de zin van art. 97 WHPC, waarvan de staking wordt bevolen op verzoek van de bevoegde Minister (art. 98, § 2, WHPC) wordt dit uitdrukkelijk door de wet bepaald (art. 97 *in fine* WHPC). Het

³⁰ Hierover B. FRANCO, «Procédure et sanctions» in *Les pratiques du commerce et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1991, 242 e.v.

³¹ H. DE BAUW, «Het bevel tot staken van inbreuken op de WHPC die een einde hebben genomen» in *Liber amicorum P. De Vroede*, Brussel, Kluwer, 1994, p. 397, nr. 17.

³² A. DE CALUWE, A.C. DELCORDE en X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce en Droit de la concurrence*, I, Brussel, Larcier, losbl., 36.19 (1).

³³ Er gaan trouwens ook stemmen op om op Europees niveau een «algemene norm» voor eerlijk marktgedrag in te voeren. Dit is althans een van de vragen in het «Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie» (DOC COM (2001) 531 final van 2 oktober 2001, 12 e.v.). Zij zou een vangnet moeten vormen voor praktijken waarvoor grensoverschrijdende beperkingen worden vastgesteld en die buiten de gecoördineerde terreinen van de sectorspecifieke richtlijnen vallen. Een minder verregaande optie zou zijn om de kaderrichtlijn te baseren op het restrictievere begrip van de *misleidende en bedrieglijke praktijken*.

³⁴ Vgl. met de milieustakingsvordering waarbij de rechter de staking «kan» bevelen, enerzijds, en enkel mag optreden tegen een «kennelijke» wetsinbreuk, anderzijds (*infra* nrs. 7 en 8 Deel II Preadvies).

³⁵ G. STRAETMANS, «De opportuniteit van de opportuniteitsbeoordeling van de vordering tot staking door de rechter» (noot onder Vz.Kh. Brugge 8 januari 1993), in DE BAUW, H. (red.), *Jaarboek Handelspraktijken 1993*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 364.

lijkt evenwel redelijk dat ook in andere gevallen dan art. 97 WHPC de stakingsrechter de verweerder een regularisatietermijn moet kunnen gunnen.³⁶

14. Het ingrijpen door de stakingsrechter bij wetsovertredingen heeft een *objectivering van het geschil* tot gevolg. Veeleer dan de schending van een subjectief recht, komt het niet respecteren van de betrokken (*per se*) bepaling op de voorgrond. Of dit een invloed heeft op de aard van het aan het stakingsbevel verbonden gezag van gewijsde, is een andere zaak (*infra*, nr. 59).

b) Onwettige mededinging

15. De leer van de «onwettige» mededinging³⁷ blijft gehandhaafd. Elke overtreding van een wettelijke of reglementaire bepaling die wordt begaan in of ter gelegenheid van de uitoefening van de handel (waardoor de beroepsbelangen van verkopers of de belangen van consumenten geschaad (kunnen) worden), kan aanleiding geven tot een stakingsvordering. De toepassing van art. 93 en 94 WHPC is in principe aan de toepassing van de specifieke bepalingen van de WHPC ondergeschikt.³⁸ Een overtreding van een wettelijke bepaling uit het consumentenrecht kan in die zin aanleiding geven tot een vordering tot staken. Dit zal voornamelijk van belang zijn voor overtredingen van wetten die niet zelf expliciet een stakingsvordering hebben opgenomen (bv. W. Hyp. Kred., Wet veiligheid van de consument, ...).

c) Injunctie

16. In principe is de stakingsvordering erop gericht iemand een bepaald verbod op te leggen. In de praktijk kan een vordering tot staking ertoe leiden dat de rechter de betrokkene een injunctie of positief bevel geeft. Moet een verkoper bv. het gebruik van een onrechtmatig beding staken (negatief), dan vereist dit de aanpassing van zijn contractmodellen (positief). Over de mogelijkheid van het richten van een *injunctie* tot de verweerder is veel gedebatteerd. Meestal neemt men aan dat de stakingsrechter een positieve daad kan bevelen wanneer dit neerkomt op een

³⁶ Zie in dezelfde zin: P. DE VROEDE, «Mag de stakingsrechter een regularisatietermijn toekennen», (noot onder Vz. Kh. Kortrijk 11 mei 2000), in DE BAUW H. (red.), *Jaarboek Handelspraktijken en mededinging 2000*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 566; J. STUYCK, «De vordering tot staking: samenloopregels en uitvoering van het bevel tot staking» in J. STUYCK (red.), *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 230 e.v.

³⁷ Cass. 2 mei 1985, *T.B.H.* 1985, 631, met noot en *Pas.* 1985, I, 1081. Over de evolutie in de discussies binnen de rechtsleer over deze leer, zie J. STUYCK, «L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale» in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, Brussel, Editions Jeune Barreau, 1991, 152 e.v.; J. VANHEULE, «De handelsrechtelijke handhaving van het milieurecht», *M.E.R.* 1999, 315-316.

³⁸ Het arrest van het Hof van Cassatie van 17 oktober 1997 (Cass. 17 oktober 1997, *R.C.J.B.* 1998, 412, met noot J. STUYCK; *T.B.H.* 1998, 314 met noot A. PUTTEMANS en in DE BAUW, H. en GYBELS, E. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken en Mededinging 1997*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 44 bewijst evenwel het tegendeel. Het Hof van Cassatie achtte de schending van art. 94 WHPC een voldoende basis om de staking te vorderen van de door de verkoper gevoerde reclame.

verbod de gewraakte praktijk verder te zetten.³⁹ Bijgevolg kan de stakingsrechter wel iemand verplichten een verwaringsstichtend uithangbord weg te nemen, maar kan hij de verweerder in een zaak van verkoopsweigeren niet dwingen alsnog over te gaan tot sluiting van het contract. Zelfs een verbod tot verkoopsweigeren kan in de praktijk op een positieve verplichting tot verkopen neerkomen.⁴⁰ Omgekeerd kan men een injunctie tot bv. schrapping van een beding ook in negatieve zin formuleren: de verkoper wordt het verbod opgelegd een bepaald type van contract te gebruiken, zijnde het contract met het litigieuze beding. Het is hoe dan ook van belang dat zeker wanneer het bevel positieve verplichtingen inhoudt, het dispositief van het vonnis op zeer nauwkeurige wijze de grenzen van het bevel aangeeft.⁴¹

17. In het arrest van het Hof van beroep van Brussel dat de uitspraak van de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel van Brussel van 1 maart 1995 in de *B.V.V.O.-kartelzaak* heeft hervormd,⁴² neemt de rechter nochtans een strengere houding aan. Een «*de facto*»-wijziging van de (op aanbeveling van het B.V.V.O. aangepaste) voorwaarden doorvoeren door *het herstel in hun oorspronkelijke toestand* te bevelen, was onmogelijk.⁴³ Geen enkele wetsbepaling geeft aan de stakingsrechter de mogelijkheid om te oordelen over het verleden en contracten te laten wijzigen opdat zij in hun oorspronkelijke versie zouden worden teruggeplaatst, aldus het Hof van beroep.⁴⁴

2^o Preventieve werking van de stakingsvordering

a) Algemeen

18. Een stakingsvordering maakt het mogelijk een dreigende wetsovertreding af te wenden of te vermijden dat een reeds begane overtreding wordt herhaald.

³⁹ J. STUYCK, *o.c.*, *Handelspraktijken anno 1996*, p. 260, nr. 65.

⁴⁰ J. STUYCK, I. BUELENS en D. COUNYE, «Verkoopsweigeren en eerlijke handelsgebruiken», *T.B.H.* 1995, 817.

⁴¹ *Ibid.*, 816.

⁴² Brussel 24 mei 1996 en Vz. Kh. Brussel 1 september 1995, *D.C.C.R.* 1996, 248, met noot E. BALLON, *T.B.H.* 1996, 637, en in H. DE BAUW en E. GYBELS (red.), *Jaarboek Handelspraktijken 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 665, met noot B. VAN DE WALLE DE GHELCKE. De aanbeveling van de B.V.V.O. aan haar leden inzake de te verlenen maximumgaranties en inzake de toe te passen franchise bij hospitalisatieverzekeringen, en de toepassing van op deze aanbeveling gebaseerde polisvoorwaarden door Assubel, A.G., en Royal Belge, werden respectievelijk beschouwd als een besluit van een ondernemersvereniging en een onderling afgestemde feitelijke gedraging, strijdig met art. 81 E.G.-Verdrag. Als een vorm van onwettige mededinging die de belangen van de consumenten schaadt, werd op basis van art. 94 WHPC de staking bevolen van, enerzijds de aanbeveling, en anderzijds de praktijk van de betrokken maatschappijen.

⁴³ Het bevel van de voorzitter was als volgt geformuleerd: «...rétablir les conditions générales de leurs polices d'assurance dans leur état initial»...

⁴⁴ Voorliggend arrest van het Hof van Beroep van Brussel werd verbroken om de reden dat de B.V.V.O. geen verkoper is in de zin van de WHPC (Cass. 13 maart 1998, *J.T.* 1998, 453).

b) De preventieve werking van de stakingsvordering van de WHPC

19. Het preventieve karakter van de stakingsvordering van de WHPC vloeit in essentie voort uit de mogelijkheid om bij een *virtueel belang* reeds op te treden. Ook wanneer de belangen van een consument (art. 94 WHPC) geschaad «kunnen» worden, is een bevel tot staking mogelijk.⁴⁵ De preventieve werking van het stakingsbevel is evenwel tevens het gevolg van het effect van een stakingsbevel op toekomstige contracten die door de veroordeelde professioneel worden gesloten. Er is met name indirect ook sprake van preventie, wanneer onder druk van het stakingsbevel de betrokken professioneel zijn gedrag wijzigt en toekomstige overtredingen vermeden worden.

20. Specifiek voor overtredingen van de reclamebepalingen van de WHPC en de WMRVB wordt in de mogelijkheid voorzien om nog niet ter kennis van het publiek gebrachte (misleidende en ongeoorloofde vergelijkende) reclame te verbieden, wanneer (er aanwijzingen zijn dat) de reclame op het punt staat gepubliceerd te worden (art. 95, tweede lid, WHPC; art. 4, tweede lid, WMRVB).⁴⁶

21. Bevat de betrokken wet geen specificatie in voormelde zin, wat voor de bijzondere consumentenwetten het geval is, dan kan een beroep op art. 18, tweede lid, Ger. W. eventueel uitkomst bieden. Een rechtsvordering kan worden toegelaten,⁴⁷ indien zij, zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht, is ingesteld om schending van een *ernstig bedreigd recht te voorkomen*. Wel moet het gevaar zeker zijn, zodat de declaratoire rechterlijke uitspraak een concreet nut heeft en niet enkel het karakter van een juridisch advies vertoont.⁴⁸

c) Preventie in Nederland

22. De collectieve vordering tegen onredelijke algemene voorwaarden, als neergelegd in art. 6: 240 NBW, vormt een voorbeeld van een preventieve vordering in de echte zin van het woord.⁴⁹ Zij biedt de mogelijkheid om voor een bijzondere rechter, namelijk het Gerechtshof van 's-Gravenhage – waar de meeste belangenorganisaties gevestigd zijn – een *verklaring voor recht* («*declaratoir*») te verkrijgen dat «bepaalde bedingen in bepaalde algemene voorwaarden» onredelijk bezwarend zijn. Aan deze hoofdvordering kunnen een aantal nevenvorderingen worden ge-

⁴⁵ Advies R.v.St. (WHPC) *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 947/1, p. 120. Vgl. J. STUYCK, *o.c.*, *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 252-253, nr. 45.

⁴⁶ Zie ook het wetsontwerp van 24 oktober 2001 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, *Parl. St. Kamer*, 2001-2002, nr. 1469/001 dat een nieuwe mogelijkheid bevat, namelijk «onverminderd de toepassing van artikel 811 Ger. W., kan hij aan een communicatie-techniek-exploitant bevelen, indien die daartoe in staat is, om een einde te maken aan praktijken die niet stroken met de bepalingen van deze wet betreffende de overeenkomsten op afstand (art. 17, derde lid, Wetsontwerp).

⁴⁷ In tegenstelling tot de regel van het virtueel belang van art. 94 WHPC, raakt art. 18, tweede lid, Ger. W. de toelaatbaarheidsvraag, niet de gegrondheid van de eis.

⁴⁸ A. FETWEIS, *Manuel de procédure civile*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1985, p. 46, nr. 33.

⁴⁹ Voor meer uitleg zie ons *Proefschrift*, 806 e.v.

koppeld, namelijk 1) het verbod van het gebruik van een beding, 2) het verbod van het bevorderen van het gebruik van een beding, 3) het gebod tot herroeping van een aanbeveling tot gebruik van een beding, en 4) de veroordeling tot openbaarmaking van de uitspraak op een door de rechter bepaalde wijze (art. 6: 241, derde lid, NBW). Bedingen die ondanks een verbod toch nog worden gebruikt, zijn vernietigbaar in de zin van art. 6: 243 NBW. Daartoe is een beroep op de gewone rechter vereist.⁵⁰ De verbodsuitspraken krijgen als het ware de betekenis van een tweede zwarte lijst, niet alleen ten aanzien van de gedaagden, maar ook via een zekere reflexwerking, ten aanzien van bv. niet-leden van de gedaagde brancheorganisatie.⁵¹

23. De bijzondere rechter grijpt niet repressief in bij een bestaand, concreet geschil, maar tracht de wederpartijen, of althans een bepaalde categorie, in de toekomst van bepaalde onredelijk bezwarende bedingen in nog te sluiten overeenkomsten te vrijwaren. De collectieve vordering van art. 6: 240 NBW is louter en alleen van preventieve aard. De Nederlandse wetgever heeft er derhalve voor geopteerd de algemene werking van de collectieve vordering, ook tegen aanbevelingen, louter en alleen ten aanzien van toekomstige contracten te beperken. «Preventief» betekent consequent geen mogelijkheid van optreden met betrekking tot bestaande verhoudingen. Zij is trouwens een collectieve vordering in strikte zin, namelijk 1) dat individuele consumenten en ondernemingen geen vorderingsrecht hebben en 2) dat zij niet alleen gericht kan zijn tegen een enkele gebruiker, maar ook tegen een *belangenorganisatie* die het gebruik van algemene voorwaarden door de ondernemers wier belangen zij behartigt, bevordert, dan wel door het gebruik ervan verplicht te stellen dan wel aan te bevelen (art. 6: 240, tweede lid, NBW). De leden van de brancheorganisatie kunnen *als collectiviteit* (niet te persoonlijke titel) mede worden gedagvaard.⁵² De uitspraak van de rechter verkrijgt op die manier een *breedtewerking* die zij, zelfs bij een eis ingesteld door een belangenorganisatie, zou ontberen, maar zonder te tornen aan het principiële relatieve gezag van gewijsde van de beslissing.⁵³ Samen met de regel

⁵⁰ Op dit artikel kan, zoals op de vernietigingsgronden van art. 6: 233 en 6: 234 NBW, geen beroep worden gedaan door «grote» wederpartijen en door partijen die meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde voorwaarden gebruiken (art. 6: 243 juncto art. 6: 235 NBW). Andere «kleine niet-consumenten» kunnen er wel een beroep op doen.

⁵¹ Dit vereist wel dat er een degelijk registratiesysteem zou worden opgezet met het oog op het geven van voldoende ruchtbaarheid aan deze verbodsuitspraken. Ondanks herhaald aandringen van de vaste Commissie voor Justitie werd daartoe niet beslist. Het uitspreken van een bevel tot openbaarmaking op basis van art. 6: 241, derde lid, c NBW is daarom zonder meer noodzakelijk (zie voor België, *infra* nrs. 28 e.v.).

⁵² Hierover M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst, in Recht en praktijk*, nr. 52, Deventer, Kluwer, 1989, 130 e.v. Om dit toe te laten, werden aan het Nederlandse Wetboek Burgerlijke rechtsvordering de artikelen 4, sub 13, 9, derde lid, 67 en 1003 tot 1006 (nieuwe afdeling 12) toegevoegd.

⁵³ In België maakt de techniek van de collectieve dagvaarding het weliswaar mogelijk dat verschillende consumenten hun rechtsvorderingen samenvoegen, waarbij eenieder in zijn eigen naam optreedt en een van de andere partijen onafhankelijke eis formuleert, maar het gerechtsdeurwaardersexploot dient de naam en de hoedanigheid van alle partijen te vermelden.

van art. 6: 243 NBW⁵⁴ krijgt het vonnis van de bijzondere rechter effectieve breedtewerking. *Collectiviteit, breedtewerking en preventief optreden gaan in die zin hand in hand*. Het is deze coherentie die de Belgische vordering tot staking ontbrekt.

3^o Overleg en/of verzoening

a) Verzoening en milieu

24. De wet van 12 januari 1993 inzake de milieustakingsvordering voorziet in een verplichte verzoeningspoging voor elk debat over de grond van de zaak (art. 1, tweede lid, *in fine* Milieustakingswet). De wet bevat geen sanctie bij niet-naleving van deze verplichting. Het nut van een dergelijke verplichting wordt o.m. daardoor sterk betwijfeld.⁵⁵ Men kan zich inderdaad vragen stellen bij een dergelijk typisch middel om een privaatsgeschil te beslechten in een stakingsprocedure die erop gericht is om «met het oog op het algemeen belang de milieuwetgeving te handhaven».⁵⁶ Is niet elke verplichte vorm van verzoening een formaliteit met verdragend effect?⁵⁷ Past een dergelijke verzoeningspoging niet beter in het consumentenrecht? Nergens in de verschillende consumentenwetten wordt nochtans melding gemaakt van dergelijke procedure.

b) Overleg in Nederland

25. De reeds vermelde collectieve vordering van art. 6:240 NBW voorziet wel in een overlegprocedure.⁵⁸ Er werd namelijk een specifieke ontvankelijkheidseis ingevoerd, zijnde dat de eiser, vooraleer een vordering in te stellen, de gebruiker of vereniging de gelegenheid moet bieden (alleen) om in onderling overleg de algemene voorwaarden zodanig te wijzigen dat de bezwaren die grond voor de vordering zouden opleveren, zijn weggenomen. Hiertoe wordt een termijn van zes maanden na schriftelijke kennisgeving van de bezwaren voldoende geacht (art. 6: 240, vierde lid, NBW).⁵⁹

⁵⁴ Een beding dat, in strijd met een rechterlijk verbod door de betrokken gebruiker in een overeenkomst wordt opgenomen, is vernietigbaar.

⁵⁵ O.m. J. VAN DEN BERGHE, «De wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu», *T.M.R.* 1993, 141; F. TULKENS, «La loi du 12 janvier 1993 créant un droit d'action en matière de protection de l'environnement - un premier commentaire», *J.Proc.* 1993, 12.

⁵⁶ H. BOCKEN, S. DELODDERE en D. RYCKBOST, «Memorie van toelichting - Privaatrechtelijke verbodsactie» in Interuniversitaire Commissie tot Herziening van het Milieurecht in het Vlaams Gewest, *Voorontwerp Decreet Milieubeleid*, H. BOCKEN e.a. (red.), Brugge, Die Keure, 1995, 812.

⁵⁷ A. FETTWEIS, o.c., nr. 190; F. TULKENS, o.c., *J. Proc.* 1993, 11.

⁵⁸ Inzake het optreden van de Consumentenbond zie N. HULS en R. STUTTERHEIM, «De trots van Ap Zwinkels: collectief actierecht en geschillencommissies», *Tijdschrift voor Consumentenrecht* (Nederland) 2001, 268.

⁵⁹ Voor kritiek op deze te lange termijn, zie L.J.H. MOLENBERG, *Het collectief actierecht voor consumentorganisaties op het terrein van algemene voorwaarden*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 269-270. Vergelijk met de zeer korte termijn (veertien dagen) van de Richtlijn Collectieve Verbodsacties (*infra*, nr. 52).

26. De Nederlandse regeling is aanlokkelijk. De transponering ervan in België zou evenwel op de voornaamste hinderpaal stuiten dat er in België geen zich op hetzelfde niveau bevindende traditie van consumentenorganisaties is.

4° Sancties voor niet-naleving van het stakingsbevel

27. Een stakingsbevel moet, zoals elke rechterlijke uitspraak, nageleefd worden. Gebeurt dit niet, dan staan aan de consument-procespartij de normale afdwingingsmogelijkheden open met het oog op de gedwongen tenuitvoerlegging van het vonnis. Het is essentieel dat de wetgever in voldoende sancties voorziet om de naleving van het bevel van de rechter te verzekeren. De WHPC beschikt over een strafsancie voor degene die het stakingsbevel niet naleeft (art. 104, 1°, WHPC). Daarenboven beschikt de consument over «een stok achter de deur». De stakingsrechter kan met name zijn bevel kracht bijzetten door aan de niet-naleving ervan de sanctie te verbinden van een dwangsom. Zoals men over de dwangsom heeft gesteld: «l'échec de l'astreinte est rare, car il n'y a pas de fortune qui puisse résister à une pression continue et sans cesse accentuée; la capitulation est fatale».⁶⁰

5° Ruchtbaarheid en bekendmaking van rechterlijke uitspraken als noodzakelijke voorwaarde voor efficiënte rechtshandhaving binnen het consumentenrecht

28. Een belangrijke voorwaarde voor het slagen van de effectuering van het consumentenrecht, vormt het ter beschikking stellen van de nodige kanalen voor het doorgeven van informatie in al haar facetten: informatie over de wettelijk toegekende rechten, informatie over de wettelijke middelen van rechtshandhaving, maar ook informatie over de resultaten van gevoerde procedures. De «geïnformeerde» consument mag worden geacht minder slachtoffer te worden van wanpraktijken gepleegd door ondernemers dan de niet-geïnformeerde consument. Daarenboven kunnen andere verkopers die dezelfde of vergelijkbare handelingen stellen, aangespoord worden om hun houding aan te passen, om te ontsnappen aan soortgelijke acties tegen hen.

29. Art. 99 WHPC biedt aan de stakingsrechter de mogelijkheid om te doen bevelen dat zijn beslissing of een samenvatting ervan wordt aangeplakt of bekendgemaakt «indien deze (maatregelen van openbaarmaking) er kunnen toe bijdragen dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan ophouden».⁶¹

Het uitstralings-effect van een dergelijke bekendmaking van rechterlijke beslissingen wordt in België evenwel deels door het tweede lid van art. 99 WHPC ontnomen. De bekendmaking mag met name enkel gebeuren om ertoe bij te dragen «dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan zou

⁶⁰ W. JEANDIDIER, «L'Exécution forcée des obligations contractuelles de faire», *R.T.D.civ.* 1976, p. 716, nr. 26, zich baserend op L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, II, Parijs, Sirey, 1930, p. 288, nr. 594; zie ook P. WERY, *L'exécution en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code Civil*, Antwerpen, Kluwer, 1993, p. 256, nr. 184.

⁶¹ Deze bepaling is, bij verwijzing eveneens van toepassing inzake consumentenkrediet, timestharing, bemiddeling door huwelijksbureaus en reisorganisatie en reisbemiddeling (*supra*, voetnoot 1). Zie ook art. 7 WMRVB en art. 221, § 4, WFTFM.

ophouden». Het maakt haar in hoofdzaak een drukkingmiddel voor de veroordeelde verkoper, eerder dan een informatiebron voor de consument en een dreigingsmiddel ten aanzien van andere verkopers.⁶²

30. Een andere bron van informatie vormt het in de schoot van het Ministerie van Economische Zaken opgezette *registratiesysteem* van alle vorderingen tot staking. Art. 100, zevende lid, WHPC verplicht de griffier om elke uitspraak ingevolge een op art. 95 of op art. 97 WHPC gegronde vordering binnen acht dagen mee te delen aan de Minister, tenzij de uitspraak is gewezen op zijn vordering.⁶³ Over het hoger beroep tegen dergelijke uitspraken dient de Minister eveneens onverwijld te worden ingelicht. In de praktijk blijkt evenwel dat bepaalde rechtbanken pertinent weigeren deel te nemen aan deze nochtans wettelijk geregelde centralisatie van informatie omtrent stakingsvorderingen en dat wel deelnemende rechtbanken enkel toegewezen vorderingen meedelen. Van openbaarheid van de registratie is hoe dan ook (voorlopig) geen sprake.

D. Vordering tot staking als individuele vordering

1° Consument als belanghebbende

a) Algemeen

31. De *individuele consument* kan belanghebbende zijn in de zin van art. 98, § 1, 1°, WHPC, indien hij voldoet aan de voorwaarden van art. 17 en 18 Ger. W.⁶⁴ Het geringste

⁶² De B.V.V.O. diende in de B.V.V.O.-kartelzaak (Brussel 24 mei 1996 en Vz. Kh. Brussel 1 september 1995, *D.C.C.R.* 1996, 248, met noot E. BALLON, *T.B.H.* 1996, 637, en in H. DE BAUW en E. GYBELS (red.), *Jaarboek Handelspraktijken en mededinging 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 665, met noot B. VAN DE WALLE DE GHELCKE). ten aanzien van zijn gezamenlijke leden het beschikkende gedeelte van het arrest te publiceren, onder verbeurte van een dwangsom. De dwangsom was bijgevolg niet aan de stopzetting van de aanbeveling door de B.V.V.O. of aan de staking van het geschil van de polisvoorwaarden door de verzekeringsondernemingen gekoppeld. Hetzelfde moest door de verzekeringsmaatschappijen aan hun verzekerden verspreid worden. Deze publicatiemaatregelen droegen volgens de rechter bij tot het neutraliseren van het effect van de oneerlijke praktijk en waren voldoende voor de verzekerden-consumenten om hun rechten te laten gelden. Dit is te sterk uitgedrukt. De publiciteitsmaatregelen dragen er weliswaar toe bij dat de huidige en toekomstige wederpartijen van de betrokken verzekeringsmaatschappijen van het stakingsbevel op de hoogte worden gebracht en dat zij derhalve op die manier hun rechten kennen, maar het bevel dat niet wordt nageleefd, kan geen *rechtstreekse* rechten aan derden-consumenten toekennen (*infra*, nr. 60).

⁶³ Zie ook art. 8 WMRVB.

⁶⁴ Onder gelding van de oude WHP werd dit zowel in de rechtspraak als in rechtsleer betwist, tenzij voor overtredingen van art. 55, a tot h WHP (*per se*-bepalingen). Consumentenbescherming was, in tegenstelling tot art. 54 WHPC., immers een zelfstandig doel van deze bepalingen. Zie hierover, *pro* H. BOCKEN, «Ook de individuele verbruiker kan de vordering tot staken instellen voorzien bij artikel 55 van de wet van 14 juli 1971 op de handelspraktijken», *T.P.R.* 1973, 553-577; T. BOURGOIGNIE, noot onder Vz. Kh. Turnhout 1 oktober 1976, *J.T.* 1977, 241; J. STUYCK, «De wet betreffende de handelspraktijken en de consument. Perspectieven voor een betere bescherming», *T.P.R.* 1982, p. 898, nr. 9 en p. 907, nr. 17; *contra* M. GOTZEN, «Eisers en verweerders in de vordering tot staken» in *Economisch en financieel recht Vandaag*,

belang volstaat.⁶⁵ Het kan zowel van materiële als van morele aard zijn.⁶⁶ Zelfs de wil de wet te doen respecteren, kan een belang van morele aard zijn.⁶⁷

De consument moet beschikken over een wettelijk, concreet, reeds verkregen,⁶⁸ actueel en vooral, over een persoonlijk belang in de zin van art. 17 en 18 Ger. W.,⁶⁹ op het moment van het instellen van de vordering. Het vereiste van een actueel belang speelt de consument die optreedt tegen onrechtmatige praktijken parten, voornamelijk in combinatie met het vereiste van een persoonlijk belang.

b) Een actueel belang: de vordering tot staking ingesteld tegen inbreuken die (definitief) een einde hebben genomen.

32. Voor het bestaan van een actueel belang is bepalend in welke mate er objectief⁷⁰ gevaar voor een herhaling van een soortgelijke daad binnen dezelfde handelspolitiek («herhalingsgevaar») bestaat. Is het antwoord positief, dan behoudt de stakingsvordering haar waarde. De stakingsvordering is veeleer gericht op een praktijk dan op een concrete daad.⁷¹ Het bevel van de rechter moet daarom derwijze worden geformuleerd dat zij, enerzijds, geen loutere herhaling mag zijn van een wettelijk verbod⁷² en, anderzijds, niet zo eng geformuleerd mag worden dat omzeiling ervan mogelijk is.⁷³

II, 1973, 265; M. GOTZEN, «Le consommateur peut-il tenter à titre individuel l'action en cessation prévue par l'article 55 de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce?», *J.T.* 1974, 260-261. Over de situatie die gold onder de voorganger van de wet van 1971, namelijk het K.B. nr. 55 van 23 december 1934 inzake oneerlijke concurrentie (*B.S.*), zie D. FEVERY, «Het belang van de consument bij stakingsvordering: een nieuwe episode in het David-Goliath gevecht?», in DE BAUW, H. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken 1992*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 452-453.

⁶⁵ A. FETTWEIS, *o.c.*, p. 37, nr. 27.

⁶⁶ A. FETTWEIS, *o.c.*, 1985, p. 39, nr. 28. Vgl. E. BALATE, «Loyauté et louvoyage. Les articles 93 et 94 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur» in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur. Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Brussel, Bruylant, 1994, 175-180.

⁶⁷ A. DE CALUWE, A.C. DELCORDE en X. LEURQUIN, *o.c.*, 37, 2. (2). Zie ook Vz. Kh. Leuven 1 september 1992, in H. DE BAUW (red.), *Jaarboek Handelspraktijken 1992*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 193.

⁶⁸ Het vereiste van een reeds verkregen belang levert geen probleem op binnen de WHPC. De WHPC acht, zoals reeds vermeld, het bestaan van een virtuele kans op schade voldoende om de stakingsrechter te laten ingrijpen.

⁶⁹ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Senaat 1984-1985*, nr. 947/1, p. 5 en 48; R.v.St., *Parl. St. Senaat 1984-85*, nr. 947/1, p. 122.

⁷⁰ In die strenge optiek wordt geen rekening gehouden met de omstandigheden waarin de overtreding werd begaan, noch met de houding van de betrokkene sedert de overtreding. Die zouden erop wijzen dat hij de oneerlijke praktijk niet kan of niet wil voortzetten. Door de voorliggende omstandigheden moet een herhaling van de overtreding, los van de wil van de betrokkene, onmogelijk zijn (H. DE BAUW *o.c.*, in *Liber Amicorum P. De Vroede*, Brussel, Kluwer, 1994, p. 397, nr. 20).

⁷¹ Vz. Kh. Leuven 17 november 1992, in DE BAUW, H. (red.), *Jaarboek Handelspraktijken 1992*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 168.

⁷² Cass. 20 oktober 1972, *R.W.* 1972-73, 714.

Hoe abstracter de overtreding is geformuleerd, des te groter de kans dat zij vatbaar is voor herhaling.

33. Bijgevolg beschikt de eisende partij niet over het nodige belang wanneer de staking, wegens het gebrek aan herhalingsgevaar, voor haar enkel in voorliggend geschil zin heeft. Heeft de aangeklaagde daad een einde genomen (bv. afbrekende reclame) maar heeft de schuldige verkoper zijn beleidsbeslissing niet gewijzigd, dan is er echter wel gevaar voor herhaling en blijft de stakingsvordering mogelijk.⁷⁴ Immers, in theorie blijft het altijd mogelijk dat de verkoper zijn laakbare activiteiten zou hervatten en een stakingsvordering aldus noodzakelijk is. Meer zelfs, «zelfs indien een partij thans andere modelovereenkomsten gebruikt, is gevaar voor herhaling hiermee objectief niet uitgesloten. Het gebruik van standaardovereenkomsten die in strijd zijn met de bepalingen van art. 88 WHPC is voor herhaling vatbaar», aldus de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel in een zaak van een verkoop (van een dienst van expertise) gesloten buiten de onderneming van de verkoper.⁷⁵ De rechter schoof hiermee de argumentatie van de verweerder terzijde dat, aangezien zijn prestaties voor de eiser waren beëindigd en zijn modelovereenkomsten waren aangepast, het doel van de stakingsvordering er kennelijk in bestond louter bepaalde onrechtmatigheden te horen vaststellen met het oog op een later gebruik in een procedure ten gronde (*sic!*) (tot nietigverklaring van de overeenkomst wegens niet-naleving van artikel 88 WHPC).

c) Persoonlijk belang

34. Vaak wordt geponereerd dat het «persoonlijk» herhalingsgevaar een moeilijk te hanteren argument is voor een door een verkoper in de luren gelegde consument. Aangezien de consument wellicht geen tweede maal met de betrokken verkoper zal contracteren, zou hij moeilijk kunnen staande houden dat het belang van zijn vordering in het vermijden van toekomstige benadeling gelegen is. Optreden voor het toekomstig welzijn van de andere potentiële klanten van de verkoper komt neer op een in ons recht onbekende *actio popularis*, dit is het recht om in het algemeen (consumenten)belang op te treden. Aldus zou de consument zelden terzelfder tijd over een actueel en persoonlijk belang beschikken.

35. De klassieke invulling van het belangvereiste als een persoonlijk belang wordt bekritiseerd in de rechtsleer.⁷⁶

⁷³ J. STUYCK, *o.c.*, *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 261, nr. 70.

⁷⁴ Aldus Vz. Kh. Kortrijk 16 oktober 1997, in DE BAUW, H. en GYBELS, E. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken en Mededinging 1997*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 502, weliswaar in de verhouding tussen twee verkopers.

⁷⁵ Vz. Kh. Brussel 31 mei 2000, *T.B.H.* 2001, 269, met noot E. BALATE.

⁷⁶ J. STUYCK stelt zich de vraag of een consument geen persoonlijk (moreel) belang kan hebben dat anderen niet worden misleid, zonder dat er sprake is van een *actio popularis*. Hij maakt een onderscheid naargelang de soort overtreding. Zo lijkt de consument meer belang te hebben bij de stopzetting van de niet-naleving van gebodsvorschriften (bv. informatieplichten) dan van agressieve verkoop- en reclametechnieken, tenzij deze hinderlijk zijn. Dergelijke technieken leveren immers zelden een gevaar op voor de gealarmeerde consument zelf (J. STUYCK, *o.c.*, *T.P.R.* 1982,

Deze personalisering en individualisering van het belangvereiste wordt niet door de wet voorgeschreven en is evenmin in de oudere rechtsleer terug te vinden, aldus Storme.⁷⁷ De stelling dat de consument zelden van een persoonlijk en actueel belang zal kunnen doen blijken, dient, zoals we reeds in het verleden hebben opgemerkt,⁷⁸ om twee redenen te worden gerelativeerd: enerzijds aanvaardt een minderheid⁷⁹ – wellicht onterecht – dat de betrokken consument, ten aanzien van wie het kwaad reeds is geschied, zich tot de stakingsrechter mag richten om (enkel) een overtreding van een wetsbepaling vast te stellen («avis de droit») en eventueel publicatiemaatregelen te nemen.⁸⁰ Anderzijds kan het persoonlijk belang in bepaalde omstandigheden wel voorhanden zijn: wanneer er zich geen alternatief voor de ver-

p. 898, nr. 9, en p. 907, nr. 17). E. Balate gaat in dezelfde zin nog verder en stelt dat de wet nergens als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de stakingsvordering vereist, dat de aangeklaagde praktijken zich dienen te manifesteren ten aanzien van *dezelfde* slachtoffers (E. BALATE, o.c., *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur. Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, 171). Zie ook T. BOURGOIGNIE, «L'action en cessation dans les lois du 14 juillet 1991 et du 12 juin 1991 et la mise en oeuvre du droit de la consommation: un succès bien illusoire» in J. VAN COMPERNOLLE en M. STORME (red.), *De ontwikkeling van procedures zoals in kort geding*, Brussel, Bruylant/Kluwer, 1994, 52; L. VAN BUNNEN, «La nouvelle L.P.C. après deux ans. Rapport de synthèse» in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur. Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Brussel, Bruylant, 1994, 376.

⁷⁷ M. STORME, «S'il y a action, il y a intérêt. Over de vorderingsbevoegdheid van (milieu)verenigingen» in H. BOCKEN (red.), in *Vorderingsbevoegdheid voor milieuverenigingen*, Brussel, Story-Scientia, 1985, 7.

⁷⁸ Zie onze bijdrage «De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?», *R.W.* 1997-98, 1365.

⁷⁹ L. VAN BUNNEN, «La loi sur les pratiques du commerce et son incidence sur les contrats» in *Hommage à J. Heenen*, Brussel, Bruylant, 1994, 503; *contra* J. STUYCK, o.c., *Handelspraktijken anno 1996*, p. 250, nr. 42.

⁸⁰ Nadien zou de consument zich dan op dit vonnis kunnen beroepen, wanneer hij zich voor schadeloostelling of voor teruggeve van onbetaalde sommen of voor bv. nietigverklaring van een onrechtmatig beding tot de burgerlijke rechter wendt. Zie ook de bekritiseerde affaire H.I.T.S. (noot Vz. Kh. Brussel 22 april 1992, D.C.C.R. 1993, 361, met noot G. GLAS en M. VAN DEN ABEELE, in DE BAUW, H. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken 1992*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 419; vgl. Brussel 7 juni 1995, in DE BAUW, H. en GYBELS, E. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken en Mededinging 1995*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 312, met kritische noot E. GYBELS; Kh. Gent 22 februari 1993, in DE BAUW, H. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken 1993*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 507. E. GYBELS, «De l'intérêt à faire constater une infraction aux usages honnêtes en matière commerciale sans être intéressé à sa cessation», (noot onder Brussel 7 juni 1995), DE BAUW, H. en GYBELS, E. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken en Mededinging 1995*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 318; I. VEROUGSTRÆTE, «Le rôle des magistrats dans l'application de la loi sur les pratiques du commerce» in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur. Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Brussel, Bruylant, 1994, 53; D. FEVERY, «Het belang van de consument bij stakingsvordering: een nieuwe episode in het David-Goliath gevecht?», in DE BAUW, H.

oordeelde verkoper aandient (bv. monopoliehouder, gebruikelijke praktijken in een bepaalde sector), wanneer de contractuele verhouding tussen de verkoper en de consument is blijven voortbestaan (bv. onrechtmatig beding in een huur- of verzekeringsovereenkomst) of op de een of de andere manier gevolgen blijft ressorteren, of wanneer men met een virtueel of «nakend» actueel belang genoeg neemt, zoals dit het geval is bij de hierbovenvermelde preventieve stakingsvordering.

d) Conclusie

36. Het argument dat de consument geen actueel en persoonlijk belang heeft bij het instellen van een stakingsvordering omdat hij zich evenzeer tot een andere verkoper kan wenden, gaat ons inziens niet op. De consument heeft *het recht zijn contractpartij te kiezen*. Voldoen de betrokken verkoper en de door hem geleverde prestaties, met uitzondering van de gelaakte handeling (bv. misleidende reclame, onrechtmatige verkoopsvoorwaarden), aan al de door hem gestelde vereisten, dan moet hij over de mogelijkheid beschikken de staking ervan te bevelen om in de toekomst met deze praktijken niet meer te moeten worden geconfronteerd. De kans is immers nooit uitgesloten dat de (opdringerige) verkoper «recidiveert».⁸¹

2° Nut van stakingsvordering

37. De aanwezigheid van het vereiste belang voor de consument staat hoe dan ook los van de vraag welk *nut* een stakingsvordering voor de individuele consument oplevert.

De stakingsrechter kan geen sancties zoals de ontbinding van een overeenkomst, de nietigverklaring van een onrechtmatig beding of de toekenning van een schadevergoeding uitspreken. De consument heeft daarom meer baat bij een vordering ingeleid voor de gewone rechter. De nietigverklaring van een onrechtmatig beding bv. biedt hem de zekerheid dat, voor het geval het (langdurig) contract standhoudt, het litigieuze beding door de veroordeelde verkoper/vrijeberoepsbeoefenaar zeker niet meer aangewend kan worden tegen hem. De rechter kan daarenboven de voor de consument veel belangrijkere schadevergoeding toekennen of in voorkomend geval de ontbinding van de betrokken overeenkomst uitspreken.⁸² Slechts uiterst zelden maakt een individuele consument gebruik van het wapen van de stakingsvordering.⁸³

(red.) in *Jaarboek handelspraktijken 1992*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 459-460; J. STUYCK, o.c., *Handelspraktijken anno 1996*, p. 234, nr. 7; L. VAN BUNNEN, o.c., *Hommage à J. Heenen*, 505.

⁸¹ J.J. EVRARD, «Chronique de jurisprudence», *J.T.* 1985, 195; J. STUYCK, noot onder Kh. Turnhout 1 oktober 1976, *R.W.* 1977-78, 535.

⁸² Of de stakingsrechter schadevergoeding mag toekennen wegens tergend en roekeloos geding wordt doorgaans positief onthaald (zie J. STUYCK en W. VAN GERVEN, *Mededingingsrecht. Handelspraktijken in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, *Handels- en Economisch recht*, deel 2, A, Gent, Story, 1985, p. 43, nr. 43). Vgl met de expliciete regeling in de milieustakingsvordering.

⁸³ In de zaak voor de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel baseerde een consument zich op art. 94 WHPC (en niet op art. 109 WCK) om de opzegging van zijn kredietopening te bestrijden (Vz. Kh. Brussel 4 november 1997, in

3^o Stakingsvordering en contractuele wanprestaties

a) Algemeen: uitsluiting van bevelen tot stopzetting van contractuele wanprestaties

38. Oneerlijke (handels)praktijken tegenover een consument doen zich doorgaans voor in de (pre)contractuele fase. Dit is «logisch»: het optreden van de professioneel is gericht op het «verkoppen» van zijn producten en diensten aan (o.m.) de consument.

39. Doorgaans wordt aangenomen dat tekortkomingen aan of schendingen van contractuele verplichtingen door de stakingsrechter niet verboden kunnen worden. Basis hiervoor vindt men niet in de wet terug, ook niet in de WHPC van 1991. Sinds de cassatiearresten van 25 november 1943⁸⁴ is dit nochtans vaststaande rechtspraak.⁸⁵ De vordering tot staken dient te worden uitgesloten tussen contractpartijen ten aanzien van handelingen die een loutere contractuele tekortkoming uitmaken en slechts uit het bijzondere oogpunt van de contractuele verbintenissen laakbaar zijn («qui ne seront répréhensibles que du point de vue particulier des engagements contractuels»), met andere woorden slechts onrechtmatig zijn wegens het bestaan van een overeenkomst.⁸⁶ Ook de memorie van toelichting bij de WHPC bevestigt deze traditionele opvatting.⁸⁷ «schendingen van contractuele verbintenissen ontsnappen aan dit verbod».⁸⁸

DE BAUW, H. en GYBELS, E. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken en Mededinging 1997*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 507, met noot M. DAMBRE; zie onze bijdrage in P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, «Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming (1992-1997)», *T.P.R.* 1999, p. 511, nr. 633; M. DAMBRE, «De individuele consument en de vordering tot staken voor inbreuken op de Wet Consumentenkrediet» (noot onder Vz. Kh. Brussel 4 november 1997), in DE BAUW, H. en GYBELS, E. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken en Mededinging 1997*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 511). Zie ook *infra*, nr. 46, voetnoot 116.

⁸⁴ Cass. 25 november 1943, *Pas.* 1944, I, 70 en 72.

⁸⁵ Zijn uitgesloten, «les actes, n'étant pas en eux-mêmes contraires aux usages honnêtes, propres au commerce ou à l'industrie, ne se trouvant interdits qu'en vertu d'un contrat» (Cass. 25 november 1943, *Pas.* 1944, I, 70).

⁸⁶ «La procédure en cessation... est créée dans un intérêt supérieur de la moralité commerciale et, par suite, est ouverte à tous intéressés...; qu'ainsi organisée, l'action en cessation, apparaît sans rapport avec la poursuite de droits qui, ne trouvant leur titre que dans un contrat, appartiennent privativement aux parties contractantes». (Cass. 25 november 1943, *Pas.* 1944, I, 71). *Kritisch* I. VEROUGSTRÆTE, «Bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel rechtdoende op grond van artikel 55 WHPC», *R.W.* 1978-79, 829; het K.B. van 1934 beschouwen als een politiewet die geen verband houdt met de privatieve rechten die een contracterende partij uit een overeenkomst kan putten, kan niet worden gevolgd. «Doel van de wetgeving is een ordentelijke concurrentie in de hand te werken die zowel de handelaars als de consumenten ten goede moet komen. Het naleven van contractuele verbintenissen is een belangrijk deel van de instandhouding van een gezonde mededinging.»

⁸⁷ Memorie van Toelichting (WHPC), *Parl. St.* Senaat, 1984-85, nr. 947/1, p. 46.

⁸⁸ Of het principe van de uitsluiting van de vordering tot staking t.a.v. een contractuele wanprestatie als een bevoegdheidsvraag dan wel als een gegrondheidsvraag dient te worden geconstrueerd, was tot voor kort voorwerp van discussie. Laenens geeft de volgende

De in 1991 ingevoerde bevoegdheid van de stakingsrechter om de stopzetting van het gebruik van een onrechtmatig beding te bevelen, doet aan dit beginsel geen afbreuk.⁸⁹

40. Het uitgangspunt is dat we met de oneerlijke handelspraktijken in de sfeer van de extra-contractuele aansprakelijkheid zitten: art. 93 en 94 WHPC zijn een toepassing van de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 1382 B.W.⁹⁰ Dit betekent dat een stakingsvordering tussen contractanten de algemene regelen inzake *samenloop*⁹¹ moet volgen⁹² en die ingesteld door een derde de *coëxistentieeler*⁹³ moet naleven.⁹⁴ Bepalend is wat men onder een «con-

oplossing aan het probleem van de samenhangende eisen voor de stakingsrechter. Het volstaat na te gaan of de eiser in zijn dagvaarding het te beslechten geschil als een handelspraktijkenschil, in welk geval de rechter de eis wel *ongegrond* kan verklaren. (O.a. J. LAENENS, «De exclusieve bevoegdheid van de stakingsrechter» (noot onder Arrondrb. Brussel 5 november 1990), *T.B.H.* 1992, 433; J. LAENENS, «Gerechtelijke controle van de handelsgebruiken: grenzen en perspectieven» in E. BALATE en J. STUYCK (red.), *Handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument*, CDC 18, Brussel, Story, 268; J. LAENENS, «De vordering tot staking herbezocht» in J. STUYCK en P. WYTINCK (red.), *De Nieuwe Wet Handelspraktijken. Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument*, Brussel, Kluwer, 1992, 154).

⁸⁹ Dit wordt meestal betwijfeld: zie o.m. advies Raad van State (W.H.P.C.), *Parl.St.* Senaat 1984-1985, nr. 947/1, 107; J. LAENENS, o.c., J. STUYCK en P. WYTINCK (red.), *De nieuwe wet handelspraktijken. Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument*, p. 157, nr. 13 («de stakingsvordering vanwege consumenten kan alvast gebaseerd worden op contractuele grondslag»); I. VEROUGSTRÆTE, o.c., *R.W.* 1978-79, 834 (inzake het ontwerp W.H.P.); I. VEROUGSTRÆTE, «Praktijken strijdig met de eerlijke gebruiken» in J. STUYCK en P. WYTINCK (red.), *De nieuwe wet handelspraktijken. Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument*, Brussel, Kluwer, 1992, p. 144, nr. 25 en p. 145, nr. 28. Deze auteur heeft zijn stelling gedeeltelijk herzien: enerzijds blijft hij de uitsluiting van contractuele tekortkomingen in vraag stellen, aangezien verschillende tekortkomingen in de WHPC, waaronder de onrechtmatige bedingen, van contractuele aard zijn (p. 44), anderzijds is hij van oordeel dat de vordering van de consument (niet van een derde) «à première vue» (sic) niet kan: «elle se confond avec l'action contractuelle» (p. 47) (I. VEROUGSTRÆTE, o.c., *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur. Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, p. 44 en 47).

⁹⁰ Zie Cass. 27 mei 1977, *Pas.* 1977, I, 1002, met noot E.K. en J. STUYCK en W. VAN GERVEN, o.c., p. 53, nr. 57.

⁹¹ Voor een grondig onderzoek van het gerechtvaardigd karakter van het samenloopverbod, in het algemeen, en met betrekking tot de stakingsvordering in het bijzonder, zie A. DE CALUWE, A.C. DELCORDE en X. LEURQUIN, o.c., 36.24. (2) – 36.28. (2) die, naar analogie met de uitzondering op het samenloopverbod voor strafrechtelijk beteugelde overtredingen, een uitzondering willen voorzien voor overtredingen van commerciële wetgeving van dwingende aard (*ibid.*, 36.28 (1); vgl. I. VEROUGSTRÆTE, o.c., *R.W.* 1978-79, 833-834).

⁹² Het samenloopverbod kent een belangrijke uitzondering. Zelfs wanneer er enkel of ook een «contractuele fout» bestaat, kan de vordering *ex delicto* voor de strafrechter worden ingesteld wanneer de fout tevens een overtreding is van de *strafwet*. De contractuele regeling kan de strafrechter niet verhinderen van de civielrechtelijke rechtsvordering kennis te nemen (H. SWENNEN, «Samenloop tussen de vordering ex contractu en de vordering tot staken (art. 54 en 55 Handelspraktijkenwet)», (noot onder Antwerpen 6 september 1979), *R.W.* 1979-80, 1380).

tractuele fout» verstaat en in hoeverre een (zuiver) extra-contractuele fout, ondanks de contractuele relatie, voorhanden is.⁹⁵ Het Hof van Cassatie relateert de contractuele fout logischerwijze aan de wanprestatie. De fout waar het bij een stakingsvordering niet (of niet alleen) om mag gaan, is de schending van de contractueel aangegane verbintenissen.⁹⁶ De verboden inmenging in de contractuele sfeer door de stakingsrechter dient bijgevolg in zijn context te worden teruggeplaatst. Wat verboden is, is een vordering die er alleen op gericht is *de gevolgen van een contractuele wanprestatie te doen ophouden*.

b) Grenzen van het verbod

41. De stakingsrechter moet zich niet van elke inmenging in de contractuele sfeer onthouden.⁹⁷ De meningen verschillen over hoever de rechter hierin kan gaan. Zoals reeds eerder door ons bepleit,⁹⁸ staan we een soepele houding voor.

42. De stakingsrechter mag contracten onderzoeken die worden opgeworpen als verweermiddel tegen de stakingsvordering,⁹⁹ die worden ingeroepen om de rechtsgeldigheid van een handeling aan te tonen die anders onwettig zou zijn,¹⁰⁰ of waarvan de geldigheid juist de onwettige aard van de handeling bepaalt (cf. derde medeplichtigheid aan contractbreuk).¹⁰¹ Het onderzoek van de contractuele ver-

houdingen kan eveneens vereist zijn om uit te maken of de betrokken partij de hoedanigheid van verkoper in de zin van art. 1, 6°, WHPC heeft.¹⁰² Meer zelfs, het is de stakingsrechter toegestaan om de wijze van beëindiging van de overeenkomst te beoordelen wanneer de vermeende onrechtmatige beëindiging oorzaak is van de praktijken waarvan de staking wordt gevorderd.¹⁰³

43. Hij mag de staking bevelen van *het sluiten*, onder bepaalde voorwaarden of bepaalde omstandigheden, van overeenkomsten *met derden*.¹⁰⁴ Een stakingsbevel dat zich zelf niet met een contract inlaat, kan tot gevolg hebben dat de verweerder een geldig gesloten overeenkomst niet mag uitvoeren en moet opdraaien voor de gevolgen van deze niet-uitvoering ten aanzien van zijn contractpartij.¹⁰⁵ In die zin kan de stakingsrechter zowel het sluiten als het uitvoeren van contracten censureren.¹⁰⁶ Of het mogelijk zou zijn een oordeel te geven over *het bestaan* of de *geldigheid* van een overeenkomst, bv. met toepassing van het kartelrecht en om, zelfs ambtshalve, de nietigheid van de overeenkomst uit te spreken, wordt betwist. De Wet Economische Mededinging die van openbare orde is, verplicht hem nochtans ambtshalve over de nietigheid van de overeenkomst in de zin van art. 2, § 1, W.E.M. een uitspraak te doen.¹⁰⁷

44. De reeds vermelde kartelzaak van Test-Aankoop tegen de B.V.V.O. en enkele hospitalisatieverzekeraars (*supra*, nr. 17) bewijst dat de stakingsrechter een vordering ontvankelijk mag verklaren ook al zal zijn bevel (*in casu* de intrekking van een aanbeveling en de stopzetting van het gebruik van afgesproken polisvoorwaarden), onmiskenbaar inwerken op de contractuele verhoudingen.¹⁰⁸ Het geschil vindt immers geen oorsprong in een contractuele wanprestatie, maar betreft het bestaan zelf van de overeenkomst.¹⁰⁹ Het optreden van de stakingsrechter tegen onrechtmatige bedingen is, zoals reeds vroeger door ons beklemtoond,¹¹⁰ gericht op de *beoordeling van de inhoud van een contractuele clause*, niet op de beoordeling van een tekortkoming aan het contract.¹¹¹ Wil men het met onfrisse

⁹³ Cass. 4 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 563; *J.T.* 1993, 757 en *T.B.H.* 1994, 610, met noot J. STUYCK, (m.m.v. C. PAUWELS); zie ook Cass. 26 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 722 (inzake coëxistentie in het algemeen); Luik 25 oktober 1990 en Vz. Kh. Verviers 16 mei 1990, in DE BAUW, H. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken 1990*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 269, met goedkeurende noot P. DE VROEDE en bekritiseerd door J. STUYCK, (m.m.v. C. PAUWELS), «Over coëxistentie en samenloop tussen de vordering tot staking en de vordering ex contractu», (noot onder Cass. 4 juni 1993), *T.B.H.* 1994, 615; Vz. Kh. Brugge 28 februari 1983, *T.V.B.R.* 1983, 29.

⁹⁴ Voor meer hierover, zie E. BALATE, «Norme(s) de loyauté: pertinence et contradictions» in E. BALATE en J. STUYCK (red.), *Handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument*, CDC 18, Brussel, Story, 218; J. STUYCK, «Les pratiques du commerce et le droit des contrats», *Ann. Dr. Louv.* 1986, 27 e.v.; J. STUYCK (m.m.v. C. PAUWELS), «Over coëxistentie en samenloop tussen de vordering tot staking en de vordering ex contractu» (noot onder Cass., 4 juni 1993), *T.B.H.* 1994, 610 e.v.; J. STUYCK, o.c., *Handelspraktijken anno 1996*, p. 246, nrs. 35 e.v.; H. SWENNEN, o.c., *R.W.* 1979-80, 1378; I. VEROUGSTRAETE, o.c., *R.W.* 1978-79, 829 e.v.

⁹⁵ Overtredingen van de «*per se* normen» van de rest van de WHPC of van de specifieke consumentenwetten, waarvan de staking kan worden bevolen, los van het bewijs van schade (niet los van het belang), bieden het voordeel dat het onderzoek van het aspect «schade» van het *samenloop*probleem niet (of minder) nodig is. Zie hierover ons *Proefschrift*, 771 e.v.

⁹⁶ Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395.

⁹⁷ Cass. 26 november 1976, *T.B.H.* 1977, 730 en *R.W.* 1977-78, 226; J. STUYCK en W. VAN GERVEN, o.c., nr. 29; I. VEROUGSTRAETE, o.c., *R.W.* 1978-79, 831; J. STUYCK, o.c., *Ann. Dr. Louv.* 1986, 51.

⁹⁸ Zie onze reeds vermelde bijdrage in o.c., *R.W.* 1997-98, 1360.

⁹⁹ A. DE CALUWE, A.C. DELCORDE en X. LEURQUIN, o.c., 36.22. (2); I. VEROUGSTRAETE, o.c., *R.W.* 1978-79, 832. Bv. Antwerpen 26 april 1993, in DE BAUW, H. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken 1993*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 311.

¹⁰⁰ J. STUYCK, o.c., *Ann. Dr. Louv.* 1986, 51.

¹⁰¹ J. STUYCK, o.c., *Ann. Dr. Louv.* 1986, 52-53.

¹⁰² Brussel 21 juni 1996, in DE BAUW, H. en GYBELS, E. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken en Mededinging 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 442.

¹⁰³ *Ibid.* De vordering was met name tegen de gerant van een SECA-station gericht die, misnoegd over de beëindiging van zijn uitbatingsovereenkomst, voor SECA afbrekende affiches aan het station had opgehangen.

¹⁰⁴ Cass. 26 november 1976, *T.B.H.* 1977, 730 en *R.W.* 1977-78, 226.

¹⁰⁵ Brussel 16 mei 1963, *J.T.* 1963, 434.

¹⁰⁶ J. STUYCK en W. VAN GERVEN, o.c., p. 43, nr. 42.

¹⁰⁷ Zie J. STUYCK, o.c., *Handelspraktijken anno 1996*, p. 246, nr. 35. In negatieve zin: E. BALLON, «Onrechtmatige mededinging: capita selecta» in *Handelspraktijken anno 1996*, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 217, nr. 12; A. DE CALUWE, A.C. DELCORDE en X. LEURQUIN, o.c., 36.22. (2) met verwijzing naar ongepubliceerde rechtspraak; zie ook P. DE VROEDE en M. FLAMEE, *Précis de droit économique belge*, Gent, Story, 1985, p. 967, nr. 2098.

¹⁰⁸ Brussel 24 mei 1996 en Vz. Kh. Brussel 1 september 1995, *D.C.C.R.* 1996, 267.

¹⁰⁹ E. BALLON, noot onder Brussel 24 mei 1996 en Vz. Kh. Brussel 1 september 1995, *D.C.C.R.* 1996, 285.

¹¹⁰ Zie reeds vermelde bijdrage in o.c., *R.W.* 1997-98, 1360-1361.

praktijken (bv. misbruik van machtspositie, gebruik van onduidelijke bedingen) gepaard gaand *inlassen van onrechtmatige bedingen* in overeenkomsten met de consument/cliënt aanvechten, dan bevindt men zich trouwens in de *precontractuele fase*. De begane fout, het op sluike manier¹¹² inlassen van onrechtmatige bedingen, is dan geen contractuele wanprestatie, maar een op basis van art. 1382 B.W. te betegelen *culpa in contrahendo*. Bij de effectieve *toepassing van onrechtmatige contractbepalingen* begaat men evenmin een wanprestatie. Integendeel, men leeft in feite de overeenkomst na. Wel kan de wijze waarop men een beroep doet op een beding met het beginsel van de *uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten*, strijdig zijn neergelegd in art. 1134, derde lid, B.W. Alleen bij een optreden van de stakingsrechter ter stopzetting van het misbruik van een contractueel recht laat deze zich te zeer in met het verhelpen van een contractuele tekortkoming.¹¹³

Ook in voormelde zaak van een verkoop van diensten van expertise gesloten buiten de onderneming van de verkoper, die voor de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel werd gebracht, ging het argument dat de stakingsrechter zich inliet met een louter contractuele fout niet op. Eisers bekloegen zich immers niet over een contractuele wanprestatie van het expertisebureau maar wilden de stopzetting van het gebruik van modelovereenkomsten waarvan de inhoud niet beantwoordde aan de wettelijke (vorm-)vereisten van art. 88 WHPC.¹¹⁴

45. Wel kan er *aan de basis van de stakingsvordering een geschil liggen nopens de naleving van een contractuele verplichting*. Dit zal zelfs vaak het geval zijn bij een vordering die zou worden ingesteld door een individuele consument. Zo is het zeer goed denkbaar dat naar aanleiding van een verborgen gebrek in de verkochte zaak, de consument met een exoneratieclausule ten voordele van de verkoper geconfronteerd wordt. Door een beroep te doen op dit beding, voert de verkoper zijn wettelijke verplichting tot vrijwaring voor verborgen gebreken niet uit. Indien de consument zou beslissen zich tot de stakingsrechter te wenden, zal deze alleen nagaan of het beding beantwoordt aan een op basis van

¹¹¹ A. DE CALUWE, A.C. DELCORDE en X. LEURQUIN, *o.c.*, nr. 12.22 (2); nr. 36.24. (1); Vgl. J. STUYCK *o.c.*, *Ann. Dr. Louv.* 1986, nr. 36.24 (1).

¹¹² Dit is een essentieel vereiste: het sluiten van een overeenkomst met een onrechtmatig beding maakt op zichzelf geen *culpa in contrahendo* uit, maar wel de ongepaste wijze waarop de overeenkomst is totstandgekomen. Zie Cass. 26 november 1976, *B.R.H.* 1977, 730, met noot A. DE CALUWE en M. STOFFELS. ANDERS L. CORNELIS, «Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen» in *Liber Amicorum P. De Vroede*, Kluwer, Brussel, 1994, p. 315, nr. 2: voor L. Cornelis begaat men een precontractuele fout van zodra een «onwettig» beding in de overeenkomst opduikt. De fout bestaat uit de «miskening van een wetbepaling die een welbepaald gedrag verbiedt of oplegt door een bij veronderstelling toerekenbaar rechtssubject»; vgl. A. DE CALUWE, A.C. DELCORDE en X. LEURQUIN, *o.c.*, nr. 12.22 (2) en nr. 36.24. (1); vgl. J. STUYCK *o.c.*, *Ann. Dr. Louv.* 1986, 53 e.v.; J. STUYCK, «L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale» in *Les pratiques du commerce et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Brussels, Editions du Jeune Barreau, 1991, p. 168, nr. 46, die het aspect misbruik van machtspositie onmisbaar acht.

¹¹³ Zie hierover ons *Proefschrift*, 776 e.v.

¹¹⁴ Vz. Kh. Brussel 31 mei 2000, *T.B.H.* 2001, 269, met noot E. BALATE.

art. 32 of art. 31 WHPC onrechtmatig beding. Hij zal art. 32, 12°, WHPC aantreffen en *om die reden* de staking bevelen van het gebruik van het beding, niet wegens een contractuele tekortkoming. Zijn bevel zal wel tot gevolg hebben dat de verkoper zich niet meer kan verschuilen achter het in zijn voordeel bedongen exoneratiebeding. Er wordt als het ware een contractuele wanprestatie blootgelegd. De stakingsrechter komt daar evenwel niet in tussen. Voor een eventuele ontbinding van de overeenkomst of voor een schadevergoeding dient de consument zich tot de gewone burgerlijke rechter te wenden. Hetzelfde geldt voor de nietigverklaring van het beding. Wel kan de stakingsrechter zijn bevel tot stopzetting van het gebruik van het beding kracht bijzetten door er een dwangsom aan te koppelen.

c) Conclusie

46. We pleiten voor een strikte toepassing van de principes van het samenloopverbod. Wat de rechter verboden wordt, is ingaan op een vordering die er alleen op gericht is *de gevolgen van een contractuele wanprestatie te doen ophouden*. Dit komt onrechtstreeks neer op de oplegging van de dwanguitvoering van de overeenkomst. Een tekortkoming aan een contractuele verplichting kan door hem niet met een sanctie worden beteugeld.¹¹⁵ Wat hij (zeker) niet kan, is zelf de *nietigheid van de overeenkomst* uitspreken.¹¹⁶ Daarentegen zou hij het bestaan van een contractuele tekortkoming op incidentele wijze kunnen vaststellen, zonder nochtans wegens de wanprestatie de voorhanden zijnde burgerlijke sancties te kunnen opleggen.¹¹⁷

¹¹⁵ I. VEROUGSTRAETE, *o.c.*, *R.W.* 1978-79, 832.

¹¹⁶ I. VEROUGSTRAETE, *o.c.*, *R.W.* 1978-79, 832.

¹¹⁷ J. STUYCK, *o.c.*, *Handelspraktijken anno 1996*, p. 246, nr. 35; voor een voorbeeld: Vz. Kh. Brussel 4 november 1997, in DE BAUW, H. en GYBELS, E. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken en Mededinging 1997*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 507, met noot M. DAMBRE. De stakingsrechter beval met name de stopzetting van de opzegging van de kredietopening, van de onmiddellijke opeisbaarheid van het kapitaal (inclusief schadebeding (kosten en interesten)) en van de betekening van de loonoverdracht, als de gevolgen van een onterechte *toepassing* van een uitdrukkelijk ontbindend beding (*cf.* uitoefeningstoetsing). Deze daden werden als praktijken strijdig met art. 94 WHPC bevonden. De vordering van de eisers, wier geringe wanbetaling aan de basis van het geschil lag, was niet alleen gericht op het verkrijgen van een stakingsbevel, maar tevens op het horen uitspreken van typische burgerlijke sancties wegens overtredingen van art. 21-22 W.C.K. De betrokken contractbepaling, waarvan de strijdigheid met art. 29 W.C.K. was opgeworpen, was evenwel niet van toepassing omdat de betrokken overeenkomst geen kredietopening in de zin van art. 1, 12°, W.C.K. was. De stakingsrechter ging heel ver, zelfs zo ver dat hij niet alleen contractuele wanprestaties, maar ook de burgerlijke sancties van art. 87, 1° en 2°, W.C.K. op «incidentele» wijze vaststelde. Kan men trouwens niet stellen dat een kredietverlener die het krediet op onrechtmatige wijze beëindigt, een contractuele wanprestatie begaat doordat hij niet meer aan zijn hoofdverplichting, het verlenen van krediet, voldoet? Alsdan zou de rechter *in casu* wel degelijk ertoe hebben bijgedragen dat de gevolgen van een contractuele wanprestatie ophielden te bestaan. Vgl. M. DAMBRE, «De individuele consument en de vordering tot staking voor inbreuken op de Wet Consumentenkrediet», (noot onder Vz. Kh. Brussel 4 november 1997), in DE BAUW, H. en GYBELS, E. (red.) in *Jaarboek handelspraktijken en Mededinging 1997*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 522.

E. Vordering tot staking als collectieve vordering

1^o Consumentenvereniging als eiser

a) Wettelijke voorwaarden – Algemeen

47. Met de wijziging van de Wet Handelspraktijken in 1991 wordt aan de belangengroeperingen een (potentieel) belangrijk wapen in handen gegeven ter handhaving van het consumentenrecht. Hun vorderingsbevoegdheid werd ook in een aantal specifieke consumentenwetten bevestigd.

48. In de WHPC wordt het vorderingsrecht bij overtredingen van art. 94 (niet 93 WHPC) niet enkel toegekend aan organisaties die vertegenwoordigd zijn in de Raad voor het Verbruik,¹¹⁸ maar (in tegenstelling tot de oude WHP) ook aan degenen die erkend zijn door de bevoegde Minister. De erkenning door de Minister zal afhankelijk worden gesteld van bij K.B. nader te bepalen criteria (zoals bv. representativiteit). De vereniging dient sowieso over rechtspersoonlijkheid te beschikken. De WOBVB, de WMRVB en de WFTFM kennen geen vorderingsrecht toe aan niet in de Raad voor het Verbruik vertegenwoordigde consumentenorganisaties. Hoewel de meeste in deze Raad vertegenwoordigd zijn, blijft dit verschilpunt onlogisch.

b) Belangvereiste in hoofde van consumentenorganisaties

49. In afwijking van art. 17 en 18 Ger. W. kunnen consumenten- en beroepsverenigingen een stakingsvordering instellen ter verdediging van hun statutair omschreven collectieve belangen.¹¹⁹ Het consumentenrecht mag geen theoretische wetgeving blijven: «adequate middelen moeten verzekeren dat ze zullen gerespecteerd worden».¹²⁰

¹¹⁸ De Raad voor het Verbruik is een uit vertegenwoordigers van de consumentenorganisaties en de ondernemerswereld, paritair samengesteld orgaan, dat advies verstrekt aan de voogdijminister inzake alle mogelijke verbruikersproblemen. Individuele consumenten kunnen zich niet rechtstreeks tot de Raad richten. Zie het KB van 20 februari 1964 tot oprichting van een Raad voor het Verbruik, *B.S.* 2 april 1964. Het is de minister van Economische Zaken die, op advies van de Raad voor het Verbruik zelf, beslist of iemand lid kan worden van de Raad of niet. Wettelijke toelatingsvoorwaarden terzake bestaan er (vreemd genoeg) niet. Of een consumentenorganisatie voor de bescherming van haar statutaire collectieve belangen in rechte kan optreden, hangt bijgevolg in principe van de welwillendheid van de Minister af.

¹¹⁹ Dit principe werd ten gevolge van het regeringsamendement nr. 119 (*Parl. St. Kamer* (WHPC)1989-90, nr. 1240/4, p. 39), in de WHPC opgenomen, na opmerking in dezelfde zin van de Raad van State (advies Raad van State, *Parl. St. Kamer*, 1989-90, nr. 1240/2, p. 21.) Zie ook amendement (WHPC), *Parl. St. Senaat* 1986-87, nr. 464/ 16, 14. In de Senaatscommissie stond men eerder negatief tegenover een dergelijke bepaling (Senaatsverslag (WHPC), *Parl. St. Senaat* 1986-87, nr. 464/ 2, 257).

¹²⁰ Kamerverslag (WHPC), *Parl. St. Kamer*, 1989-90, nr. 1240/ 20, p. 11-12. Deze afwijking van de normaal geldende principes geldt niet voor andere vorderingen, zoals de vordering tot schadevergoeding voor de schade geleden door de schending van zijn statutair omschreven collectief belang of voor de door hun leden effectief geleden schade (Senaatsverslag (WHPC), *Parl. St. Senaat*, 1990-91, nr. 1200/2, p. 10 en 104-106); T. BOURGOIGNE, «L'action en cessation dans les lois du 14 juillet 1991 et du 12 juin 1991 et la mise en oeuvre du droit de la consommation: un succès bien illusoire» in J. VAN COMPERNOLLE en M. STORME, (red.), *De*

50. De organisaties kunnen enkel optreden voor de bescherming van hun statutair omschreven collectieve belangen en niet voor het algemeen belang¹²¹ (*actio popularis*).¹²² Deze laatste taak is voor de overheid (het openbaar ministerie) weggelegd. Een vordering kan bijgevolg, in naam van het algemeen belang, niet enkel op de naleving van en het respect voor de wet gericht zijn, zelfs niet op die van een specifieke wet.¹²³ Het statutaire doel kan evenwel ruim worden opgevat. Zo volstaat bv. het instandhouden van de eerlijke concurrentie als doel van een beroepsgroepering.¹²⁴ Het is bijgevolg voldoende dat men optreedt ter verdediging van dat deelaspect van het algemeen belang dat in de statuten wordt omschreven:¹²⁵ de statutair omschreven collectieve belangen.¹²⁶ In die zin vormt het vorderingsrecht

ontwikkeling van procedures zoals in kort geding, Brussel, Bruylant/Kluwer, 1994, 59; L. VAN BUNNEN, «La nouvelle L.P.C. après deux ans. Rapport de synthèse» in *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur. Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Brussel, Bruylant, 1994, 385; I. VEROUSTRAE, o.c., *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur. Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen*, Brussel, Bruylant, 1994, 50.

¹²¹ Het «algemeen belang» is de uitdrukking van de evenwichtige afweging door de overheid van alle bijzondere belangen binnen de samenleving en van de harmonisatie tussen deze belangen waarin deze afweging heeft geresulteerd (A. CARETTE, *Herstel van en vergoeding voor aantasting aan niet-toegeëigende milieubestanddelen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 1997, 115 met verwijzing naar J. CHEVALIER, «Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général» in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, I, Parijs, P.U.F., 1978, 15 e.v.; J.M.H.F. THEUNISSEN, *Het burgerlijk kled van de staat. Beschouwingen over tweewegenleer*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, 145 e.v. en 221 e.v.). Omdat algemene belangen aan een zo grote groep gemeenschappelijk zijn, omvat die groep derhalve zo goed als ieder lid van een samenleving die een staatkundige eenheid vormt (W. LAMBRECHTS, *Overzicht van het Belgisch milieurecht*, Kluwer rechtswetenschappen België, 1997, 111). In deze maatschappelijke visie kan alleen de overheid het algemeen belang verdedigen.

¹²² Cf. Cass. 19 november 1982 (Eikendael-arrest), *R.W.* 1983-84, 2029, met noot J. LAENENS.

¹²³ Dit kan wel in de Verenigde Staten inzake leefmilieu in de rechtsvorm van de «Citizen Suit». Het maakt het particulieren of verenigingen mogelijk om de taken van een officiële instantie waar te nemen om op te treden tegen een overtreding («private enforcement action») of die taak te vervullen wanneer de instantie weigert dit te doen («action forcing suit»). (Hierover zie: B. DE VUYST, «Les possibilités d'actions de classe en droit belge», *R.G.A.R.* 1997, nr. 12707). Zij verschilt van de «class-action», waarbij een particulier of een vereniging die zich geschaad acht optreedt voor zichzelf en voor alle andere personen die in dezelfde toestand verkeren (infra nr. 75, voetnoot 180).

¹²⁴ J. STUYCK en W. VAN GERVEN, o.c., p. 14-15, nr. 16.

¹²⁵ Over de verschillende soorten belangbegrippen, zie: G. CLOSSET-MARCHAL, «Vers une reconnaissance jurisprudentielle de l'action d'intérêt collectif», *J.T.* 1999, 441 e.v.; J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements* Brussel, Bruylant, 1972, 240 e.v.; B. JADOT, «L'intérêt à agir en justice pour assurer la protection de l'environnement» in *Les juges et la protection de l'environnement*, Brussel, Bruylant, 1998, 9 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, «Le droit d'action en justice des groupements, notamment des groupements tendant à la défense de l'environnement» in H. BOCKEN (red.), *Vorderingsbevoegdheid voor milieuverenigingen*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 11 e.v.

van consumenten- (en milieu)groeperingen het logische verlengstuk van de tendens om *het* algemeen belang plaats te laten ruimen voor algemene belangen die met elkaar in conflict komen: consumentenbelangen, milieubelangen, sociale belangen, economische belangen enz. Het is, zoals A. Carette terecht verwoordt, een veruitwendiging van de wijze waarop de verzorgingsstaat ervaren wordt, namelijk als het verdedigen van bepaalde groepsbelangen en niet meer als een politiek die op het algemeen belang is gericht.¹²⁷

c) Wettelijke voorwaarden – territoriale versus grensoverschrijdende vorderingen

51. Consumentenverenigingen worden slechts door hun statutair doel beperkt in de territoriale begrenzing van hun vorderingsrecht. Een met de milieuverenigingen vergelijkbare wettelijke territorialiteitsvoorwaarde is er niet. Meer zelfs, onder impuls van het Europese recht worden de mogelijkheden van grensoverschrijdend optreden van consumentenorganisaties verruimd.

52. Doelstelling van de (minimum)richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende het doen staken van overtredingen in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen van 19 mei 1998¹²⁸ – die nog niet in het Belgische recht werd omgezet¹²⁹ – is om de nationale

¹²⁶ Strikt genomen verschilt het collectief belang van het algemene belang. Het collectieve belang verwijst naar het belang van een bepaalde groepering of van een groep van mensen die een sociale categorie vormen, omdat ze ten minste een of meer kenmerken gemeen hebben, maar die toch niet allen tot de vereniging behoren die tot doel heeft dit collectieve belang te behartigen (Zie R. ERGEC «L'action d'intérêt collectif à l'honneur» (noot onder Luik 29 april 1994), *J.Proc.* 1994, 27 e.v.). In een andere visie wordt inzake het collectieve belang een onderscheid gemaakt tussen het collectieve belang als de som van de individuele belangen van de leden en het collectieve belang als de belangen ter verdediging waarvan de vereniging werd opgericht (J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements Brussel, Bruylant, 1972, 295*).

¹²⁷ A. CARETTE, *o.c.*, 116.

¹²⁸ P.B.L. 11 juni 1998, afl. 166, 51 (hierna «Richtlijn Collectieve Verbodsacties»). Over deze richtlijn: M. BOGDAN, «Some reflections regarding the new EU Directive on injunctions for the protection of consumer' interests», *C.L.J.* 1998, 369 e.v. Over het Voorstel van Richtlijn Stakingsvordering: C.A. JOUSTRA, «De ontwerp-Richtlijn voor collectieve verbodsacties bij grensoverschrijdende consumentengeschillen», *Tijdschrift voor Consumentenrecht* (Nederland), 1997 C.A. JOUSTRA, *De internationale consumentenovereenkomst*, Kluwer, Deventer, 1997, 140 e.v.; A. MORIN, «Les actions collectives transfrontières. Le projet de directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts de consommateurs» in *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l'Union européenne*, Brussel, Bruylant 1998, 305 e.v.; M. GASPARNETTI, «De la fragmentation du droit judiciaire dans l'Union européenne», *P & B* 1996, 10 e.v.; H.A.G. FEMMINK, «Beslechting van consumentengeschillen binnen de interne markt», *N.T.Eur.R.* 1996, 147 e.v.

¹²⁹ Momenteel is er wel een algemeen wetsontwerp (wetsontwerp van 26 oktober 2001 betreffende de intracommunautaire vorderingen tot staking op het gebied van de bescherming van de consumentenbelangen, *Parl. St. Kamer*, 2001-2002, nr. 1479/1) en een bijzonder wetsontwerp dat betrekking heeft op de vrijeberoepssector (cf. art. 20 wetsontwerp van 24 oktober 2001 «betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen»,

bepalingen betreffende verbodsacties ter bescherming van de *collectieve* belangen van consumenten, zoals opgenomen in een aantal limitatief opgesomde richtlijnen, onderling aan te passen teneinde de goede werking van de interne markt te waarborgen (art. 1).¹³⁰ Vormt een *inbreuk*, elke handeling die strijdig is met de bepalingen van de in de bijlage vermelde richtlijnen, als omgezet in de interne rechtsorde van de lidstaten en waardoor de collectieve belangen worden geschaad (art. 1, 2^o Richtlijn Collectieve Verbodsacties).¹³¹ De bestaande nationale vorderingen kampen met twee specifieke problemen: (1) zij die de vordering kunnen instellen, het zij een consumentenorganisatie of een inzake consumentenbescherming bevoegde overheidsinstantie, hebben doorgaans een tot een bepaalde lidstaat beperkte actieradius en (2) de ontvankelijkheid van een vordering en de bevoegdheid van de rechter wordt soms afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat de praktijk de nationale markt raakt of dat nationaal recht werd overtreden. Voorkomen moet worden dat de doeltreffendheid van een stakingsvordering in gevaar komt als een ongeoorloofde praktijk gevolgen heeft in een andere lidstaat dan die waarin ze haar oorsprong heeft.¹³²

53. De Richtlijn Collectieve Verbodsacties biedt in essentie de volgende oplossingen aan. Zij biedt aan de «bevoegde instanties»¹³³ van zodra zij voldoen aan de op nationaal niveau gestelde criteria, en op voorwaarde dat zij op de lijst van bevoegde instanties prijken die door de Commissie in het Publicatieblad van de EG wordt bekendgemaakt, de mogelijkheid zich rechtstreeks te wenden tot de bevoegde rechterlijke of administratieve instantie (de «controle-instantie») van een (andere) lidstaat waar de betrokken inbreuk haar oorsprong vindt (art. 4, derde lid, Richtlijn Collectieve Verbodsacties).¹³⁴ De vermelding op de lijst wordt als bewijs van ontvankelijkheid van de vordering van

Parl. St. Kamer, 2001-2002, nr. 1469/001) in omloop. Doordat het algemene wetsontwerp ook geldt voor overtredingen van de hele WHPC – en dus niet alleen voor deze bepalingen die een omzetting zijn van de als bijlage van de Richtlijn Collectieve Verbodsacties opgenomen richtlijnen – is het toepassingsgebied ervan ruimer dan dat van voormelde richtlijn.

¹³⁰ Over deze richtlijn zie ook ons *Proefschrift*, 800 e.v.

¹³¹ DOC COM (95), 712 final van 24 januari 1996, 9. Deze materies zijn: oneerlijke bedingen, misleidende reclame, reclame voor geneesmiddelen voor menselijk gebruik, buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, verkoop op afstand, consumentenkrediet, uitoefening van televisie-omroepactiviteiten, pakketreizen en time-sharing, consumentengarantie, elektronische handel.

¹³² Cf. Wetsontwerp van 26 oktober 2001 betreffende de intracommunautaire vorderingen tot staking op het gebied van de bescherming van de consumentenbelangen, *Parl. St. Kamer*, 2001-2002, nr. 1479/1, p. 4.

¹³³ Dit is het lichaam of de organisatie die volgens nationale wetgeving naar behoren is opgericht en een rechtmatig belang heeft in het doen naleven van de betrokken bepalingen. Volgens het algemene Belgische wetsontwerp zijn dit, naar analogie met de WHPC, verenigingen ter verdediging van de collectieve consumentenbelangen, die rechtspersoonlijkheid bezitten en die of vertegenwoordigd zijn in de Raad voor het Verbruik of erkend zijn door de Minister volgens criteria vastgesteld bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad (art. 5 Wetsontwerp).

¹³⁴ In het algemene Belgische wetsontwerp wordt de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel van Brussel de bevoegde controle-instantie.

de vreemde bevoegde instantie aanvaard. Dit belet niet dat de controle-instantie kan nagaan of de doelstelling van de bevoegde instantie de vordering in een specifiek geval rechtvaardigt (art. 4, 1^o, Richtlijn Collectieve Verbodsacties).

54. De Richtlijn Collectieve Verbodsacties beoogt de onderlinge aanpassing van de nationale wetgeving betreffende *verbodsacties*. Dit zijn acties die erop gericht zijn dat «zo spoedig mogelijk, zo nodig in het kader van een kort geding, wordt gelast een inbreuk te doen *staken*, respectievelijk dat die inbreuk wordt verboden». Met verbodsacties wordt ook naar *bekendmakings-* en publicatiemaatregelen gewezen die gericht zijn op het beëindigen van de maatregelen van de aanhoudende gevolgen van de inbreuk en naar de mogelijkheid om een bepaald bedrag per dag vertraging of een ander in de nationale wetgeving bepaald *bedrag ter waarborging* van de naleving van de uitspraken aan de schatkist of aan een bij of krachtens nationale wetgeving aangewezen begunstigde te betalen.¹³⁵ Het voorstel ziet bijgevolg niet op het toekennen van schadevergoedingen¹³⁶ of op het doen van declaratoire uitspraken zoals dit in Nederland het geval is (*supra* nr. 22). Lidstaten zijn vrij een verplicht voorafgaand overleg voor te schrijven.¹³⁷

55. Veeleer dan een systeem van wederzijdse erkenning en afdwingbaarheid van vreemde maatregelen in te voeren, werd bijgevolg geopteerd om vreemde instanties vorderingsgerechtigd te maken en om de controle-instantie over inbreuken met gevolgen in een ander land te laten oordelen. Dit impliceert dat een Belgische rechter zal moeten oordelen over praktijken die vanuit België op bv. de Duitse markt schade hebben toegebracht, indien hij daartoe door een Duitse consumentenorganisatie wordt verzocht. Dit vereist consumentenorganisaties (of openbare lichamen) die bereidwillig en kapitaalkrachtig genoeg zijn om procedures in het buitenland te voeren. Met Bogdan zijn we van mening dat het wellicht beter was geweest indien de Richtlijn Collectieve Verbodsacties erop had toegezien dat beslissingen die door de controle-instantie van de lidstaat waar de inbreuk schade heeft berokkend, erkend werden en tenuitvoer gelegd konden worden in het buitenland. De controle-instantie van het land waar de schade werd geleden, lijkt ook beter geplaatst om een oordeel te vellen. Ten slotte zouden de vorderingsgerechtigde instanties zich niet moeten gewagen aan dure procedures in het buitenland.¹³⁸

¹³⁵ Voor zover de rechtsorde van de betrokken lidstaat dit toestaat.

¹³⁶ Zie hierover M. FALLON, «An essay on the mutual recognition of group actions (governmental, organizational or class actions) in cross-border consumer conflicts within the European Community» in T. BOURGOIGNIE (red.), *Group actions and consumer protection. L'action collective et la défense des consommateurs*, CDC 28, Brussel, Story, 1992, 245 e.v.

¹³⁷ Deze overlegplicht, in het oorspronkelijke voorstel van richtlijn nog als een «voorafgaande waarschuwing» geformuleerd (art. 5 Voorstel van Richtlijn Collectieve Verbodsacties), moet in twee weken vanaf de ontvangst van het verzoek tot overleg kunnen zijn afgerond (art. 5 Richtlijn Collectieve Verbodsacties). Dit systeem van overleg zal specifiek in het door de Commissie op te maken evaluatieverslag over de werking van de Richtlijn Collectieve Verbodsacties op zijn waarde moeten worden geschat (art. 6 Richtlijn Collectieve Verbodsacties). Het Belgische wetsontwerp voorziet niet in een dergelijk overleg.

2^o Collectiviteit in twee richtingen

56. Zowel de WOBVB als de WHPC¹³⁹ regelen de mogelijkheid om in de strijd tegen onrechtmatige bedingen met één stakingsvordering *tegen verscheidene professionelen of tegen hun aanbevelende (beroeps)verenigingen op te treden*. «De vordering tot staking van de door art. 33 verboden handelingen kan (met name), afzonderlijk of gezamenlijk, worden ingesteld tegen verscheidene verkopers van dezelfde economische sector of hun verenigingen die gebruik maken, dan wel het gebruik aanbevelen van dezelfde of van soortgelijke algemene contractuele bedingen» (art. 98, § 1, derde lid, WHPC). De bepaling van de WOBVB is vergelijkbaar, zij het dat van beroepsverenigingen gewag wordt gemaakt¹⁴⁰ en dat *alleen consumentenorganisaties* gerechtigd zijn een dergelijke stakingsvordering in te stellen (art. 7 in fine WOBVB). Binnen de WHPC achtte men het verkieslijk om deze mogelijkheid uit te breiden naar andere actoren die tussenbeide komen via een stakingsvordering.¹⁴¹ Beide wetten bieden de mogelijkheid om met één vordering tegen «soortgelijke» algemene contractuele bedingen op te treden. De geviseerde bedingen hoeven derhalve niet woordelijk identisch te zijn, als ze maar hetzelfde regelen (bv. een aansprakelijkheidsbeperking). Wel moeten het «algemene» voorwaarden zijn. De geviseerde *aanbevelers* zijn alleen de *verenigingen* van de verkopers of van de vrijeberoepsbeoefenaars. Andere personen die het gebruik van bedingen aanbevelen, zoals een raadsman van een verkoper (notaris, advocaat, accountant) kunnen niet langs deze weg worden aangepakt.

57. Op die manier is aan de Europese vereisten van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen voldaan dat de beroepen, afzonderlijk of gezamenlijk, moeten ingesteld kunnen worden «tegen verschillende verkopers in dezelfde economische sector of hun verenigingen» (art. 7, derde lid, Richtlijn Oneerlijke Bedingen).

2^o Collectieve vordering met beperkte breedtewerking

a) Relatief gezag van gewijsde¹⁴² van een stakingsvordering

58. In principe is, in burgerlijke zaken, het gezag van het rechterlijk gewijsde¹⁴³ relatief of betrekkelijk, en kan het enkel worden opgeworpen of ingeroepen tussen diegenen die procespartijen waren bij de eerste beslissing en daarenboven in dezelfde hoedanigheid optraden. Van dit in art. 23 Ger. W. geformuleerde principe kan alleen de wetgever afwijken.

¹³⁸ M. BOGDAN, «Some reflections regarding the new EU Directive on injunctions for the protection of consumer interests», *C.L.J.* 1998, 374-375.

¹³⁹ Sinds zijn aanpassing aan de wet van 7 december 1998 tot wijziging van de WHPC, *B.S.* 23 december 1998 (hierna «Omzettingwet»).

¹⁴⁰ Voor een juist begrip van deze term, zie ons *Proefschrift*, 750 e.v.

¹⁴¹ Memorie van Toelichting (Omzettingwet), *Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1565/1, p. 10. De beperking van het vorderingsrecht binnen de WOBVB is niet in strijd met de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen legt de lidstaten immers enkel verplichtingen op inzake het vorderingsrecht van consumentenorganisaties of van andere personen die de consumentenbelangen behartigen (art. 7, tweede lid, Richtlijn Oneerlijke Bedingen).

59. De stakingsvordering, zelfs indien ingesteld door een consumentenorganisatie, beschikt evenzeer over een *relatief gezag van gewijsde*. Aan haar komt geen absoluut gezag van gewijsde toe, zeker niet «vanuit het (standpunt van het) gerechtelijk recht».¹⁴⁴ Dit wordt door bepaalde rechtsleer betreurd.¹⁴⁵ De gehanteerde argumenten (o.m. het belang van de stakingsvordering voor een niet-georganiseerde ge-

¹⁴² Ook in het gerechtelijk recht bestaat er een begripsverwarring tussen de begrippen bindende kracht, uitputting van rechtsmacht, gezag van gewijsde, kracht van gewijsde en uitvoerbare kracht van een rechterlijke uitspraak. Zie hierover P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde. Een begrippenstudie*, Diegem, Kluwer, 2001 (hierna verkort geciteerd *Het gezag van het rechterlijk gewijsde*).

¹⁴³ Dit is de door de wet aan de rechterlijke beslissing toegekende eigenschap, ter bescherming van haar bindende kracht en waardoor wordt verhinderd dat het voorwerp van de beslissing nogmaals wordt terecht, in hetzelfde geding of in een navolgende procedure, onder voorbehoud van de werking van de gewone en buitengewone rechtsmiddelen. De tweede vordering waartegen de exceptie van gewijsde wordt ingeroepen, moet volgens de bewoordingen van art. 23 Ger. W. berusten op dezelfde juridische oorzaak, strekken tot het verkrijgen van hetzelfde voorwerp, d.w.z. het materieel, moreel of psychologisch resultaat dat de eiser via de procedure hoopt te verkrijgen, bv. schadevergoeding of ontbinding (P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde*, 60), zijn ingesteld tussen dezelfde partijen en in dezelfde hoedanigheid (art. 23 Ger. W.; Cass. 9 maart 1866, *Pas.* 1866, I, 166). Door de aanvaarding van het (graduele) onderscheid tussen de negatieve werking (het niet-toelaatbaar verklaren van de tweede vordering) en de positieve werking (waardoor de tweede rechter nog over bepaalde aspecten van het (tweede) geschil recht moet doen) van het gezag van gewijsde, zou dit begrip evenwel méér moeten inhouden dan het in art. 23 Ger. W. neergelegde principe van het louter verhinderen van het opnieuw instellen van een volkomen identieke vordering (P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde*, 47-87). Over de begrippen voorwerp en oorzaak van de vordering, zie ook respectievelijk B. Maes, «De bepaling van het voorwerp van de vordering tijdens het burgerlijk geding» in J. Linsmeau en M. Storme (red.), *De respectievelijke rol van de rechter en partijen in het burgerlijk geding*, Kluwer/Bruylant, 1999, 50 e.v. en H. Boularbah, «La cause, le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits et la détermination de la norme juridique applicable à la solution du litige» in J. Linsmeau en M. Storme (red.), *De respectievelijke rol van de rechter en partijen in het burgerlijk geding*, Kluwer/Bruylant, 1999, 91 e.v.

¹⁴⁴ J. Laenens, o.c., *De nieuwe wet handelspraktijken. Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument*, 250-251; zie ook J. Stuyck, o.c., *T.P.R.* 1982, p. 943, nr. 54 (hoewel hij dit wel wenst; zie volgende voetnoot); J. Stuyck, «Algemene beschouwingen bij het wetsontwerp betreffende de handelspraktijken en de voorlichting» in E. Balate en J. Stuyck (red.), *Handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument*, CDC 18, Brussel, Story, 20; P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde*, 294; P. Taelman, «Gezag van gewijsde en rechtsmiddelen» in G. de Leval, P. Lewalle en M. Storme, (red.), *Het interdisciplinair geschil*, Brussel, Kluwer/Bruylant, 1994, p. 158, nr. 18 met verwijzingen.

¹⁴⁵ O.m. T. Bourgoignie, «L'action en cessation dans les lois du 14 juillet 1991 et du 12 juin 1991 et la mise en oeuvre du droit de la consommation: un succès bien illusoire» in J. Van Compernelle en M. Storme (red.), *De ontwikkeling van procedures zoals in kort geding*, Brussel, Bruylant/Kluwer 1994, 59; A. Fettweis, o.c., p. 284, nr. 382, althans voor collectieve vorderingen; J. Stuyck, o.c., *T.P.R.* 1982, p. 943, nr. 54; J. Stuyck, «La loi du 14 juillet 1971: applications et perspectives dans l'intérêt du consommateur» in *Le droit des consommateurs: clauses abusives, pratique du commerce et réglementation des prix*, Brussel, Publications des Facultés Saint Louis, 1982, 212; J. Van Compernelle, «La rançon d'un succès: le

meenschap, de objectivering van het geschil, de stakingsvordering is veeleer een algemene toezichtsmaatregel, de stakingsvordering schort de strafvervolg op,...) zijn logisch, maar veranderen niets aan de onverenigbaarheid van het toekennen van een dergelijk gezag met de procesrechtelijke basisprincipes. Dit zijn in de eerste plaats art. 23 Ger. W., op zich verbonden met de theorieën rond het voorwerp en de oorzaak van de vordering, en art. 6 Ger. W. dat de rechter verbiedt beslissingen te nemen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking en aldus de regel van het dwingend jurisprudentieel precedent uitsluit.

b) Gevolgen

60. Aangezien het de organisatie is die (formele) procespartij was, niet de individuele consument die zich tot de burgerlijke rechter wendt, leidt dit tot de absurde situatie dat een zogezegde collectieve vordering *slechts tussen de gedingvoerende partijen* geldt, dit zijn de eisende consumentenorganisatie, enerzijds, en de betrokken verkoper, verkopers of hun (beroeps)verenigingen, anderzijds. Zelfs het feit dat een consument lid is van de consumentenorganisatie maakt hem niet tot procespartij.¹⁴⁶ Het «collectieve effect» van een vordering ingesteld door een consumentenorganisatie blijft in feite beperkt tot dit ene geschil.¹⁴⁷ Een *toekomstige consument/cliënt* van een veroordeelde verkoper die ondanks de dwangsom of de kans op een strafsancie het stakingsbevel naast zich neerlegt en de litigieuze praktijk blijft stellen moet op zijn beurt naar de rechtbank stappen. Men kan daarom moeilijk beweren dat de stakingsvordering als een «passend» of «doeltreffend» rechtshandhavingsmiddel kan worden beschouwd, zoals vereist op Europees niveau (cf. bv. art. 7, tweede lid, Richtlijn Oneerlijke Bedingen). Zelfs voor de *lopende overeenkomsten* heeft het stakingsbevel geen ruimer gezag van gewijsde.¹⁴⁸

61. Bovenstaande elementen dienen op een aantal punten te worden *genueanceerd*.¹⁴⁹ 1) bij *vertegenwoordiging door de consumentenorganisatie voor de rechtbank* wordt de vertegenwoordigde consument materiële procespartij;¹⁵⁰ 2) partijen die geen verkoper zijn in de zin van de WHPC kunnen in het raam van een vordering tot staking van oneerlijke

développement des procédures «comme en référé» – Conclusions générales» in J. Van Compernelle en M. Storme (red.), *De ontwikkeling van procedures zoals in kort geding*, Brussel, Bruylant/Kluwer, 1994, p. 212-213, nr. 10.

¹⁴⁶ P. Taelman, «Werkzaamheid van gerechtelijke uitspraken t.a.v. derden», *R.W.* 1993-94, 1168.

¹⁴⁷ T. Bourgoignie, o.c., in J. Van Compernelle en M. Storme (red.), *De ontwikkeling van procedures zoals in kort geding*, Brussel, Bruylant/Kluwer, 1994, 59.

¹⁴⁸ Dit laatste blijkt uit de *D.K.V.-zaak* die door de V.Z.W. Belgische consumentenvereniging en de C.V. Consumentenvereniging-Test-Aankoop was ingesteld tegen de verzekeringsmaatschappij D.K.V. die een met art. 32, 2°, WHPC strijdig premiewijzigingsbeding hanteerde (Vz. Kh. Brussel, 8 maart 1996, *D.C.C.R.* 1996, 342, noot J. Stuyck).

¹⁴⁹ Zie hierover uitgebreid ons *Proefschrift*, 782 e.v. en onze reeds vermelde bijdrage in *R.W.* 1997-98, 1365-1366.

¹⁵⁰ In dit geval strekt het gezag van gewijsde zich zowel tot de formele procespartij, de organisatie, als de materiële procespartijen, de vertegenwoordigde consumenten uit.

mededinging, worden gedagvaard in gedwongen tussenkomst en bindendverklaring/gemeenverklaring van het vonnis; 3) de «werkzaamheid»¹⁵¹ van rechterlijke uitspraken tegenover derden heeft tot gevolg dat een derde het stakingsbevel kan aanvoeren «*ter staving*». De burgerlijke rechter voor wie het stakingsbevel, als bewijs van de gegrondheid van de vordering tot bv. nietigverklaring van een onrechtmatig beding, tot toekenning van een schadevergoeding of tot ontbinding van de overeenkomst, wordt aangevoerd, zal dit bevel moeten aanvaarden als zijnde een vermoeden. Afhankelijk van de gevolgde stelling (feitelijk of wettelijk vermoeden), zal de bewijswaardering van dit bewijsmiddel door de rechter al dan niet vrij zijn.¹⁵²

62. De *preventieve functie* die aan de stakingsvordering wordt toebedeeld, versterkt bovendien feitelijk de kracht van het stakingsbevel als stavingsmiddel. Indien een bepaalde verkoper het verbod werd opgelegd nog langer bepaalde praktijken te voeren, dan geldt dit ook voor zijn toekomstige contracten. De eisende consumentenorganisatie kan het respecteren van de gevelde uitspraak afdwingen. Het maakt niet uit ten aanzien van welke consument het stakingsbevel niet wordt nageleefd. De consument zelf, die wordt geconfronteerd met de nochtans verboden praktijk, heeft met het vroegere stakingsbevel een sterk wapen in handen. De aard van het geschil voor de stakingsrechter (quasi-objectief geschil) speelt in het voordeel van de procespartij die zich op een vroeger stakingsbevel beroept.

4° Buitenlandse alternatieven

a) Inleiding

63. Ook in het buitenland heeft men het belang beseft van een collectief optreden tegen misbruiken in het consumentenrecht. We gaan nader in op de in de *Nederlandse en Franse* wetgeving uitgewerkte vorderingsmogelijkheden. Voornamelijk Frankrijk heeft de *Commissie Bourgoignie*, voluit «de Studiecommissie tot hervorming van het consumentenrecht», die werd opgericht bij K.B. van 29 april 1987¹⁵³ en door het Ministerie van Economische Zaken werd belast met de coördinatie, de codificatie én de hervorming van het consumentenrecht, beïnvloed in het hoofdstuk van haar «Voorstel voor een algemene wet inzake de bescherming van de consument» inzake de «effectuering van de rechten van de consument» (Titel 2 van boek 2).¹⁵⁴

¹⁵¹ In zijn doctoraatsthesis neemt P. Taelman een originele stelling in met betrekking tot de werking van de gerechtelijke uitspraken tegenover derden. Hij onderscheidt verschillende gradaties, gaande, in dalende lijn van intensiteit, van gebondenheid aan de materiële rechtskracht over bewijswaarde (feitelijk vermoeden) en precedentenwerking, (de «schemerzone»), naar «virtueel absolute externe tegenwerpelijheid» (P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde*, 255 e.v.; zie ook van dezelfde auteur «Werkzaamheid van gerechtelijke uitspraken t.a.v. derden», *R.W.* 1993-94, 1117).

¹⁵² P. Taelman, «Gezag van gewijsde en rechtsmiddelen» in G. DE LEVAL, P. LEWALLE en M. STORME, (red.), *Het interdisciplinair geschil*, Brussel Kluwer/Bruyant, 1994, p. 151-152, nr. 13.

¹⁵³ B.S. 16 mei 1987.

b) Nederland

64. Naast de reeds vermelde vordering, zoals uitgewerkt in de artikel 6:240 NBW, die specifiek met het oog op de bestrijding van onredelijk bezwarende bedingen werd ingevoerd,¹⁵⁵ werd voorzien in een *algemeen collectief vorderingsrecht* voor (o.m.) consumentenorganisaties door de op 1 juli 1994 in werking getreden wet van 6 april 1994 «tot regeling van de bevoegdheid van bepaalde rechtspersonen om ter bescherming van de belangen van andere personen een rechtsvordering in te stellen» (de zogenaamde Wet vorderingsrecht belangenorganisaties).¹⁵⁶ Het belangrijkste artikel in deze wet is art. 3: 305, a NBW.¹⁵⁷ Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan in eigen naam een rechtsvordering instellen die strekt tot *bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen*, voor zover zij deze belangen ingevolge haar *statuten* behartigt (art. 305a, eerste lid, NBW) en degene die door de aangevallen gedraging is getroffen daartegen geen bezwaar maakt (art. 305a, vierde lid, NBW). Dit recht strekt zich uit tot alle vorderingen, contractuele zowel als buitencontractuele, met uitzondering evenwel van de vordering tot schadevergoeding in geld.¹⁵⁸ Het geldt evenmin bij een vordering tot nakoming

¹⁵⁴ Zie hierover ons *Proefschrift*, 828 e.v.; J. LAENENS, «De effectuering van de rechten van de consument» in *Consumentenrecht in beweging. Kritische analyse van de voorstellen van de Studiecommissie tot hervorming van het consumentenrecht*, CDC 36, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 1998, 207 e.v.; J. VAN COMPERNOLLE, «Analyse critique des «propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs: aspects de droit judiciaire» in *Consumentenrecht in beweging. Kritische analyse van de voorstellen van de Studiecommissie tot hervorming van het consumentenrecht*, CDC 36, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 1998, 225 e.v. Zoals het met de rest van hun «Voorstel van een algemene wet inzake de bescherming van de consument» verloopt, blijkt er weinig bereidwilligheid om haar, toegegeven, soms verregaande ideeën in een afdwingbare vorm te gieten. Voorlopig blijft haar studie slechts een interessante denkoefening.

¹⁵⁵ Gerechtshof 's-Gravenhage 27 juni 1996, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* (Nederland), 1996, 283.

¹⁵⁶ *Staatsblad* 1994, 269.

¹⁵⁷ De bijzondere regeling van art. 6: 240 NBW kwam door de invoering van deze regeling, in tegenstelling tot andere toenmalige bestaande bijzondere acties, niet te vervallen. Voor de omzetting van de Richtlijn Collectieve Verbodsacties, zie wet van 25 april 2000 tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van consumentenbelangen, *Staatsblad* 2000, 178, die art. 6: 240 en 3:305 NBW aanvult.

¹⁵⁸ Kritisch over deze beperking zie A. ZWINKELS, ex-hoofd van de juridische afdeling van de Consumentenbond, in het interview door N. HULS en R. STUTTERHEIM, weergegeven in het artikel «De trots van A. Zwinkels: collectief actierecht en geschillencommissies», *Tijdschrift voor Consumentenrecht* (Nederland) 2001, 268). Rechtspraak is evenwel inventief. Het Hof van Amsterdam ging zelfs over tot het toekennen van een standaardbedrag voor de vergoeding van de vertragingsschade per passagier van een vliegtuig van Air Atlantis dat driemaal een technisch defect had vertoond (Amsterdam 27 juni 1998, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* (Nederland) 1996, 373, noot J.G.J. RINKES en R.M. BLAUW). Rijken acht de toekenning van dit standaardbedrag «een fraaie vondst en geheel passend bij het collectieve karakter van de procedure, omdat geen specificatie per passagier nodig is». Hij ziet hierin geen strijdigheid met de uitsluiting van art. 3: 305, a, derde

door betaling van een geldsom.¹⁵⁹ Zij heeft een subsidiair karakter: alleen wanneer via de collectieve actie een meer effectieve en/of efficiënte rechtsbescherming valt te bereiken dan bv. via procesvolmachten en bijgevolg procederen met de toestemming van de belanghebbenden zelf, mag op haar een beroep worden gedaan.¹⁶⁰

65. Art. 3:305, a NBW biedt verschillende mogelijkheden: de nakoming of ontbinding van een overeenkomst, de gerechtelijke vernietiging van een rechtshandeling (bv. een onrechtmatig beding in algemene voorwaarden van reeds bestaande overeenkomsten),¹⁶¹ de vordering uit onverschuldigde betaling, enz. Ook een rechterlijk ge- of verbod behoort tot de mogelijkheden.¹⁶² Voor ontvankelijkheid is niet het type vordering doorslaggevend, maar de vraag of de bij de vordering betrokken belangen voor bundeling vatbaar zijn.¹⁶³

66. Hoewel de uitspraak slechts een relatief gezag van gewijsde heeft, strekt de werkingssfeer van de rechterlijke uitspraak zich uit tot de personen tot bescherming van wier belang de rechtsvordering strekt, tenzij deze zich verzetten. Verzet is evenwel niet mogelijk als de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet ten opzichte van slechts enkele personen kan worden uitgesloten (art. 3:305a, vijfde lid, NBW), zoals bij een rechterlijk ge- of verbod of bij een optreden voor het belang van een schone atmosfeer.¹⁶⁴

c) Frankrijk

67. Ook Frankrijk staat een eind verder dan België op het vlak van de collectieve gerechtelijke¹⁶⁵ vorderingsmogelijkheden van goedgekeurde¹⁶⁶ consumentenorganisaties tegen oneerlijke praktijken.

lid, NBW (G.J. RIJKEN, «Collectieve acties» in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN, (red.), *Jaarboek consumentenrecht 1997*, Deventer, Kluwer, 1997, 290).

¹⁵⁹ Leeuwaarden 22 oktober 1997, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* (Nederland) 1998, 48, noot P.R. RODRIGNES.

¹⁶⁰ N. FRENK, «Collectieve acties» in E.H. HONDIUS en G.L. RIJKEN (red.), *Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, in *Recht & Praktijk*, Kluwer, Deventer, 1996, 377.

¹⁶¹ Zo werd een (collectieve) kortgedingprocedure ingesteld met het oog op het horen bevelen aan een verzekeringsmaatschappij dat zij aan haar verzekerden zou mededelen dat de «en-bloc-bepaling» (groepsgewijs herzieningsbeding) in haar verzekeringspolis ziektekosten werd ingetrokken. De vordering werd afgewezen (Pres. Rb. Utrecht 22 oktober 1996, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* (Nederland) 1997, 39, met noot J.G.J. RIJKEN).

¹⁶² C.J.J.M. STOLKER, o.c., 1470-1471.

¹⁶³ *Ibid.*, 1471.

¹⁶⁴ C.J.J.M. STOLKER, o.c., Kluwer-Deventer, 2001, 1470-1473.

¹⁶⁵ Op buitengerechtelijk vlak vertegenwoordigen zij de consument ten aanzien van de overheid in allerlei adviesorganen (bv. de «Conseil national de la consommation», de «Comités de la consommation» per departement) en in systemen ter beslechting van geschillen (bv. «la Boîte Postale 5000», de «Commission de règlement des litiges de consommation»). Een traditie van opstelling van bilaterale standaardvoorwaarden, in samenspraak met de beroepsverenigingen is er, net zoals in België, minder gevestigd. Hierover J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation* in *Thémis. Droit privé*, Parijs, Presse universitaires de France, 1996, 251 e.v.; J. CALAIS-AULOY en L. BIHL, «Le consommérisme et ses aspects collectifs», *J.C.P.* 1978, Doctr., I, nr. 7004.

68. Er bestaan verschillende soorten vorderingen. De «*action civile*» (art. L. 421 -1 e.v. Code de la Consommation)¹⁶⁷ verloor veel van haar waarde doordat door een restrictieve interpretatie van het Franse Hof van Cassatie alleen strafrechtelijk betugelde overtredingen aanleiding kunnen geven tot een dergelijke vordering. De wet van 5 januari 1988 voerde ten voordele van consumentenorganisaties een specifieke vordering voor burgerlijke rechtbanken ter bestrijding van onrechtmatige bedingen in («*action en suppression de clauses abusives*» (art. L. 421-6 Code de la Consommation).¹⁶⁸ De «*action en représentation conjointe*» (art. L. 422-1 e.v. Code de la Consommation)¹⁶⁹ biedt consumentenorganisaties de mogelijkheid om verschillende consumenten te vertegenwoordigen voor de rechtbank. Het betreft een collectieve vordering in aansprakelijkheid die het herstel van de schade tot voorwerp heeft die door bepaalde individuele consumenten werd geleden ten gevolge van feiten, gepleegd door een en dezelfde professioneel en met dezelfde oorsprong.¹⁷⁰

67. De Franse stakingsvordering heet de «*action en intervention*» (art. L. 421 -7 Code de la Consommation) en biedt pas sinds 1988 de mogelijkheid aan consumentenorganisaties (alleen) om (enkel) tussen te komen in een procedure voor de burgerlijke rechtbanken om de maatregelen van art. L. 421-2 Code de la Consommation te vragen wanneer de hoofdvordering betrekking heeft op het herstel van een, door een of meer consumenten geleden schade¹⁷¹ ten gevolge van feiten die geen strafrechtelijke overtreding uitmaken. Deze maatregelen betreffen de staking van onwettige praktijken en de schrapping van on-

¹⁶⁶ De goedkeuringsvoorwaarden werden vastgelegd in het decreet nr. 88-586 van 6 mei 1988 en door een arrest van 21 juni 1988. Zie J.P. PIZZIO, *Code de la consommation commenté*, Parijs, Montchrestien, 1996, 399 e.v. Alleen de unies van gezinsverenigingen worden geacht van rechtswege representatief te zijn (J. CALAIS-AULOY, «Les actions en justice des associations de consommateurs. Commentaire de la loi du 5 janvier 1988», *D.* 1988, Chr. 193).

¹⁶⁷ Op deze vordering heeft de Commissie Bourgoignie zich geïnspireerd voor haar «vordering in gemeenschappelijk belang». (Studiecommissie tot hervorming van het Consumentenrecht, Voorstel voor een algemene wet inzake de bescherming van de consument. Verslag 1995, 326-327; zie ons *Proefschrift*, 829 e.v.).

¹⁶⁸ De vordering is gericht op de schrapping («*suppression*») van onrechtmatige bedingen in modellen van contracten (alleen), eventueel onder verbeurte van een dwangsom.

¹⁶⁹ Vgl. met de «Groepsvordering» van de Commissie Bourgoignie (art. 226-237), die het midden houdt tussen deze Franse vordering, enerzijds, en de class-action en de «recours collectif québécois», anderzijds. Zie hierover ons *Proefschrift*, 830 e.v.; J. VAN COMPERNOLLE, «Analyse critique des «propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs: aspects de droit judiciaire» in *Consumentenrecht in beweging. Kritische analyse van de voorstellen van de Studiecommissie tot hervorming van het consumentenrecht*, CDC 36, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 1998, p. 231, nr. 25.

¹⁷⁰ De consumentenorganisatie kan optreden in naam en voor rekening van geïdentificeerde consumenten indien ze door minimum twee consumenten (schriftelijk) werd gemandateerd. Wel moeten zij allen de organisatie uiteindelijk een schriftelijke volmacht geven.

¹⁷¹ Strikt genomen vereist dit een vordering in aansprakelijkheid, b.v. ten gevolge van de koop van een gebrekkig product of van een andere wanprestatie van de professioneel (J. CALAIS-AULOY, o.c., *D.* 1988, Chr. 197).

wettige¹⁷² bedingen.¹⁷³ Hoewel art. L. 421-7 Code de la Consommation niet uitdrukkelijk verwijst naar de wettelijke bepaling die de vordering tot schadevergoeding voor schade aan het collectief belang regelt, namelijk art. L. 421-1 Code de la Consommation, wordt aanvaard dat de tussenkomende consumentenorganisatie de mogelijkheid heeft om deze schadevergoeding te vorderen.¹⁷⁴ De definiëring van het collectief belang en, *a fortiori*, de vaststelling en het bewijs van schade aan dit collectief belang, levert nochtans problemen op.¹⁷⁵ Zich de vraag stellend om welke schade het dan wel gaat, leiden critici hieruit af dat een dergelijke vordering, bij afwezigheid van enige reële schade, neerkomt op de verdoken oplegging van straffen («des quasi-dommages-intérêts plus ou moins punitifs») ten voordele van de consumentenorganisaties die in deze vordering een eenvoudige manier van onrechtstreekse financiering van hun activiteiten gevonden hebben.¹⁷⁶

68. De collectieve vordering in Frankrijk is, in vergelijking met de collectieve vorderingen in andere landen, aldus in omgekeerde zin geëvolueerd. Terwijl al vlug aan bepaalde consumentenorganisaties het recht werd toegekend om schadevergoeding te vragen voor schade aan het «collectieve belang» van de consument, werd het recht voor de consumentenorganisaties om een stakingsvordering in te stellen slechts in 1988 ingevoerd. De problemen rond de vaststelling en evaluatie van deze collectieve schade deden de behoefte ontstaan om op een andere, meer preventieve manier het hanteren van oneerlijke praktijken te verhelpen.¹⁷⁷ Van de vordering tot staking dient alle heil te komen, aangezien zij niet op het verleden, maar op de toekomst is gericht.¹⁷⁸ Toch hebben de Fransen het moeilijk om hun traditie van

¹⁷² Art. L. 421-7 en L. 421-2 Code de la Consommation hebben enkel betrekking op *onwettige bedingen*, niet op onrechtmatige bedingen in de zin van art. L. 132-1 van de Code.

¹⁷³ Art. L. 421-2 Code de la Consommation vormt een *accessorium* van de vordering tot schadevergoeding, bepaald in art. L. 421-1 van dezelfde Code en vereist bijgevolg de vervulling van dezelfde voorwaarden: een strafrechtelijke overtreding, schade aan het collectief consumentenbelang en een procedure voor straf- of burgerlijke rechtbanken. Het «staken» van onwettige praktijken, zoals bepaald in art. L. 421-2 en 7 Code de la Consommation, wordt ruim opgevat. Het slaat niet enkel op de verplichting het hanteren van een bepaalde praktijk stop te zetten (negatieve injunctie), maar het zou de rechter ook in staat te stellen te eisen dat bv. bepaalde wettelijk opgelegde vermeldingen in het contract worden opgenomen (positieve injunctie). De Franse wetgever heeft de rechter een aantal drukingsmiddelen ter hand gesteld opdat zijn vonnis effectief zou worden nageleefd, namelijk het opleggen van een dwangsom (art. L. 421-2 Code de la Consommation) en de mogelijkheid van publicatie van de uitspraak (art. 421-9 Code de la Consommation). Zie J. CALAIS-AULOY, *o.c.*, D. 1988, Chr. 198; G. PAISANT, «Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives», D. 1988, 259; J.P. PIZZIO, *o.c.*, 414.

¹⁷⁴ J. CALAIS-AULOY, *o.c.*, D. 1988, Chr. 198; G. PAISANT, «Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives», D. 1988, 259; J.P. PIZZIO, *o.c.*, 414.

¹⁷⁵ Zie ons *Proefschrift*, 822 e.v.

¹⁷⁶ J. BEAUCHARD, *o.c.*, France, 1996, 267; vgl. (zelfs) J. CALAIS-AULOY, *o.c.*, D. 1988, Chr. 195.

¹⁷⁷ Vgl. A. MORRIN, «L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988» in T. BOURGOIGNIE (red.), *Group actions and consumer protection. L'action collective et la défense des consommateurs*, CDC 28, Brussel, Story, 1992, 67.

vorderingen tot vergoeding van de schade aan het collectieve consumentenbelang vaarwel te zeggen, zelfs bij een vordering tot schrapping van onrechtmatige bedingen.¹⁷⁹

69. Op het vlak van de breedtewerking van de stakingsvordering, kent de Franse regeling dezelfde beperking als de Belgische, namelijk dat zij vasthoudt aan het relatieve gezag van gewijsde.

F. Evaluatie van (collectief) vorderingsrecht in consumentenangelegenheden

1° Stand van zaken

70. De Belgische stakingsvordering, de enige werkelijke collectieve vordering in handen van de consumentenorganisaties, is onaanpast aan haar functie als wapen in de strijd tegen onrechtmatige praktijken.

71. Voor de *individuele consument* vertoont de vordering weinig praktisch nut. Er kan niet goed worden ingezien waarom een consument ervoor zou opteren zich tot de stakingsrechter te wenden in plaats van tot de gewone burgerlijke rechter van wie hij, naast de gewone burgerlijke sancties zoals ontbinding of nietigverklaring van de overeenkomst, nietigverklaring van het onrechtmatig beding, enz., eventueel een schadevergoeding kan verkrijgen. Een preventieve vordering lijkt veeleer theorie dan praktijk, aangezien de doorsnee individuele consument zelfs niet de weg naar de rechtbanken vindt wanneer hij effectief in zijn belangen werd geschaad. De schadeberokkenning moet daarenboven virtueel of nakend zijn. Zo een consument het wel nuttig zou achten een stakingsvordering in te stellen, dan kan hem de onplezierige verrassing te wachten staan dat zijn vordering ontoelaatbaar wordt verklaard bij gebreke aan een voldoende persoonlijk en actueel belang, of dat deze ongegrond is, op basis van bv. het principe van de uitsluiting van contractuele tekortkomingen inzake stakingsvorderingen.

72. Als zogenaamde «collectieve vordering» schiet zij tekort. Het relatieve gezag van gewijsde van de stakingsvordering sluit uit dat een consument zich automatisch op de uitspraak van de stakingsrechter kan beroepen. De feitelijke kracht van het stakingsbevel wordt volledig bepaald door de eraan gekoppelde dwangsom. Dit geldt zelfs voor een vordering ingesteld door een consumentenorganisatie, als deze zich überhaupt de moeite getroost en vooral, het geld en de tijd vindt om naar de rechter te stappen. Het enige voordeel dat haar vordering biedt, is dat de organisatie de tenuitvoerlegging van het stakingsbevel kan vragen bij niet-naleving ervan ten aanzien van om het even welke consument. Het feit alleen al dat de vordering in België ook openstaat voor de individuele consument, zegt voldoende over het aangepast zijn van de stakingsvordering aan de vereisten van een collectieve vordering.

73. Op zich is het zelfzame karakter van collectieve vorderingen niet zo vreemd in België dat niet echt een cultuur van consumentenorganisaties kent en waar de invloed van de consumentenverenigingen op het politieke beslissingsproces eerder gering is. Deze invloed gebeurt alleen via de

¹⁷⁸ J. CALAIS-AULOY, noot onder Orléans 21 juni 1984, D. 1985, 100.

¹⁷⁹ Zie ons *Proefschrift*, 827.

Raad voor het Verbruik en enkel bij wege van advies.¹⁸⁰ Zelfs in landen, zoals Duitsland, waar het collectieve vorderingsrecht van de consumentenorganisaties sinds verscheidene jaren bestaat (in tegenstelling tot de recentere hervormingen in Nederland en Frankrijk), ligt de klemtoon van de activiteiten van de verbruikersorganisaties (gelukkig) nog steeds veel meer op het creëren van het juiste kader voor onderhandelingen over modelcontracten of over gedragscodes, dan op het ondernemen van gerechtelijke stappen.

2° Voorstellen tot wijziging

74. De wetgever, die de stakingsvordering altijd gunstig gezind is geweest, heeft gedacht dat de inzake handelspraktijken en mededinging succesvolle stakingsvordering in gelijke mate haar diensten zou kunnen bewijzen ter bescherming van de belangen van de consument. Niets is minder waar. Dit neemt niet weg dat de techniek van een vordering tot staking, in een andere gedaante en naast andere systemen, een handig (bijkomend) middel kan zijn ter bescherming van de consumentenbelangen. Hiervan getuigt de Richtlijn Collectieve Verbodsacties.

75. Bijgevolg moet ervoor worden gepleit dat er aan de figuur van de stakingsvordering zelf drastisch wordt gesleuteld, met de klemtoon op de verruiming van de breedtewerking van de uitspraak. Alleen dan kan deze vordering als «doeltreffend» worden beschouwd. Men hoeft daarvoor niet noodzakelijk de radicale weg van het absoluut gezag van gewijsde en/of van bv. *class-actions* in te slaan.¹⁸¹ Er zou reeds een stap in de goede richting worden gezet wanneer een individuele consument zich voor de rechter automatisch zou kunnen beroepen op bv. het via collectieve vordering vastgesteld verboden karakter van een reclameboodschap of de nietigheid van een onrechtmatig beding dat via een collectieve vordering werd verboden. Dit impliceert dat de gewone rechter door de uitspraak van de stakingsrechter

¹⁸⁰ Wel bestaat er binnen het ministerie van Economische Zaken – Bestuur Handelsbeleid, een afdeling «Bescherming van de consumentenrechten».

¹⁸¹ Zie bv. de *class-action*. De *class-action* houdt het recht in om (zonder mandaat) in het belang van een groep consumenten op te treden, met het oog op o.m. de effectieve en individuele schade-loosstelling van iedere, tot deze groep («class») behorende consument. Naast de burgerlijke schadevergoeding kan het resultaat van de vordering ook gelegen zijn in een bevel tot staken van een bepaalde praktijk of een bevel tot optreden in de een of de andere zin ten aanzien van degenen die zich in een gelijksoortige situatie bevinden, of nog, in een *erga omnes* geldende onwettigheidsverklaring van een bepaalde norm of praktijk. De leden van de «class» moeten op de hoogte worden gebracht en kunnen, hetzij zich bij de procedure aansluiten, hetzij afzien van de voordelen van de gevoerde procedure, hetzij passief blijven maar toch gebonden zijn door de rechterlijke beslissing. Bijgevolg heeft de uitspraak een *erga omnes* werking. Over dit Amerikaanse fenomeen en de voor- en nadelen ervan, zie T. BOURGOIGNIE, G. DELVAX, F. DOMONT-NAERT en C. PANIER, *Rechtshulp aan de consument*, O.I.V.O./CDC, Brussel/Louvain-La-Neuve, Brussel/Cabay, 1981, 282-287; B. DE VUYST, o.c., *R.G.A.R.* 1997, nr. 12707; F. CABALLERO, «Plaidons par procureur! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe», *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1985, 261 e.v.; H. LINDBLOM, «Group actions. A study of the Anglo-American classaction suit from a Swedish perspective» in T. BOURGOIGNIE, (red.), *Group actions and consumer protection. L'action collective et la défense des consommateurs*, CDC 28, Brussel, Story, 1992, 3 e.v.

«gebonden»¹⁸² zou zijn. In *Nederland* wordt dit in de strijd tegen onrechtmatige bedingen bv. gerealiseerd door in het raam van art. 6: 240 NBW de mogelijkheid te bieden de leden van een brancheorganisatie als collectiviteit te dagvaarden en dit te koppelen aan het principe dat verboden verklaarde bedingen vernietigbaar zijn (*supra*, nr. 23).

76. Tevens moeten er voor een aantal specifieke materies andere collectieve vorderingen in het leven worden geroepen, naast de stakingsvordering, bv. een vordering gericht op de collectieve vernietiging van onrechtmatige bedingen in bestaande overeenkomsten. De toekenning van een schadevergoeding, hetzij voor de schade geleden door een groep van individuele consumenten, hetzij eventueel voor de schade aan het gemeenschappelijk consumentenbelang (als afschrikkingsmiddel) vormt eveneens een interessant alternatief. Of het nu om vernietiging en/of schadevergoeding gaat, wat vooropgesteld moet worden, is dat in een enkele procedure kan worden opgetreden tegen een handeling die of een verzuim dat door een verkoper of zelfs door een bepaalde sector (aanbevolen door de beroepsvereniging) wordt gehanteerd. Daarmee verhelpt men twee belangrijke euvels: de moeilijke toegang tot het gerecht voor de individuele consument en de overbelasting van de rechtbanken. Minstens moet de consumentenorganisatie kunnen *optreden ten voordele van haar leden*, zonder dat zij hiertoe uitdrukkelijke machtiging van dezen heeft gekregen, enerzijds, en zonder dat de belanghebbende consumenten bij naam moeten worden vermeld op het gerechtshoofdwilderdersexploot, anderzijds.

77. Voor de *individuele consument* zijn er wellicht betere alternatieven voor de handhaving van zijn recht dan de stakingsvordering. Zo kan heil worden gevonden in de mogelijkheid van procesvertegenwoordiging (hetzij voor de gewone rechter, hetzij voor de stakingsrechter) door de consumentenorganisaties. Dit zou het sluitstuk zijn van de reeds toegekende mogelijkheid van rechtshulp voor en, eventueel, bij de procedure, in de vorm van advies- en informatieverstrekking. Het optreden van de organisaties ten voordele van een consument zal wellicht automatisch naar soortgelijke gevallen worden opengetrokken. Aldus hervalt men in een collectieve vordering. Eventueel kan de taak van procesbijstand worden toegekend aan organisaties die in de dagdagelijkse praktijk geconfronteerd worden allerhande problemen van de kleine consument, zoals de O.C.M.W.'s.¹⁸³

78. Wil men toch het huidig stakingsvorderingsrecht van de individuele burger verbeteren, dan dienen minstens vol-

¹⁸² Het toekennen van een absoluut rechterlijk gezag van gewijsde zou meebrengen dat de uitspraak, gewezen op een vordering van een consumentenorganisatie, de veroordeelde verkoper kan worden tegengeworpen door al zijn wederpartijen (huidige en toekomstige), niet enkel «ter staving» of zelfs, in de zin van een precedent, maar als een algemeen geldende norm. De rechter zou een «arrêt de règlement» hebben geveld en een leidende functie vervullen in het proces. Dit is wellicht een te radicale ommekeer ten aanzien van de huidige visie o.m. omtrent de rol van de rechter.

¹⁸³ Zie B. DEMEULENAERE, *Beslechting van consumentengeschillen naar Belgisch recht. Een voorstel voor een consumentengeschillenprocedure vanuit een rechtsvergelijkende analyse*, Proefschrift, Gent, 1986, 189.

gende elementen, o.m. aangebracht door de Commissie Bourgoignie, in aanmerking te worden genomen:

– versoepelde toepassing van het herhalingsgevaar –ver-eiste;

– *injunctie*-mogelijkheid voor de rechter, namelijk be-voegdheid om maatregelen te bevelen ter verzekering van de naleving van de wetgeving, en bevoegdheid om via aan-maningen de correcte toepassing van het vonnis te ga-randeren;

– mogelijkheid de stakingsvordering en de aanmaningen te voorzien van een uitvoeringstermijn;

– publicatiemogelijkheid van (een samenvatting van) het vonnis, met het oog op de informatieverstrekking aan de consument en niet enkel om ertoe bij te dragen dat de ge-wraakte daad of de uitwerking ervan zou ophouden.

79. Dit alles zal evenwel dode letter blijven indien de ac-toren van deze collectieve vorderingen er ook niet effectief gebruik van zullen maken. Struikelblok blijft het tekort aan *financiële middelen* waarmee de consumentenorganisaties te kampen hebben. Het lidgeld van hun leden en het abonne-

mentsgeld van hun publicaties is hun enige/voornaamste bron van inkomsten.¹⁸⁴ De overheid kan daarom niet anders dan met financiële tegemoetkomingen over de brug te komen, zoals in de vorm van subsidies. Het gevaar van af-hankelijkheid ten aanzien van de overheid is daardoor on-vermijdelijk. Een alternatief is het toekennen van het recht aan consumentenorganisaties om hun proceskosten te re-cupereren. De aan de consumentenorganisaties toegekende vorderingsrechten zullen een niet te onderschatten stok achter de deur zijn bij het uitoefenen van hun op zijn minst even belangrijke en zelfs belangrijkere taak van onder-handelingspartner bij het opstellen van bilaterale model-contracten, eventueel onder toezicht van de overheid.

Dr. Inge DEMUYNCK
Universiteit Gent

¹⁸⁴ Een indirecte vorm van subsidiëring kan men zien in de creatie van het OIVO (T. BOURGOIGNIE, *Proefschrift*, p. 281, nr. 144).

CONTRACTUALISERING VAN SANCTIES IN HET PRIVAATRECHT, INZONDERHEID BIJ CONTRACTUELE WANPRESTATIE

I. PROBLEEMSTELLING

A. Rechtshandhaving door de contractanten

1. Het hoofdthema van het congres legt de nadruk op de rechtshandhaving door middel van sancties. De andere preadviezen zullen zich bijvoorbeeld buigen over de rol die het Arbitragehof, de Raad van State, de stakingsrechter of de strafrechter, spelen bij de handhaving van rechten en bij het opleggen van sancties bij de miskenning ervan. Toegepast op het privaatrecht, meer bepaald op het contractenrecht, bracht dit hoofdthema de organisatoren geenszins tot bij de rechter, maar logischerwijze tot bij de contractpartijen zelf en de contractvrijheid die zij genieten bij het opleggen van sancties wegens contractuele wanprestaties. In de meeste contracten vindt men dergelijke sancties terug onder de vorm van schadebedingen, uitdrukkelijk ontbindende bedingen, imprevisiebedingen, enz. Het onderwerp van deze bijdrage luidt derhalve: *de contractualisering van sancties bij wanprestatie*.

2. Eigen aan dit onderwerp is dat de «rechtshandhaving door middel van sancties», in eerste instantie door de partijen zelf wordt geregeld – en niet, of slechts aanvullend – door de wet. De rechtshandhaving wordt bovendien krachtens die contractuele bedingen doorgaans ook in handen van de partijen of van een van hen gelaten – en niet, of slechts *a posteriori* – in handen van de rechter. Bij een toerekenbare tekortkoming zal de benadeelde schuldeiser immers op eigen initiatief uitwerking kunnen geven aan de sanctie die hij zelf, op voorhand gemoduleerd heeft.

De contractanten spelen hier dus een centrale rol bij de handhaving van hun rechten. Wie anders dan de contractanten zelf, kunnen immers op voorhand de gewenste regelingen treffen teneinde hun rechten in de toekomst gerespecteerd te zien? Bij de contractsluiting zijn zij het best geplaatst om de inhoud te preciseren van de opgenomen verbintenissen, om te omschrijven welke feiten een bevrijdende overmachtssituatie zullen uitmaken of een grond tot heronderhandeling, om te stipuleren voor welke fouten men aansprakelijkheid wil oplopen en voor welke niet, om een forfaitaire schadevergoeding te bepalen die hun schade bij te late betaling moet dekken ... Deze lijst kent geen grenzen. Want het gemene recht inzake contractuele aansprakelijkheid is in de regel van suppletieve aard, zodat partijen hiervan afwijkende regelingen kunnen overeenkomen, zolang zij de eerder schaarse bepalingen van dwingend recht of van openbare orde respecteren. Men kan dan ook stellen dat het beginsel van de partijautonomie zijn grootste toepassingsbereik kent op het vlak van de contractuele aansprakelijkheid. Bovendien bevat het aanvullend gemeen recht tal van hiaten die als pijnlijk worden ervaren in de praktijk, maar die door de praktizijnen met uitstekende contractuele regelingen worden ondervangen. Zo bevat Boek III van het Burgerlijk Wetboek geen algemene be-

palingen betreffende de exceptie van niet-uitvoering, de imprevisie of de uitsluiting of vermindering van aansprakelijkheid. Contractanten die de mogelijke problemen uit de uitvoeringsfase van hun contract op voorhand willen trachten op te vangen, zijn gewoon verplicht dit zelf te doen.

3. Er bestaan zeer diverse soorten clausules waarmee partijen gestalte kunnen geven aan hun aansprakelijkheidsregime. Deze grote verscheidenheid is niet alleen het werk van de rechtsleer, maar veeleer van de rechtspraktizijnen. Terecht onderlijnt Fontaine: «Le droit des contrats ne se comprend plus à la seule lumière des sources traditionnelles que sont la loi, la doctrine et la jurisprudence. Les recherches menées intensivement depuis quelques décennies au coeur de la pratique contractuelle l'ont mis en évidence: les services juridiques des grandes entreprises et les tables de négociations sont des ateliers où se forment constamment de nouveaux types de contrats et de nouvelles clauses, ou de nouvelles manières d'aménager les clauses traditionnelles».¹ De creativiteit van de praktijk heeft tot gevolg dat bepaalde bedingen eerder typisch zijn voor internationale handelscontracten (bv. *hardship*clausules), andere eigen zijn aan een bijzonder type contract (bv. prijsaanpassingsclausules in brouwerijcontracten), terwijl nog andere bedingen enkel in een bepaalde economische sector opduiken (bv. bepaalde zekerheidsbedingen in de bank- en verzekeringssector).

Sinds de bijdrage van wijlen Rob Kruijthof, in 1984 gewijd aan «contractuele bedingen waarbij partijen de wettelijke aansprakelijkheid van de debiteur wegens niet-nakoming van zijn verbintenissen – welke ook de bron daarvan zij – beperken, uitbreiden of preciseren»,² is geen overzichtsartikel meer verschenen waarin de talloze, van het gemene aansprakelijkheidsrecht afwijkende bedingen worden geïnventariseerd.³ Reeds in die periode vond de auteur

¹ M. FONTAINE, «Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles: synthèse et perspectives», in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, M. FONTAINE en G. VINEY (red.), Brussel/Parijs, Bruylant/LGDJ, 2001, (1019), nr. 152 en zie ook: nr. 162.

² R. KRUIJTHOF, «Contractuele aansprakelijkheidsregelingen», *T.P.R.* 1984, (233), nr. 3.

³ Het laatste *decennium* verschenen daarentegen wel werken en bijdragen waarin specifieke aspecten van het gemene aansprakelijkheidsrecht aan bod komen en waarin welbepaalde bedingen grondig ontleed worden. Zie: X. DIEUX, J.F. ROMAIN, P. VAN OMMESLAGHE, P.A. FORIERS, P. WÉRY, S. STUNS, C. BIQUET-MATHIEU, M. GRÉGOIRE en M. VON KUEGELEN, *Les obligations contractuelles*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, 636 p.; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, «Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)», *R.W.* 1992-93, I, 1209-1237 en II, 1249-1265; M. FONTAINE en G. VINEY (red.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Brussel/Parijs, Bruylant/LGDJ, 2001, 1127p.; R. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, «Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1981-1992)», *T.P.R.* 1994, 171-721; R. ROODHOFF (red.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswet-

het een onbegonnen werk om een uitputtende opsomming te geven en achtte hij de materie zo uitgebreid, dat hij een selectie doorvoerde. Hij boog zich over de destijds voor-naamste bedingen: de «exoneratiebedingen, boetebedingen, uitdrukkelijk ontbindende bedingen en vrijwaringsbedingen».⁴ Ook vandaag moet men vaststellen dat de aandacht van rechtspraak en rechtsleer, maar ook van de wetgever, haast uitsluitend gericht is op exoneratiebedingen, schadebedingen en uitdrukkelijk ontbindende bedingen. Zij zijn duidelijk de meest gebruikte en de meest controversiële bedingen in de praktijk. Andere soorten clausules (zoals overmachts- en/of imprevisiebedingen (ook genoemd: *hardship*clausules), ingebrekestellingsbedingen, opschortingsbedingen bij niet-uitvoering, waarborgbedingen, vrijwaringsbedingen ...) worden door gedingvoerende partijen en door de rechtspraak als minder problematisch ervaren, ook al zijn ze ook gebruikelijk in de praktijk. Nog andere clausules – zoals vervangingsbedingen, bedingen over respijttermijnen, bewijslastbedingen – kennen minder succes in de contractuele praktijk.

B. Contractuele sancties

4. Deze bijdrage besteedt enkel aandacht aan de contractuele bedingen waarmee een contractant zijn rechten in de uitvoeringsfase van de overeenkomst tracht te handhaven. Hij kan dit realiseren aan de hand van twee soorten bedingen:

– enerzijds handhaaft een schuldeiser zijn rechten door middel van clausules die de *sanctionering* regelen van een toerekenbare contractuele tekortkoming gepleegd door zijn schuldenaar. Dit gebeurt, bijvoorbeeld, door het opnemen van uitdrukkelijk ontbindende bedingen, opschortingsclausules, bedingen aangaande de uitvoering *in natura* en vervangingsbedingen, ingebrekestellingsbedingen, schadebedingen, ...

– anderzijds zal de schuldeiser – die in een wederkerig contract schuldenaar is van minstens één verbintenis – ook bedingen stipuleren die *het in werking stellen van (bepaalde) sancties* jegens hem *beletten of bemoeilijken*. Zodoende organiseert hij onder meer zijn toekomstige verweermiddelen mocht zijn eigen aansprakelijkheid in het gedrang komen. In deze categorie kan men de exoneratiebedingen, de overmachtsbedingen en de imprevisiebedingen onderbrengen.

Deze indeling heeft, zoals die van Kruithof, een relatief en vooral pedagogisch karakter.⁵ Zo horen schadebedingen of ingebrekestellingsbedingen in beide categorieën thuis. Merken we ook op dat het eigen is aan *toetredingscontracten* dat

schappen, 1998; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)», *J.T.* 1996, 689-752; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 706 p.; J. SMITS en S. STIJNS (red.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 393 p.; A. VAN OEVELEN, «Recente ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak inzake de sancties bij contractuele wanprestatie», *Overeenkomstenrecht*, 26ste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000, Antwerpen, Kluwer, 2000, 163-204; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires – Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Brussel, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993.

⁴ R. KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 2.

de sterkere partij gebruik maakt van beide soorten sanctiebedingen, teneinde niet alleen de aan haar schuldenaar op te leggen sanctie te regelen, maar tegelijkertijd de sanctie wegens de eigen aansprakelijkheid.

De hoofdaandacht gaat ook hier naar de meest courante en meest controversiële bedingen: de *exoneratiebedingen*, de *schadebedingen* en de *uitdrukkelijk ontbindende bedingen*. De rechtspraak en de rechtsleer bieden hier immers de meeste stof tot denken en discussie.

5. De keuze van de organisatoren voor dit onderwerp is zeker opportuun. In de rechtspraak en de rechtsleer lopen de contractueel vastgelegde sanctioneringsregimes de laatste jaren immers erg in de kijker.⁶ Wij onderkennen hiervoor verscheidene redenen: (i) onder invloed van afwijkende, bijzondere wetten, zoals de WHPC en de wet op het consumentenkrediet, kwam de geldigheid van sommige van die bedingen het laatste *decennium* in het gedrang, en men boog zich, ook buiten het consumentenrecht, met een vernieuwd criticisme over de geldigheidsvoorwaarden van contractuele sancties en over hun oneerlijk karakter; (ii) het leerstuk van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten opende nieuwe wegen voor de rechters om de redelijkheid te toetsen van de wijze waarop, vaak eenzijdig, uitwerking wordt gegeven aan geldige contractuele sancties; (iii) in de rechtspraak neemt het beroep op sanctiebedingen alsmat toe, wat wordt verklaard, enerzijds, door de noodzaak om een «omweg» langs het traag werkende gerecht te vermijden, en, anderzijds, door de wens om risico's zo goed mogelijk te beheersen en de elementen van onzekerheid bij contractuele wanprestaties en bij een rechterlijke appreciatie, zoveel mogelijk uit te schakelen.

C. Rechtshandhaving en de rol van de rechter

6. Hierboven werd reeds onderlijnd dat de contractualisering van sancties bij wanprestatie een hoofdrol toebedeelt aan de contractpartijen zelf. Wij onderlijnden nochtans dat dit slechts in een eerste stadium het geval is: de contractvrijheid biedt hen heel wat ruimte om zelf het regime te bepalen van de sancties bij wanprestatie. Maar in een tweede stadium zal de benadeelde schuldeiser uitwerking wensen te geven aan een van de contractuele sancties en is de kans groot dat hij op betwisting stuit van zijn wederpartij. Wordt alsdan een rechter of arbiter geadieerd, dan treden zij duidelijk op de voorgrond: «L'initiative des sanctions part du créancier. La partie se joue entre lui et le débiteur. Mais elle est présidée, d'autorité, par le juge qui la conclut».⁷ De rol die bij betwistingen rond contractuele sancties voor de

⁵ Men zal noteren dat ook P. VAN OMMESLAGHE meent dat uitdrukkelijk ontbindende bedingen, opschortingsbedingen en andere clausules die een sanctie beogen op te leggen, in de regel niet tot dezelfde categorie behoren als de exoneratiebedingen: P. VAN OMMESLAGHE, «Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge», in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Brussel/Parijs, Bruylant/Dalloz, 1994, (181), nr. 1.

⁶ Benevens de hoger geciteerde verzamelwerken van de JEUNE BARREAU DE BRUXELLES en van FONTAINE en VINEY, verscheen recentelijk het referatenboek van de studiedag georganiseerd aan de rechtsfaculteit te Namen over: *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, Die Keure, 2001, 330 p.

rechters is weggelegd, is niet te onderschatten en wint alsmaar aan belang dank zij een diversifiëring van zijn juridisch *instrumentarium*: hij kwalificeert, interpreteert en toetst het beding op zijn geoorlooftheid; thans toetst hij in sommige gevallen ook de uitoefeningswijze van het beding op haar redelijkheid; ten slotte kan hij ook diverse sancties opleggen: nu eens matigt hij, dan weer vernietigt hij, zelden verklaart hij het beding zonder gevolg.

7. In de titel van deze bijdrage, en anders dan in de titels van de meeste andere rapporten, lieten de organisatoren elke band met de tussenkomst van de rechter achterwege. Meenden zij de hoofdrol bij de rechtshandhaving door contractuele sancties nog steeds te mogen toevertrouwen aan de contractanten zelf, en enkel aan hen? Actueel is de eerste zorg van de praktizijn nochtans bedingen op te stellen die de *toets van een rechter* kunnen *doorstaan*. Aan het einde van dit preadvies zal blijken dat het beginsel van de partijautonomie op verschillende vlakken moet terugtreden voor uitdeinende controlebevoegdheden van de rechter.⁸

8. Het onderzoek valt uiteen in twee delen. In het *eerste deel* wordt herinnerd aan het regime van de belangrijkste contractuele sancties tussen de contractanten onderling,⁹ regime zoals uitgewerkt door de Belgische wetgeving, de rechtspraak en de rechtsleer.¹⁰ Alhoewel we ons op het terrein van de partijautonomie bevinden, gaat de hoofdaandacht naar de grenzen gesteld aan afwijkingen van het gemene recht. Bij dit onderzoek volgen we de mogelijke stappen van een rechter die, in aanwezigheid van een betwist beding, moet beslissen of hij het toepasselijk acht. Allereerst zal hij het beding kwalificeren, om vervolgens na te gaan of het aanvaard is geweest door de partij aan wie het wordt tegengeworpen. Vervolgens zal bij onduidelijkheid aangaande de betekenis of de draagwijdte van het beding, teruggegrepen worden naar de interpretatieregels. Ten slotte buigt de rechter zich over de geoorlooftheid van het beding in het licht van het gemene recht, maar ook van de bijzondere wetten die onder meer de consumenten beschermen.

In het *tweede deel* is het de bedoeling om de «wapens» of juridische instrumenten die de rechter ter beschikking staan bij de beoordeling van dergelijke bedingen, te onderwerpen aan een kritisch onderzoek. In verband met deze toetsingsmogelijkheden rijzen enkele *beleidsvragen*. Waarom worden

de onderscheiden bedingen met contractuele sancties niet alle op dezelfde wijze gecontroleerd door de rechter en waarom wordt een bepaalde toets bij de ene contractuele sanctie toegepast en niet bij de andere? Zo weet men bijvoorbeeld dat exoneratiebedingen die in algemene bewoordingen zijn opgesteld, restrictief geïnterpreteerd worden, terwijl deze interpretatietechniek amper gebruikt wordt bij ruim geformuleerde uitdrukkelijk ontbindende bedingen. Is het mogelijk en wenselijk dat een strafbeding vooralsnog wordt nietig verklaard, ook al legt de wet de matiging door de rechter op? Kan men het verbod op rechtsmisbruik toepassen om de manifest onredelijke uitoefening van eender welke contractuele sanctie te matigen? Waarom kan dit bij shadebedingen en ziet men dit amper gebeuren bij uitdrukkelijk ontbindende bedingen en helemaal niet bij exoneratiebedingen?

II. DE MEEST GEBRUIKELIJKE CONTRACTUELE SANCTIES EN DE CONTROLEMECHANISMEN VOOR DE RECHTER

A. De bevrijdingsbedingen

1^o Begripsbepaling en kwalificatie

9. Met een bevrijdings- of exoneratiebeding wil een contractpartij zich geheel of gedeeltelijk bevrijden¹¹ van de aansprakelijkheid die bij een wanprestatie op haar zal rusten.¹² Alhoewel de principiële geldigheid van de bedingen die derogeren aan de contractuele aansprakelijkheid buiten kijf staat op grond van het beginsel van de wilsautonomie,¹³ wordt het hierna duidelijk dat bevrijdingsbedingen met alsmaar meer gestrengheid worden bejegend door de wetgever, de rechtspraak en de rechtsleer. Het is derhalve belangrijk te achterhalen of een beding onder het strenge regime van de bevrijdingsbedingen valt, maar het is een moeilijke opgave, gelet op de grote diversiteit aan clausules.

¹¹ Een partij kan ook, in het bedongen sanctieregime, de aansprakelijkheid van de wederpartij trachten *uit te breiden*, door bijvoorbeeld een inspanningsverbintenis om te zetten in een resultaatsverbintenis, of door aansprakelijkheid te bedingen in gevallen van overmacht. Ook door een *garantieclausule* breidt een contractant-garant zijn wettelijke aansprakelijkheid uit.

¹² E. DIRIX, *o.c.*, T.P.R. 1988, nr. 1; J. HERBOTS, «De exoneratiebedingen in het gemeen recht», in *Exoneratiebedingen*, Brugge, Die Keure, 7 e.v.; R. KRUTHOF, «Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité. Rapport belge», in *In memoriam Jean Limpens*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 166; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 112.

¹³ L. CORNELIS, «Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation», (onder Cass. 22 maart 1979), R.C.J.B. 1981, (196), nr. 7; R. KRUTHOF, *o.c.*, T.P.R. 1984, nr. 27; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, T.P.R. 1994, nr. 229; MAHAUX, conclusie voor Cass. 25 september 1959, Pas. 1960, 114; E. MONTERO, «Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité», in M. FONTAINE en G. VINEY (red.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Brussel/Parijs, Bruylant/LGDJ, 2001, (393), nr. 18; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 4. Dit is vaste cassatierechtpraak. Nog recentelijk: Cass. 23 november 1987, Arr. Cass. 1987-88, 371, R.W. 1987-88, 1358.

⁷ R. SAVATIER, «Rapport de synthèse», in *Travaux de l'Association H. Capitant*, XVII, Parijs, Dalloz, 1968, 431.

⁸ Dit fenomeen is zowel waar te nemen bij gerechtelijke sancties – waar de rechter verplicht vooraf tussenkomt –, zoals bij de gerechtelijke ontbinding en de gerechtelijke vervanging van de schuldenaar door een derde, als bij de buitengerechtelijke sancties waar hij slechts eventueel en *a posteriori* ingrijpt, zoals bij de buitengerechtelijke ontbinding in uitzonderlijke omstandigheden en de *exceptio non adimpleti contractus*. Zie over de rol van de rechter: S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nrs. 258 e.v.

⁹ In het bestek van deze bijdrage wordt niet ingegaan op de derdenwerking van contractuele sancties. Zie hierover: E. DIRIX, «Exoneratiebedingen», T.P.R. 1988, (1171), nrs. 27 e.v.

¹⁰ Er wordt evenmin ingegaan op de specifieke regels van de internationale handelscontracten. Zie hierover het grondig overzichtartikel: M. VANDERMERSCH en D. PHILIPPE, «L'inexécution dans les contrats du commerce international», in M. FONTAINE en G. VINEY (red.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Brussel/Parijs, Bruylant/LGDJ, 2001, 701-788.

De rechters waken terecht over de juiste kwalificatie van bedingen die tot doel of strekking hebben de aansprakelijkheid te beperken of op te heffen.

10. Dit kwalificatieprobleem is acuut bij bedingen die de inhoud van een overeenkomst of de draagwijdte van de aangegane verbintenissen omschrijven. In de regel is een dergelijke clause geldig en niet onderworpen aan de geldigheidsbeperkingen van de exoneratiebedingen.¹⁴ Zij beoogt immers geen bevrijding van aansprakelijkheid, maar een preciese, zelfs beperkende, omschrijving van de opgenomen contractuele verplichtingen. Dirix wijst er terecht op dat een inhoudbepalend beding de *primaire* verbintenis van de schuldenaar betreft, terwijl exoneratiebedingen doorgaans de *secundaire* verbintenis tot schadeherstel betreffen, ontstaan uit de niet-nakoming van de *primaire* verbintenis.¹⁵ Men kent het klassieke voorbeeld van de uitbater van parkeerplaatsen: teneinde te ontsnappen aan zijn aansprakelijkheid als bewaarnemer bij niet-bewaking en/of niet-restitutie van de auto, zal hij op het ticket vermelden dat het om een loutere verhuur van een staanplaats gaat.¹⁶ Maar onder het mom van een dergelijk beding kan een ongeoorloofd bevrijdingsbeding schuilgaan: strekt het inhoudbepalend beding ertoe de *wezenlijke verbintenissen uit de overeenkomst uit te hollen*, zodat deze, naar haar aard, geen betekenis meer heeft, dan gaat het om een laakbaar bevrijdingsbeding dat niet aan de controle door de rechter mag ontsnappen (zie hierna).¹⁷ Het onderscheid tussen de twee soorten bedingen is echter geen gemakkelijke zaak in de praktijk.

¹⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 1; B. DUBUISSON, «Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge», in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, Die Keure, 2001, nr. 7. Het zal in de regel evenmin restrictief geïnterpreteerd worden: R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 1994, nr. 226.

¹⁵ E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, nrs. 2-3.

¹⁶ Sommige rechtspraak kwalificeert dit als een bewaargeving en ziet in die clause een uitholling van het voorwerp van de wezenlijke verbintenis van de bewaarnemer, terwijl andere rechtspraak meent dat het om een geldige inhoudbepalende clause, en dus om een verhuur, gaat en dat er geen bewaarnemersverplichtingen zijn opgenomen. Zie: B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nrs. 8 en 55. Zie verder: M. FAURE, «De toepassing van exoneratieclausules in het parkeercontract», *R.W.* 1982-83, (2161), nr. 9; V. SAGAERT, *Parking- en garagecontracten*, in *Recht en onroerend goed*, Brugge, Die Keure, 2001, 128-135; R. KRUTHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, 235-238. Ander voorbeeld: het beding in de verkoop van een tweedehands auto of van een onroerend goed, dat het goed verkocht wordt «in de staat waarin het zich bevindt, gekend door de koper», wordt niet meer louter als een inhoudbepalend beding gekwalificeerd, maar meer als een exoneratiebeding (zie *infra*).

¹⁷ M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Brussel, Story-Scientia, 1999, nr. 268; R. KRUTHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, 238; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 124. Zo is het de verhuurder niet toegestaan zich vrij te stellen van zijn verbintenis om het gehuurde goed te leveren, maar hij kan de omvang hiervan wel beperken: Cass. 17 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 598, *R.W.* 1994-95, 1435 (i.v.m. leasing); Brussel 4 oktober 1999, *R.R.D.* 2000, 484. Zie verder: M. DAMBRE, «Huurgenot en woningkwaliteit», in *Overeenkomstenrecht*, 2000, (269), nrs. 370-373.

2° Toestemming

11. De rechters gaan nauwgezet na of het bevrijdingsbeding het voorwerp uitmaakte van een aanvaarding door de partij tegen wie het beding wordt ingeroepen.¹⁸ Behoudens wettelijke uitzondering, kan deze aanvaarding zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend zijn.¹⁹ Zij onderstelt noodzakelijk dat de contractant kennis nam of redelijkerwijze kon nemen van het exoneratiebeding of van de algemene voorwaarden bij de contractsluiting. Staat dit vast, dan zal het omstandig stilzwijgen of de afwezigheid van protest, als een aanvaarding kunnen worden uitgelegd.²⁰

Aan de hand van deze regelen en afhankelijk van de concrete omstandigheden van de zaak, kan de afwezigheid van toestemming met een bevrijdingsbeding worden vastgesteld. Dit gebeurt vooral wanneer het in algemene contractvoorwaarden is opgenomen.²¹ Staat het beding op een onopvallende plaats, zijn de letters moeilijk leesbaar of is de taal moeilijk te verstaan voor de wederpartij, dan worden de mogelijke kennisname en de aanvaarding in vraag gesteld.²² Behoudens ingeval van regelmatige handelsrelaties, van gebruiken of van gebruikelijke bedingen, geldt hetzelfde wanneer de factuur of de bestelbon louter doorverwijst naar algemene voorwaarden die *elders* geraadpleegd of opgevraagd kunnen worden.²³ De mogelijke kennisname moet ook *ten laatste bij de contractsluiting* plaatsvinden. Bedingen op borden of affiches waarvan de wederpartij maar kennis krijgt na de aankoop of de afgifte van zijn toegangsbewijs, zullen in de regel geen uitwerking krijgen tussen partijen.²⁴ Staat het bevrijdingsbeding *vooraf* aangekondigd op een

¹⁸ L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1981, nr. 9; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 122.

¹⁹ Cass. 11 december 1970, *Arr. Cass.* 1971, 369 en *R.W.* 1970-71, 1129, met noot K. VAN ALSENOY; Cass. 20 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1239, *R.W.* 1988-89, 743 en *J.T.* 1989, 112. Het feit dat een partij een monopoliepositie bekleedt, betekent niet dat de wederpartij geen vrije, noch een impliciete toestemming kan geven: A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 257. Evenmin wordt hierdoor de geldigheid van het bevrijdingsbeding aangetast: L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1981, nr. 7; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 122.

²⁰ R. KRUTHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nrs. 15-16. De gemeenrechtelijke regelen over stilzwijgende aanvaarding gelden hier. Zie voorts: P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 19.

²¹ Het maakt dan geen deel uit van de gesloten overeenkomst. Bv. Brussel 12 september 1997, *T.B.B.R.* 1998, 352.

²² E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, nr. 12. Voor voorbeelden, zie: R. KRUTHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 16; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 1994, nr. 69; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 16.

²³ B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 16; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 19. Ook in die zin, maar kritisch: E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, nr. 13.

²⁴ R. KRUTHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 17. In verband met dit probleem van voorlichting van de koper, moet worden gewezen op art. 30 WHPC: de verkoper moet ten laatste op het ogenblik van het sluiten van de verkoop te goeder trouw aan de consument de behoorlijke en nuttige voorlichting geven betreffende de kenmerken van het product of de dienst, en betreffende de verkoopvoorwaarden.

bord, dan aanvaardt de rechtspraak enkel de mogelijkheid van een toestemming wanneer het beding duidelijk en leesbaar is aangebracht, zodat de aandacht van de cliënt hierop gevestigd wordt.²⁵ Wat de bedingen op nagestuurde facturen betreft, moet een onderscheid gemaakt worden tussen handelaars en niet-handelaars, gelet op de afdoende bewijswaarde die krachtens art. 25 W. Kh. aan een aanvaarde factuur kleeft voor het bewijs tussen handelaars.²⁶

3° Interpretatie

12. Sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 22 maart 1979²⁷ wordt algemeen aanvaard dat een bevrijdingsbeding *beperkend of restrictief* – en niet: *strict*²⁸ – moet worden uitgelegd.²⁹ Als reden geeft het Hof aan dat dergelijk beding afwijkt van het gemeen aansprakelijkheidsrecht. Krachtens de restrictieve interpretatie wordt dan ook aangenomen dat een in algemene bewoordingen geformuleerd exoneratiebeding de debiteur niet bevrijdt voor de gevolgen van zijn zware fout.³¹ Exoneratie voor zijn zware fout moet *uitdrukkelijk* worden bedongen *of noodzakelijk voortvloeien uit het beding*.³²

Bovendien zal de rechter in geval van aanhoudende twijfel over de draagwijdte van een beding,³³ de interpretatieregels

²⁵ A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 257. Zie bv. Brussel 7 maart 1996, *R.G.A.R.* 1997, nr. 12.871. Maar het blijft toch wel een feitenkwestie. In 1988 stelde DIRIX (*o.c.*, *T.P.R.* 1988, nr. 14) reeds vast dat de rechtspraak in vergelijkbare gevallen op uiteenlopende wijze oordeelde. Om die reden zou men niet meer kunstmatig in termen van stilzwijgende aanvaarding van het beding mogen oordelen, maar verdedigde hij dat men aandacht zou besteden aan het *legitieme verwachtingspatroon* van de cliënt. Dit zou ertoe leiden dat een duidelijke exoneratie bij de ingang van een parkeergarage erop wijst dat de uitbater geen bewakingsplicht op zich neemt, terwijl een exoneratie op een affiche in een «car-wash» of een «droogkuis» minder gemakkelijk gevolg zou hebben, «gelet op de legitieme verwachtingen van de cliënt». Deze benaderingswijze wordt niet gevolgd in de recente rechtspraak. Het is overigens niet zeker dat met de voorgestelde benadering een duidelijke lijn kan worden getrokken, omdat de rechters per geval concrete invulling zouden moeten geven aan de verwachtingen en hun legitimiteit.

²⁶ Zie hierover genuanceerd: E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, nr. 12. In de Wet Consumentenkrediet van 12 juni 1991 gelden bijzondere regels inzake te overhandigen documenten bij de onderhandeling en totstandkoming.

²⁷ Cass. 22 maart 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 860, *Pas.* 1979, 863, *R.W.* 1979-80, 2238, *R.C.J.B.* 1981, 189, met noot L. CORNELIS, *T.Aann.* 1982, 296, met noot MANDOUX, *R.G.A.R.* 1980, nr. 10222.

²⁸ Ten onrechte over stricte interpretatie: B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution* ..., 2001, nr. 22.

²⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 20.

³⁰ Over het onderscheid, zie verder, nrs. 45 e.v.

³¹ Evenmin mag men het beding zo uitleggen dat het ook van de buitencontractuele aansprakelijkheid zou bevrijden.

³² Voor voorbeelden, zie: S. STIJS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 123.

³³ Dit is wanneer de zin of de draagwijdte van een overeenkomst niet met volledige zekerheid kan worden bepaald aan de hand van intrinsieke of extrinsieke elementen van de akte die aan de rechter wordt voorgelegd: Cass. 22 maart 1979, *gecit.*; Cass. 23 juni 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1311, *R.W.* 1983-84, 2711, *J.T.* 1983, 521; Cass. 28 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 245, *R.W.* 1983-84, 1078; Cass.

van art. 1162 B.W. moeten toepassen en het onduidelijk beding interpreteren tegen wie het heeft bedongen en ten voordele van wie zich heeft verbonden.³⁴ Aangezien het bevrijdingsbeding wordt ingeroepen door de partij die de aansprakelijkheidsbevrijding of -vermindering geniet en in wier voordeel het dus is bedongen, zal de rechter het beding tegen deze partij uitleggen en in het voordeel van de benadeelde schuldeiser.³⁵ In art. 1602, tweede lid, B.W. wordt een vergelijkbare, algemene interpretatieregels *tegen de verkoper* geformuleerd. Daarenboven bevat art. 31, § 4, WHPC, als gewijzigd in 1998, een versterkte interpretatieregels *contra proferentem*, omdat de rechter bij twijfel – en niet enkel bij aanhoudende twijfel – die interpretatie moet volgen die de meest gunstige is voor de consument.³⁶

4° Geoorlooftheid

13. De principiële geldigheid van bevrijdingsbedingen kent volgende drie beperkingen:³⁷

13.1. *Een bijzondere wettelijke bepaling van dwingend recht of van openbare orde verbiedt gehele of gedeeltelijke bevrijding van aansprakelijkheid.*

Zo voorziet art. 10, § 1 Productaansprakelijkheidswet van 25 februari 1991 in de onmogelijkheid om bij overeenkomst de aansprakelijkheid van de producent voor schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product, ten aanzien van het slachtoffer uit te sluiten of te beperken.³⁸ Art. 32, 22bis^o WHPC versterkt dit nog met het verbod voor de verkoper om zijn wettelijke aansprakelijkheid uit te sluiten of te beperken bij overlijden of lichamelijk letsel van de consument ten gevolge van een doen of nalaten van de verkoper. Zo mag de tienjarige aansprakelijkheid van aannemers en architecten niet verminderd of uitgesloten worden (art. 1792 B.W.), evenmin als de aansprakelijkheid van de hotelhouder-bewaarnemer (1954ter B.W.).³⁹ Krachtens art. 1645 B.W. zijn exoneraties bedongen door fabrikanten en be-

4 december 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 454, *R.W.* 1986-1987, 2179; Cass. 17 oct. 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 175, *J.T.* 1989, 196, *J.T.T.* 1989, 156.

³⁴ L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1981, nr. 25.

³⁵ Cass. 22 maart 1979 en Cass. 23 juni 1983, *gecit.*; Bergen 11 juni 1996, *J.L.M.B.* 1997, 635.

³⁶ «Ingeval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstige interpretatie». Ingevoerd sinds de wet van 7 december 1998, *B.S.* 23 december 1998. Zie verder: S. STIJS, «Onrechtmatige bedingen», in *Recente wetswijzigingen inzake handelspraktijken*, J. STUYCK, G. STRAETMANS en P. WYTINCK (red.), Antwerpen, Kluwer, 2000, (187), nrs. 25-30. Zie ook: S. STIJS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, 148-169.

³⁷ R. KRUTHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 26; S. STIJS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nrs. 125-128; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 258.

³⁸ Zij kan wel worden uitgesloten of beperkt als de schade mede veroorzaakt is door de schuld van het slachtoffer of van een persoon voor wie het slachtoffer verantwoordelijk is.

³⁹ Zie ook art. 19, §§1-2 en 28 Wet Reiscontract van 16 februari 1994. Ook het vervoersrecht kent talrijke bepalingen van die aard. Zo bv. art. 23 Verdrag van Warschau m.b.t. het luchtvervoer; art. 41 C.M.R.; art. 17, 34 en 36 Vervoerwet voor spoorvervoer.

roepsverkopers aangaande hun vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken, ongeldig, omdat zij tot bewijs van het tegendeel geacht worden het gebrek te kennen.⁴⁰ Dit tegenbewijs is niet mogelijk in een consumentenkoop, omdat een exoneratiebeding dat afbreuk doet aan de wettelijke vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken krachtens art. 1641 e.v. B.W. volledig verboden is (art. 32, 12° WHPC). Hieronder horen ook andere bevrijdingsbedingen die uitdrukkelijk verboden zijn krachtens de «zwarte lijst» uit art. 32 WHPC en uit punt 1, a en b, van de bijlage bij de WOBVB. De meeste hiervan komen hierna nog ter sprake.

13.2. *Het beding mag niet leiden tot bevrijding voor zijn persoonlijk bedrog.*

De debiteur mag zich niet bevrijden van zijn *persoonlijk bedrog*.⁴¹ Het is immers strijdig met de openbare orde en de goede zeden dat een beding het mogelijk zou maken dat men wetens en willens een opgenomen verbintenis niet nakomt of dat men opzettelijk schade berokkent aan de wederpartij.⁴² Het is daarentegen wel geoorloofd – sinds het cassatiearrest van 25 september 1959 – zich te exonereren voor de *eigen zware fout* alsook voor zware en opzettelijke fouten van zijn aangestelden of uitvoeringsagenten.⁴³ Hoewel de meerderheid van de rechtspraak het onderscheid tussen bevrijding voor persoonlijke opzettelijk dan wel zware fout uit het mijlpaalarrest van 1959 getrouw toepast,⁴⁴ heeft dit arrest destijds kritiek uitgelokt in de doctrine.⁴⁵ Desalniettemin

⁴⁰ E. DIRIX, o.c., *T.P.R.* 1988, nr. 17.

⁴¹ M. COIPEL, o.c., 1999, nr. 276; L. CORNELIS, o.c., *R.C.J.B.* 1981, nr. 12 e.v.; E. DIRIX, o.c., *T.P.R.* 1988, nr. 18; B. DUBUISSON, o.c., in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 38; R. KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 31; MAHAUX, conclusie voor Cass. 25 september 1959, *Pas.* 1960, 115; E. MONTERO, o.c., in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 24; A. VAN OEVELEN, o.c., in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 258; P. VAN OMMESLAGHE, o.c., in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 7.

⁴² Er bestaat evenwel geen eensgezindheid over de betekenis van het begrip *bedrog in de uitvoering van overeenkomsten*. Volstaat het dat de debiteur opzettelijk zijn verbintenis niet nakomt – wat een ruime opvatting is van het begrip – of, vereist men bovendien dat de debiteur ook wetens en willens schade heeft willen berokkenen aan zijn wederpartij – wat een engere opvatting is (in deze zin: R. HAYOIT DE TERMICOURT, «Bedrog en grove schuld op het stuk van de niet nakoming van contracten», *R.W.* 1957-58, 72; genuanceerd in de zin dat de dader zich bewust was of behoorde te zijn van de mogelijke schade: P. VAN OMMESLAGHE, o.c., in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 7; B. DUBUISSON, o.c., in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 40). De meerderheid neemt vrede met een fout die opzettelijk werd gepleegd, ook al heeft de dader de gevolgen niet opzettelijk gewild (in die zin: J. DABIN, «De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle couvrant 1° la faute lourde du débiteur, 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés», *R.C.J.B.* 1960, (10), 17-18; M. COIPEL, o.c., 1999, nr. 278; L. CORNELIS, «La faute lourde et la faute intentionnelle», *J.T.* 1981, (513), nrs. 10-11, p. 517; E. DIRIX, o.c., *T.P.R.* 1988, nr. 18; J. HERBOTS, o.c., in *Exoneratiebedingen*, nr. 12; R. KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 31, p. 571-572). De cassatiearresten van 15 april 1977 (*Arr. Cass.* 1977, 851) en van 28 februari 1980 (*Arr. Cass.* 1979-80, 801) spreken zich niet uit over dit punt (R. KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 31; P. VAN OMMESLAGHE, o.c., in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 7).

⁴³ Cass. 25 september 1959, *Arr. Verbr.* 1960, 86, *Pas.* 1960, 113, met conclusie van advocaat-generaal MAHAUX, *R.W.* 1959-60, 1255, *R.C.J.B.* 1960, 10, met noot DABIN.

preciseerde het Hof van Cassatie inmiddels dat er geen algemeen rechtsbeginsel bestaat dat de grove schuld gelijkstelt aan het bedrog.⁴⁶ Het intentionele element ontbreekt immers bij een zware fout en dit psychologisch verschil is niet gering.⁴⁷

Ook het verschil in beoordeling van exoneratie voor de eigen opzettelijke fout en die van hulppersonen staat bloot aan kritiek⁴⁸ en kent nu nog hevige tegenstanders⁴⁹ (zie hierna, randnr. 52 e.v.).

In een poging om aan de kritiek tegemoet te komen, voerde de wetgever in de WHPC de ongeoorloofdheid in, in een consumentenovereenkomst, van bedingen die de verkoper van producten of diensten (volledig) ontslaan van zijn aansprakelijkheid jegens de consument «voor zijn opzet, zijn grove schuld of voor die van zijn aangestelden of lasthebbers» (art. 32, 11°).⁵⁰ In deze bepaling wordt het adagium *culpa lata dolo aequiparatur* als het ware in ere hersteld en is er een identiek regime voor de bevrijding voor persoonlijke fouten en de fouten van hulppersonen.

13.3. *Het beding mag de overeenkomst niet uithollen*

Een bevrijdingsbeding dat het voorwerp van de opgenomen verbintenis tenietdoet, waardoor de overeenkomst, naar haar aard, iedere zin of betekenis verliest, is eveneens nietig.⁵¹ De ongeldigheid van een dergelijk bevrijdingsbeding werd nog bevestigd in een cassatiearrest van 27 september 1990.⁵² Men kan zich immers niet tegelijkertijd verbinden en bevrijden van elke aansprakelijkheid voor zijn

⁴⁴ Zie recentelijk: Brussel 25 maart 1997, *A.J.T.* 1997-98, 258, met noot MORTIER; Luik 25 januari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 520, met noot P.H.; Luik 19 oktober 1993, *T.B.H.* 1994, 702, met noot. Maar zie voor tegenvoorbeelden: S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 127.

⁴⁵ Voor een overzicht van de kritieken, zie: R. KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 1984, nrs. 33-35.

⁴⁶ Cass. 7 maart 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 882, *R.W.* 1987-88, 1478.

⁴⁷ R. HAYOIT DE TERMICOURT, o.c., *R.W.* 1957-58, 72. Op zichzelf zorgt het begrip «zware fout» ook voor discussie en onzekerheid. Als «een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld» staat die fout haast gelijk met opzet, hoewel het intentionele element ontbreekt (R. KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 35). «Zij grenzen beide aan elkaar wat laakbaarheid betreft»: E. DIRIX, o.c., *T.P.R.* 1988, nr. 18. Voor een overzicht van de mogelijke betekenissen van een zware fout, zie: L. CORNELIS, o.c., *J.T.* 1981, 513-514.

⁴⁸ J. DABIN, o.c., *R.C.J.B.* 1960, 23 e.v.

⁴⁹ M. COIPEL, o.c., 1999, nr. 279; B. DUBUISSON, o.c., in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 44; R. KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 33; E. MONTERO, o.c., in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nrs. 32-33.

⁵⁰ Men vergat blijkbaar de uitvoeringsagenten.

⁵¹ Cass. 25 september 1959, gecit. en conclusie van advocaat-generaal MAHAUX, *Pas.* 1960, 118; Cass. 23 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 371, *R.W.* 1987-88, 1359; Cass. 27 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 88, *R.W.* 1990-91, 854, *J.T.* 1991, 88 en *Bank Fin.* 1992, 37, noot ROMAIN. Zie: L. CORNELIS, o.c., *R.C.J.B.* 1981, nr. 13; E. DIRIX, o.c., *T.P.R.* 1988, nr. 23; B. DUBUISSON, o.c., in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 45; R. KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 36; A. VAN OEVELEN, o.c., in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 258; P. VAN OMMESLAGHE, o.c., in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 11.

wanprestatie.⁵³ De rechter moet dan vaak, via interpretatie, nagaan welke de zin is van de overeenkomst voor de partijen en welke de *wezenlijke verbintenissen* zijn in deze overeenkomst.⁵⁴ Worden zij aangetast door het bevrijdingsbeding, dan is dit ongeldig omdat de betekenis (van de aard)⁵⁵ van het contract wordt uitgehold. Actueel past de rechtspraak dit verbod zeer regelmatig toe.⁵⁶ Zo wordt er vaak van uitgegaan dat de uitbater van een parking zich in een parkeercontract met bewaarneming, niet kan bevrijden van zijn bewakings- en restitutieplicht.⁵⁷ Wordt tevens ongeldig geacht bij een contract van filmontwikkeling het beding dat bij beschadiging of verlies, de klant een blanco film bij wijze van schadevergoeding ontvangt.⁵⁸ Het Franse Hof van Cassatie verklaarde op deze grondslag ook ongeldig het beding waarmee een snelkoerierdienst zijn aansprakelijkheid bij overschrijding van de leveringstermijn beperkte tot de transportkosten: de *wezenlijke verbintenissen* van deze professionele dienstverlener werd immers tenietgedaan.⁵⁹

Men vindt in deze rechtspraak diverse formuleringen die evenwel alle op eenzelfde gedachte steunen: de exoneratie

voor één van de *wezenlijke verbintenissen* tast de essentie en dus het nut van het contract aan.⁶⁰ Het verbod op uitholling kent ook een ruime interpretatie.⁶¹ Zoals reeds gezegd past men het ook toe op inhoudbepalende bedingen die eigenlijk «vermomde» exoneratiebedingen zijn.⁶² Zo treft men bedingen waarmee een partij haar aansprakelijkheid volledig ontwijkt door een overeenkomst te «denatureren». Het klassieke voorbeeld is dat van de bewaarneming van een auto die, tegen de strekking van de overeenkomst in, als een verhuurder van een staanplaats wordt gekwalificeerd.

Ook de WHPC laat toe dat men het gevolg van de bevrijdingsclausule op de contractuele relatie nagaat. Art. 32, 11° verbiedt immers het beding dat de verkoper (volledig) bevrijdt van zijn aansprakelijkheid «voor het niet-uitvoeren van een verbintenis die een van de voornaamste prestaties van de overeenkomst vormt». Dit vormt een wat enger geformuleerde bevestiging van de gemeenrechtelijke uitzondering, maar die enkel lijkt te slaan op bedingen met een volledige uitsluiting van aansprakelijkheid.⁶³

B. De uitdrukkelijk ontbindende bedingen

1° Begripsbepaling en kwalificatie

14. Er bestaan verscheidene gradaties in de uitdrukkelijk ontbindende bedingen, die steeds tot doel hebben de positie van de benadeelde schuldeiser in een contract te versterken.⁶⁴ In de ruimste zin is een uitdrukkelijk ontbindend beding een clausule waarmee de partijen de gemeenrechtelijke ontbinding, als sanctie bij wanprestatie, toepasselijk verklaren of wijzigen.⁶⁵ Zo kunnen zij het wettelijk keuzerecht of de mogelijkheid van een gerechtelijke ontbinding (art. 1184 B.W.) bevestigen of mogelijk maken in een niet-

⁵² Cass. 27 september 1990, gecit. Volgens haar algemene voorwaarden der verrichtingen was de bank niet aansprakelijk wanneer de handtekeningen op de ontvangen orders, toestemmingen of volmachten, niet naar behoren waren nagegaan. Het bestreden arrest oordeelde dat dit beding geen effect kan sorteren omdat het dermate ruim is gesteld dat zij het voorwerp zelf tenietdoet van de op de bankier rustende controleplicht. Het Hof van Cassatie beslist dat het middel van de bank faalt naar recht omdat «die clausule, volgens de interpretatie die het eraan geeft (...) het voorwerp zelf van die verplichting tenietdoet en bijgevolg tussen partijen naar recht geen gevolg kan sorteren» (wij cursiveren). In dezelfde zin, in vergelijkbare gevallen: Brussel 18 november 1999, *A.J.T.* 2001-02, 68, met noot STEENNOT (enkel principe); Bergen 29 maart 1989, *T.B.B.R.* 2001, 76, met noot STEENNOT; Kh. Brussel 3 november 1992, *T.B.H.* 1993, 992, met noot (nietigheid van het beding).

⁵³ Over de grondslag van deze regel en de sanctie, zie hierna, randnrs. 63-64.

⁵⁴ Zo kon het Hof van Cassatie oordelen dat wettelijk verantwoord is de beslissing van de feitenrechter die, na te hebben vastgesteld dat de verbintenis van een nutsbedrijf hoofdzakelijk erin bestaat elektriciteit te leveren aan haar gebruikers, uitwerking geeft aan het exoneratiebeding voor de schade ten gevolge van stroomonderbrekingen (Cass. 23 november 1987, gecit.).

⁵⁵ Precisering aangebracht door: R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 37; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 258.

⁵⁶ R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 1994, nr. 232; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 258; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 11. Voor een overzicht van recente rechtspraak, zie: B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nrs. 50-56.

⁵⁷ V. SAGAERT, *o.c.*, 129; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 55. Zie dezelfde oplossing bij onderhoudscontract van auto met bewaargeving: Gent 20 mei 1999, *T.B.B.R.* 2000, 320.

⁵⁸ Brussel 22 januari 1993, *R.G.A.R.* 1995, nr. 12.491; Vred. Luik 20 november 1997, *T.B.B.R.* 2000, 562.

⁵⁹ Cass. fr. 22 oktober 1996, D. 1997, *Jur.* 121, noot SÉRIAUX (het gaat om de bekende zaak *Chronopost*). Hierover: P. DELEBECQUE en D. MAZEAUD, «Les clauses de responsabilité», in M. FONTAINE en G. VINEY (red.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (361), nr. 25.

⁶⁰ S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 128 (het *wezen* van het contract). In dezelfde zin: B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 47; J. HERBOTS, *o.c.*, in *Exoneratiebedingen*, 1993, 11; R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 37 (de oorzaak); R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 1994, nr. 233; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 11 («enlève toute utilité à l'ensemble de la convention»).

⁶¹ Zie bv. recentelijk: Antwerpen 7 maart 1995, *R.W.* 1995-96, 461; Luik 13 april 1995, *J.L.M.B.* 1996, 98; Luik 25 januari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 520; Gent 20 mei 1999, *T.B.B.R.* 2000, 320.

⁶² S. STIJNS en S. COVEMAEKER, «Overzicht van rechtspraak inzake contractuele aansprakelijkheid», in *Verbintenissenrecht. Themis Cahier 5*, Brugge, Die Keure, 2001, nr. 79.

⁶³ A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 258.

⁶⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, nrs. 892-893 en 898; R. HAYOIT DE TERMICOURT, noot (onder Cass. 31 mei 1956), *Pas.* 1956, I, 1051; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nrs. 327 en 343-348.

⁶⁵ S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nr. 325. Kan men bij contract aan een partij het recht op elke vorm van ontbinding ontzeggen ingeval van wanprestatie van zijn wederpartij? Volgens art. 32, 6°, WHPC is het verboden een dergelijk beding op te nemen ingeval de verkoper zijn verbintenis niet nakomt. In het gemene recht daarentegen, zou men het optierecht kunnen afschaffen en bedingen dat bij wanprestatie enkel de gedwongen uitvoering mogelijk is (bv. Rb. Gent 24 juni 1996, *R.W.* 1999-2000, 20). Men kan evenwel niet verhinderen dat een uitsluiting van ontbinding door een rechter gekwalificeerd wordt als een verboden bevrijdingsbeding. Zie voorts: R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 8; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nr. 271.

wederkerig contract⁶⁶ of in een contract waarin de gerechtelijke ontbinding bij een wet van suppletieve aard is uitgesloten.⁶⁷ Zo kunnen zij afspreken welke tekortkomingen voldoende ernstig zullen zijn om een *gerechtelijke* ontbinding van hun contract te rechtvaardigen. In deze gevallen blijft de voorafgaande tussenkomst van de rechter noodzakelijk.⁶⁸

Nochtans beogen de partijen met een uitdrukkelijk ontbindend beding doorgaans de organisatie van een *buitengerechtelijke* ontbinding, waarbij zij afwijken van de wettelijke regeling vervat in art. 1184 B.W.: zij willen bij een wanprestatie ontsnappen aan de verplichte, voorafgaande tussenkomst van de rechter.⁶⁹ De onzekerheid verbonden aan de ruime appreciatiebevoegdheid van de rechter over de voldoende ernst van de tekortkoming en over de aangepaste sanctie, wordt zodoende (grotendeels) uitgesloten.⁷⁰ Ook de trage procesgang wordt vermeden. Krachtens het beding zal het slachtoffer van de wanprestatie *eigenmachtig beslissen* over de ontbinding van de overeenkomst.⁷¹ In zijn sterkste vorm zal het uitdrukkelijk ontbindend beding bovendien een vrijstelling van ingebrekestelling bevatten ten voordele van de schuldeiser.⁷²

15. Al deze vormen van contractuele afwijkingen zijn in principe *geoorloofd*, aangezien art. 1184 B.W. slechts aanvullend recht is.⁷³ Krachtens de wilsautonomie vermogen partijen dus de preventieve tussenkomst van de rechter uit te schakelen, ondanks het drastische karakter van de sanctie.⁷⁴

⁶⁶ Brussel 19 februari 1986, *Rev.not.b.* 1986, 536, met noot STERCKX (en, na cassatie: Luik 9 maart 1990, *Rev.not.b.* 1990, 491); Rb. Gent 24 juni 1996, *R.W.* 1999-2000, 20.

⁶⁷ In die zin voor de lijfrente: Cass. 28 mei 1964, *Pas.* 1964, 1017, *R.W.* 1964-65, 957, *J.T.* 1964, 633, *Rev.Prat.Not.* 1965, 40, met noot J.B., *R.G.E.N.* 1965, 9.

⁶⁸ Cass. 28 mei 1964, *gecit.*; Rb. Hasselt 28 oktober 1999, *T.B.B.R.* 2000, 111. S. STJNS, *o.c.*, 1994, nr. 343.

⁶⁹ R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 8; S. STJNS, *o.c.*, 1994, nrs. 325 en 344-346; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 267.

⁷⁰ Kh. Brussel 22 november 1985, *T.B.H.* 1987, 120.

⁷¹ S. STJNS, *o.c.*, 1994, nr. 350.

⁷² S. STJNS, *o.c.*, 1994, nr. 347.

⁷³ Zie: art. 1656 B.W. en Cass. 19 april 1979, *Pas.* 1979, 981, *Arr. Cass.* 1978-79, 984, met noot, *R.W.* 1979-80, 825, *R.C.J.B.* 1981, 26, met noot BÜTZLER en COLPAERT, *T.B.H.* 1980, 440, met noot MAUSSON. Zie: R. BÜTZLER en M. COLPAERT, «La licéité de la clause résolutoire expresse dans le contrat de concession exclusive» (onder Cass. 19 april 1979), *R.C.J.B.* 1981, (26), nrs. 5 en 10; P. COPPENS en F. TKINT, «La clause résolutoire et la clause de réserve de propriété», *R.R.D.* 1979, (887), 888; H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, nrs. 882 en 894; P.H. DELVAUX, «Les clauses résolutoires expresses et les clauses aménagées à l'exception d'inexécution», in *La rédaction des conditions générales contractuelles*, Brussel, Story-Scientia, 1985, 87-110; M. FONTAINE, «La mise en oeuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive» (onder Cass. 16 januari 1986 en Bergen 21 juni 1983), *R.C.J.B.* 1991, (5), nr. 47; R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 8; F. MAUSSON, «La clause résolutoire expresse dans les contrats de concession exclusive», *T.B.H.* 1980, (440), 449-450; V. PIRSON, «Les clauses relatives à la résolution des contrats», in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, Die Keure, 2001, (93), nr. 19; S. STJNS, *o.c.*, 1994, nrs. 325 en 331; P. VAN OMMESLAGHE, «La sanction de l'inexécution», in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, (200), nr. 38.

Te noteren valt trouwens dat de buitengerechtelijke ontbinding dezelfde, in principe retroactieve, gevolgen heeft als de gerechtelijke,⁷⁵ met dat verschil dat de ontbinding uitwerking krijgt op het ogenblik dat de wederpartij kennis heeft genomen of redelijkerwijze kennis heeft kunnen nemen van de ontbindingsbeslissing.⁷⁶ Uiteraard is het de partijen toegestaan om ook bedingen te stipuleren omtrent deze aspecten van de gerechtelijke of van de buitengerechtelijke ontbinding: bedingen over de gevolgen, over de aanvullende schadevergoeding (zie verder, de schadebedingen), de restitutieverplichtingen, de vorm en de inhoud van de ingebrekestelling en/of van de kennisgeving van de ontbindingsverklaring, enz.⁷⁷

16. Hierna buigen wij ons over het uitdrukkelijk ontbindend beding in deze enge zin opgevat. Een dergelijk beding dat een buitengerechtelijke ontbindingsmogelijkheid wil organiseren, wordt steeds gekenmerkt door twee elementen: de ontbinding moet afhankelijk worden gemaakt van een *toerekenbare niet-nakoming* door een der partijen en de beslissing hierover moet volledig in handen worden gegeven van de wederpartij, die *eigenmachtig kan ontbinden* zonder voorafgaand beroep op de rechter.⁷⁸

17. Deze kenmerken maken het onderscheid duidelijk met de *eenzijdige opzeggingsbevoegdheid* die ook eigenmachtig of buitengerechtelijk wordt uitgeoefend door de opzeggingsbevoegde partij, maar die vreemd is aan een sanctie voor een toerekenbare tekortkoming van de opgezegde partij.⁷⁹ Ook de *ontbindende voorwaarde* moet nauwkeurig worden onderscheiden van het uitdrukkelijk ontbindend beding.⁸⁰ De voorwaarde krijgt immers automatisch of van rechtswege uitwerking bij de realisatie van de aangestipte gebeurtenis – zonder beslissingsbevoegdheid van partijen –, en de toekomstige en onzekere gebeurtenis mag geen verband houden met de nakoming of niet-nakoming van de opgenomen contractuele verbintenissen.⁸¹ Is een uitdrukkelijk ontbindend beding gestipuleerd in een contract, behoudt de schuldeiser zijn keuzerecht tussen de gedwongen uitvoering

⁷⁴ Hetzelfde is toegestaan op het vlak van de gedwongen uitvoering met «*vervangingsbedingen*»: de verplichte voorafgaande machtiging van de rechter (art. 1143-1144 B.W.) wordt conventioneel omzeild (P. WÉRY, *o.c.*, 1993, nrs. 204-210; P. WÉRY, «Les clauses relatives au remplacement du débiteur défaillant», in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, Die Keure, 2001, 229-248).

⁷⁵ S. STJNS, *o.c.*, 1994, nr. 357.

⁷⁶ Antwerpen 20 december 1994, *T. Not.* 1996, 179, met noot MICHIELS; Brussel 11 februari 1985, *T.B.H.* 1985, 650, met noot PARMENTIER; Kh. Charleroi 18 november 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1831. S. STJNS, *o.c.*, 1994, nr. 350.

⁷⁷ Over sommige van deze clausules, zie: V. PIRSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nrs. 30 e.v. en 35 e.v.

⁷⁸ S. STJNS, «La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en oeuvre et ses effets», in *Les obligations contractuelles*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, (375), nr. 42; *Id.*, *o.c.* 1994, nrs. 330, 339 en 342.

⁷⁹ S. STJNS, *o.c.* 1994, nrs. 353-356.

⁸⁰ S. STJNS, *o.c.* 1994, nrs. 9 en 329-330.

⁸¹ Maken dit onderscheid: Luik 24 september 1986, *Ann.Dr. Liège* 1988, 168, met noot ERNOTTE en Brussel 3 december 1992, *R.W.* 1992-93, 1342, *J.T.* 1994, 599. Maar verwarren de twee figuren: Luik 4 december 1990, *R.R.D.* 1991, 424, met noot

en de (gerechtelijke of buitengerechtelijke) ontbinding van het contract.⁸² Bovendien dient hij zelf, door kennis te geven van zijn beslissing, uitwerking te geven aan het beding.⁸³

2° Interpretatie

18. Zonder stil te staan bij de bewoordingen van het uitdrukkelijk ontbindend beding, gaan de rechters op zoek naar de *gemeenschappelijke bedoeling van partijen om bij wanprestatie de preventieve tussenkomst van de rechter uit te sluiten*. In geval van uitlegging zijn de twee genoemde kenmerken – eigenmachtige ontbindingsbevoegdheid, steeds in geval van wanprestatie – van beslissend belang voor de rechter. Hoewel destijds voorgestaan door een deel van de doctrine,⁸⁴ eist de hedendaagse rechtspraak geenszins dat de tussenkomst van de rechter *uitdrukkelijk zou worden uitgesloten*.⁸⁵ Er is hier dus geen sprake van analogie met de exoneratiebedingen waarbij bevrijding voor de persoonlijke zware fout, krachtens de restrictieve interpretatie, *expressis verbis* dient te gebeuren. De in de praktijk ingeburgerde uitdrukking dat het contract «*van rechtswege*» ontbonden zal zijn bij wanprestatie, – onjuiste uitdrukking, omdat zij ten onrechte suggereert dat het uitdrukkelijk ontbindend beding automatisch werkt bij het intreden van de wanprestatie, zoals bij een ontbindende voorwaarde⁸⁶ – wordt niet beschouwd als sacramenteel. De oudere rechtspraak vindt wel dat men met deze bewoordingen duidelijk de bedoeling aanwijst om de rechterlijke tussenkomst te omzeilen.⁸⁷

Het is nochtans voldoende dat de *bedoeling* van de partijen om een ontbindingsbevoegdheid aan een of aan elk der partijen toe te kennen, ondubbelzinnig blijkt, ongeacht de gekozen termen.⁸⁸ Is bijvoorbeeld geldig, het beding dat de verkoper de bevoegdheid heeft om de koop «nietig en zonder gevolg te verklaren» («*de réputer la vente nulle et non avenue*») bij een vertraging in het verlijden van de authentieke akte die toerekenbaar zou zijn aan de koper;⁸⁹ of het beding dat de schuldeiser zich bij wanprestatie mag terug-

trekken uit het contract («*se départir*») of zich mag beschouwen als bevrijd van zijn verbintenissen («*se considérer comme dégage de tout engagement*»).⁹⁰ Het beding dat een concessie «waardeloos wordt bij wanprestatie», wordt daarentegen ten onrechte gekwalificeerd als een uitdrukkelijk ontbindend beding.⁹¹ Ook al te soepel is de beslissing dat het beding dat het keuzerecht herhaalt voor het geval van niet-afhaling van het gekochte voertuig, een uitdrukkelijk ontbindend beding uitmaakt, omdat er hier geen eenzijdige beslissingsmacht aan de verkoper werd gegeven.⁹²

19. Men heeft in de rechtsleer steeds voorgestaan dat uitdrukkelijk ontbindende bedingen, als afwijkingen van het gemene recht, *restrictief* moeten worden geïnterpreteerd.⁹³ Als voorbeeld vermeldt men dan dat een beding dat enkel in de *mogelijkheid* van een ontbinding voorziet, uitgelegd wordt als een loutere verwijzing naar de toepasselijkheid van art. 1184 B.W. op de overeenkomst.⁹⁴ De rechterlijke uitspraken die vaststellen dat de bedoeling van partijen om het preventieve beroep op de rechter uit te sluiten, niet met zekerheid vaststaat, zodat het niet om een uitdrukkelijk ontbindend beding in de enge betekenis gaat, doen o.i. niet aan restrictieve interpretatie, maar kwalificeren het beding aan de hand van een stricte interpretatie.⁹⁵ Men kan zich afvragen of er *überhaupt* wordt geïnterpreteerd wanneer een beding bijvoorbeeld bepaalt dat de schuldeiser het recht heeft om «zowel garagekosten als de ontbinding van de overeenkomst *te vorderen*».⁹⁶

20. Ook art. 1162 B.W. wordt toegepast, maar met mondjesmaat. Bij aanhoudende twijfel zal de interpretatie geschieden ten nadele van de door de wanprestatie benadeelde schuldeiser – die de rechterlijke appreciatie heeft pogen uit te sluiten – en ten voordele van de schuldenaar, vaak ook toetreders in een toetredingscontract. Het gevolg kan erin bestaan dat de rechter zijn brede beoordelingsruimte herwint doordat partijen een beroep doen op art. 1184 B.W.⁹⁷ Maar men moet toch vaststellen dat juist bij toetredingscontracten, waarvoor art. 1162 B.W. de

LEDOUX, *J.L.M.B.* 1991, 1131; Rb. Luik 28 september 1989, *J.L.M.B.* 1990, 371; Kh. Brussel 10 augustus 1989, *T.B.H.* 1990, 708, met noot KILESTE.

⁸² Zo kan hij de gedwongen uitvoering verkiezen boven een beroep op het beding: Luik 27 november 2000, *J.T.* 2001, 736.

⁸³ S. STIJS, *o.c.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, nr. 44; S. STIJS, *o.c.* 1994, nrs. 9, 329 en 349.

⁸⁴ Zie verwijzingen bij: R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 22 en S. STIJS, *o.c.*, 1994, nr. 338. Zie nog recentelijk: V. PIRSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 26, die de uitdrukking «van rechtswege» aanbeveelt, maar verder (nr. 27) wel stelt dat die woorden niet sacramenteel zijn.

⁸⁵ Vroeger nog in die zin: Bergen 28 februari 1979, *Pas.* 1979, I, 68.

⁸⁶ S. STIJS, *o.c.*, 1994, nrs. 329 en 340.

⁸⁷ Bergen 28 februari 1979, *Pas.* 1979, I, 68; Rb. Marche-en-Famenne 7 november 1985, *R.G.E.N.* 1986, 154, met noot A.C.; Kh. Bergen 5 februari 1990, *J.T.* 1990, 473, *DAOR* 1990/15, 75. M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1991, nr. 51.

⁸⁸ Rb. Hasselt 28 oktober 1999, *T.B.B.R.* 2000, 111; V. PIRSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 25; S. STIJS, *o.c.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, nr. 42; *Id.*, *o.c.*, 1994, nr. 338.

⁸⁹ Luik 24 april 1989, *J.L.M.B.* 1990, 470, *Rev.not.b.* 1990, 169. Vergelijk: Bergen 20 oktober 1997, *T.B.H.* 1999, 496; Bergen 17 januari 1994, *R.R.D.* 1994, 196; Brussel 24 februari 1989, *J.L.M.B.* 1990, 616.

⁹⁰ Rb. Nijvel 13 december 1988, *J.L.M.B.* 1990, 1242, met noot HERINNE, *Rev.not.b.* 1991, 403. Zie ook: Luik 27 november 2000, *J.T.* 2001, 736 («*sera délié de tout engagement*»).

⁹¹ Kh. Brussel 22 november 1985, *T.B.H.* 1987, 120.

⁹² Kh. Bergen 25 januari 2000, *R.R.D.* 2000, 324.

⁹³ H. DE PAGE, *Traité*, II, 1964, nr. 898; P.H. DELVAUX, *o.c.*, in *La rédaction des conditions générales contractuelles*, 1985, 93; R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nrs. 22 en 23; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Les obligations contractuelles*, 1984, nr. 39; P. WÉRY, *o.c.*, 1993, nr. 208. Voor oudere voorbeelden: Bergen 28 februari 1979, *Pas.* 1979, 68, *Rev.not.b.* 1980, 546; Kh. Brussel 22 mei 1979, *J.T.* 1981, 10 (de rechter wijst een beding af dat was gesteld onderaan de akte in een *nota bene*).

⁹⁴ Kh. Brussel 23 mei 1979, *Ing.Cons.* 1979, 304; Kh. Gent 14 februari 1952, *R.W.* 1951-52, 1616. Zie ook: Cass. 28 mei 1964, *gecit.*

⁹⁵ In dezelfde zin: M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nrs. 256-257; V. PIRSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 25. Over het onderscheid tussen *restrictieve* en *stricte* interpretatie, zie hierna, randnrs. 48 e.v.

⁹⁶ Rb. Gent 24 juni 1996, *R.W.* 1999-2000, 20.

zwakkere schuldenaar-toetreder ter hulp zou kunnen komen, de uitdrukkelijk ontbindende bedingen preciezer en duidelijker zijn opgesteld. Twijfel is hier niet evident aanwezig.⁹⁸ Twijfel rijst wel wanneer partijen de begrippen «opzeggen», «ontbinden» en «vernietigen» verwarren of zij verschillende beëindigingswijzen van hun contract in één clause trachten te regelen, zodat de twee kenmerken van het uitdrukkelijk ontbindend beding niet terug te vinden zijn.

3° Geoorlooftheid

21. Hoewel in principe geoorloofd, worden uitdrukkelijk ontbindende bedingen door de wetgever uitgesloten, wanneer hij zich van de voorafgaande tussenkomst van de rechter wil verzekeren teneinde een zwakkere partij te beschermen.⁹⁹ Dit is het geval inzake huur (art. 1762bis B.W.) en pacht (art. 29, lid 3 Pachtwet). Opvallend is het arrest waarin het Hof van Cassatie beslist dat art. 1762bis B.W. het uitdrukkelijk ontbindend beding verbiedt ongeacht of het de wanprestatie van de huurder of de verhuurder op het oog heeft. Dergelijk beding dat in het voordeel van de huurder zou gestipuleerd zijn, valt dus evenzeer onder het verbod.¹⁰⁰

De wet op het consumentenkrediet aanvaardt slechts onder beperkende voorwaarden de geldigheid van uitdrukkelijk ontbindende bedingen (art. 29).¹⁰¹ Deze voorwaarden worden streng toegepast.¹⁰² Worden de wettelijke bepalingen inzake ingebrekestelling niet nageleefd, dan blijft het beding zonder gevolg tussen partijen.¹⁰³

22. Telkens als de wetgever op dwingende wijze bepaalde wijzen van beëindiging van een overeenkomst organiseert, zonder evenwel het algemene recht van art. 1184 B.W. uit te sluiten, rijst de vraag of uitdrukkelijk ontbindende bedingen nog toegelaten zijn. In de mate het beding afbreuk zou doen aan het ingevoerde beschermingsmechanisme, zal het uitdrukkelijk ontbindend beding ongeoorloofd zijn.¹⁰⁴ Inzake alleenverkoopconcessies van onbepaalde duur heeft het Hof van Cassatie daarentegen terecht beslist dat de wet van 27 juli 1961 het algemene recht inzake ontbinding bij wanprestatie en uitdrukkelijk ontbindende bedingen onverlet

laat. Deze wet regelt immers enkel de eenzijdige opzegging zonder foutmotief. Zij raakt niet aan het algemene recht bij wanprestatie¹⁰⁵ en al evenmin aan het regime van de gemeenschappelijke ontbindende voorwaarde.¹⁰⁶ De rechtspraak deelt deze opvatting.¹⁰⁷

23. De Handelspraktijkenwet bevat geen rechtstreeks verbod op uitdrukkelijk ontbindende bedingen. Art. 32, 9°, WHPC verzet zich enkel tegen bedingen die het de verkoper mogelijk maken om het contract eenzijdig te beëindigen, zonder schadevergoeding voor de consument. Deze bepaling bevat evenwel een uitdrukkelijk voorbehoud voor het gemeenschappelijk regime van art. 1184 B.W., dat onverkort van toepassing blijft.¹⁰⁸ Een uitdrukkelijk ontbindend beding valt dus niet onder genoemd verbod, dat enkel doelt op de eenzijdige beëindiging van een contract, zonder dat een fout van de consument wordt ingeroepen.

Art. 32, 19°, WHPC bestempelt als onrechtmatig de bedingen waarmee de consument afstand doet van elk verhaalsmiddel tegen de verkoper. Ook hier wordt het uitdrukkelijk ontbindend beding niet gevisieerd, omdat de geoorlooftheid, de kwalificatie, de interpretatie en het beroep op het beding kunnen worden onderworpen aan een rechterlijke controle, ook al vindt deze slechts *a posteriori* plaats.¹⁰⁹

Art. 32, 27°, WHPC, ingevoerd bij de wet van 7 december 1998,¹¹⁰ lijkt op het eerste gezicht gericht te zijn tegen sommige uitdrukkelijk ontbindende bedingen, omdat het verbiedt dat men «op ongepaste wijze» de wettelijke rechten van de consument ten aanzien van de verkoper in geval van wanprestatie zou uitsluiten of beperken. De vraag rijst inderdaad of sommige uitdrukkelijk ontbindende bedingen die de mogelijkheid van een buitengerechtelijke ontbinding door de koper zouden beperken tot zeer ernstige of zeer uitzonderlijke wanprestaties van de verkoper, niet verboden zijn? Maar men weet dat de koper, ook in aanwezigheid van een uitdrukkelijk ontbindend beding, steeds het recht heeft om de gerechtelijke ontbinding na te streven of zelfs de buitengerechtelijke ontbinding wegens uitzonderlijke omstandigheden. Aantonen dat het beding een «ongepaste beper-

⁹⁷ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nrs. 256-257; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nr. 334.

⁹⁸ R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nrs. 138 en 93.

⁹⁹ S. STIJNS, *o.c.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, nr. 43.

¹⁰⁰ Cass. 24 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 305, *J.L.M.B.* 1994, 765, *R.W.* 1995-96, 1451, met noot A. VAN OEVELEN, «Het toepassingsgebied van het verbod van een uitdrukkelijk ontbindend beding in huurovereenkomsten».

¹⁰¹ Voor voorbeelden, zie: Rb. Gent 6 februari 1998, *R.W.* 1998-99, 160; Rb. Brussel 9 december 1997, *T.B.H.* 1998, 542, met noot NICHOLS; Rb. Doornik 24 oktober 1995, *T. Vred.* 1997, 354; Vred. Westerlo 7 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 1375; Vred. Gent 23 oktober 1995, *T. Vred.* 1997, 364. Zie de terminologische wijzigingen in art. 29, aangebracht door de wet van 7 januari 2001 (*B.S.* 25 januari 2001), die in werking trad op 1 januari 2002.

¹⁰² Uiteraard kan de kredietgever de gerechtelijke ontbinding vorderen: Vred. Gent 18 april 2000, *A.J.T.* 2000-2001, 745.

¹⁰³ Vred. Namen 22 oktober 1996, *T. Vred.* 1997, 401; Vred. Gent 13 december 1993, *T. Vred.* 1996, 113.

¹⁰⁴ S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nr. 332. Dit is bv. het geval voor bedingen die de dringende ontslagredenen opsommen in arbeidsovereenkomsten. Zie: M. FONTAINE, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1991, nr. 49.

¹⁰⁵ Cass. 19 april 1979, *gecit.*

¹⁰⁶ Cass. 30 juni 1995, *Pas.* 1995, 724, *Arr. Cass.* 1985, 707, *R.W.* 1995-96, 829.

¹⁰⁷ Luik 4 februari 1992, *J.L.M.B.* 1993, 1082, met noot KILESTE; Gent 29 april 1988, *R.W.* 1990-91, 705, met noot DIRIX; Brussel 24 september 1986, *R.W.* 1987-88, 1436, met noot; Kh. Hasselt 19 september 2000, *R.W.* 2001-2002, 639; Kh. Brussel 22 november 1985, *T.B.H.* 1987, 120; Kh. Neufchâteau 10 december 1985, *T.B.H.* 1987, 123.

¹⁰⁸ Zie: S. STIJNS, «De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998», *T.B.H.* 2000, (148), p. 161, nr. 37.

¹⁰⁹ E. DIRIX, «De bezwarende bedingen in de HPW», *R.W.* 1991-92, p. 568, nrs. 19 en 29; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nr. 383; M. VANDERMERSCH, «Le mécanisme de la résolution à la lumière des législations récentes en matière d'obligations conventionnelles», *Ann. Dr. Louvain* 1997, (297), 315-316; A. VAN OEVELEN, «Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen», *R.W.* 1994-1995, (793), nr. 60.

¹¹⁰ *B.S.* 23 décembre 1998. Zie: S. STIJNS, *o.c.*, *T.B.H.* 2000, p. 162, nr. 39.

king» inhoudt van de rechten van de koper zal dan ook uitermate moeilijk zijn.

4^o Controle op rechtsmisbruik a posteriori?

24. Zelfs al werd bedongen dat de overeenkomst «van rechtswege» ontbonden zal zijn bij een wanprestatie, blijft een beslissing van het slachtoffer van de wanprestatie om zich te beroepen op de clausule steeds vereist,¹¹¹ omdat het uitdrukkelijk ontbindend beding het keuzerecht van de schuldeiser overeind laat.¹¹² Aangezien de ontbindingsbeslissing gericht is tot een welbepaalde persoon,¹¹³ is de kennisgeving ervan aan de debiteur noodzakelijk om uitwerking te geven aan het beding.¹¹⁴ Bovendien blijft, behoudens uitdrukkelijke vrijstelling, een voorafgaande ingebrekestelling in de regel vereist.¹¹⁵ Deze twee onderscheiden rechtshandelingen (kennisgeving en ingebrekestelling) kunnen samengaan in één *instrumentum*,¹¹⁶ zoals een aangetekende brief, waarin zowel een aanmaning tot uitvoering is opgenomen als de mededeling van de ontbindingsbeslissing indien de nakoming mocht uitblijven. Zelfs indien een clausule stelt dat het contract ontbonden zal zijn «van rechtswege en zonder ingebrekestelling», blijft de uitwerking van de ontbinding dus onderworpen aan de kennisgeving van de ontbindingsbeslissing aan de schulde-¹¹⁷

25. Welke controle mogelijkheden staan nog open voor de rechter nadat de benadeelde schuldeiser het contract heeft

¹¹¹ Cass. 31 mei 1956, *Pas.* 1956, I, 1051, met noot R.H., *J.T.* 1956, 697, *R.C.J.B.* 1956, 241, met noot KLUYSKENS, *R.W.* 1956-57, 1837, *T.B.H.* 1957, 120, *Rev.Prat.Not.* 1957, 54, met noot, *Rev.Banque* 1957, 217, met noot DE BEUS. Oordeelt ten onrechte dat geen kennisgeving is vereist: Vz. Kh. Dendermonde 7 januari 1997, *T.B.H.* 1998, 256.

¹¹² S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nrs. 349 en 361-365; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr.153.

¹¹³ «Acte juridique unilatéral réceptif»: J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, Parijs, Sirey, 1951, nrs. 179 en 181; C. PAULIN, *La clause résolutoire*, Parijs, L.G.D.J., 1996, nrs. 212 e.v.; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nr. 350.

¹¹⁴ S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nrs. 349, 329 en 350; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 267.

¹¹⁵ Een cassatiearrest van 24 maart 1995 maakt toepassing van deze regels in een koop van een onroerend goed: wanneer is bedongen dat de koop «van rechtswege» zal ontbonden zijn bij gebreke aan betaling op de datum van het verlijden van de authentieke akte, dan blijft een ingebrekestelling toch vereist. Het verstrijken van de overeengekomen termijn brengt niet van rechtswege de ontbinding mee: Cass. 24 maart 1995, *Arr. Cass.* 1995, 346, *T.Not.* 1996, 140, *T.B.B.R.* 1997, 98, met noot CREYF en *R. Cass.* 1995, 267, met noot STIJNS; R. HAYOIT DE TERMICOURT, noot onder Cass. 31 mei 1956, *Pas.* 1956, I, 1051; Kh. Charleroi 18 november 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1831.

¹¹⁶ In art. 1656 B.W. gaat de wetgever hier trouwens van uit. Zie: S. STIJNS, «De noodzaak van een ingebrekestelling voor de uitwerking van een uitdrukkelijk ontbindend beding: twijfels omtrent art. 1656 B.W.», *R. Cass.* 1995, (259), nr. 15.

¹¹⁷ S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nrs. 349-350 en 359-360. Brussel 3 januari 1990, *J.T.* 1990, 471; Rb. Gent 24 juni 1999, *R.W.* 1999-2000, 20; Rb. Luik 9 mei 1994, *T.B.B.R.* 1995, 409; Rb. Nijvel 13 december 1988, *gecit.*

¹¹⁸ S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nr. 325. Bv.: Rb. Marche-en-Famenne, 7 november 1985, *R.G.E.N.* 1986, 154, met noot A.C.

ontbonden? Op zichzelf blijft de ontbindingssanctie ongewijzigd,¹¹⁸ maar de ontbindingsbeslissing ligt nu in handen van de schuldeiser. De tussenkomst van de rechter verandert daarentegen en wordt slechts eventueel en steeds *a posteriori*.¹¹⁹ Volgens een vaste rechtspraak en rechtsleer zou de rechter hier enkel de «formele legaliteit» nagaan van de ontbinding: hij kan de geoorloofdheid van het beding nagaan, de vereniging van de toepassingsvoorwaarden en, desgevallend, de gevolgen van het beding.¹²⁰ Roept de schuldeiser de ontbinding in, hoewel niet voldaan is aan een van de toepassingsvoorwaarden, kan de rechter o.i. vaststellen dat de ontbindingsbeslissing ondeugdelijk of onwerkzaam was.¹²¹ De schuldeiser die handelt buiten de voorwaarden van zijn contractuele bevoegdheid om eenzijdig te ontbinden, handelt immers zonder beslissingsbevoegdheid.¹²² De rechter kan dan zijn gemeenrechtelijke appreciatiebevoegdheden hernemen op vordering van een van de partijen. In de meerderheid van de gevallen wordt evenwel slechts een schadevergoeding toegekend aan de schuldenaar, die zelf niet het herstel van de ten onrechte ontbonden overeenkomst vordert.¹²³

26. Volgens de klassieke doctrine verliest de rechter derhalve zowel zijn *uitstelbevoegdheid* als zijn *matigingsbevoegdheid*.¹²⁴ Deze matigingsbevoegdheid zou het de rechter mogelijk maken om de ernst van de verweten tekortkomingen te toetsen en de opportuniteit van de eenzijdig besliste ontbindingssanctie. Anders gezegd, volgens de klassieke auteurs beoordeelt de rechter achteraf enkel *de realiteit* van de tekortkomingen, *niet meer de ernst ervan*.^{125 126}

Een controle *a posteriori* waarbij de rechter op grond van art. 1134, derde lid, B.W. zijn matigingsbevoegdheid zou kunnen uitoefenen, lijkt ons nochtans niet te kunnen worden

¹¹⁹ S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nrs. 326 en 366 e.v.

¹²⁰ Luik 24 april 1989, *J.L.M.B.* 1990, 470, *Rev.not.b.* 1990, 169; Luik 6 december 1985, *R.R.D.* 1987, 11, met noot BOURMANNE; Kh. Brussel 22 november 1985, *T.B.H.* 1987, 120. S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nrs. 368-369; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, III, Les obligations. Les effets du contrat*, door J. GHESTIN en M. BILLIAU, Parijs, LGDJ, 1992, nrs. 441-442.

¹²¹ Zie bv.: Brussel, 24 februari 1989, *J.L.M.B.* 1990, 616.

¹²² S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nrs. 371-372. Zie ook bij een consumentkrediet: Vred. Gent 13 december 1993, *T. Vred.* 1996, 113. *Adde* recentelijk: V. PIRSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 39; L. CORNELIS, *o.c.*, 2000, nr. 599, voor wie een uitdrukkelijk ontbindend beding evenwel een ontbindende voorwaarde uitmaakt.

¹²³ Zo bv. wanneer een kredietverlener een krediet stopzet zonder ingebrekestelling en zonder aanduiding van de verweten wanprestatie, die bovendien uitzonderlijk en miniem was: Rb. Brussel, 6 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1998, 602. Zie verder.

¹²⁴ Luik 24 april 1989, *gecit.* Zie de verwijzingen bij S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nr. 368.

¹²⁵ Luik 4 februari 1992, *J.L.M.B.* 1993, 1082, met noot KILESTE; Rb. Marche-en-Famenne 22 oktober 1987, *T.B.B.R.* 1988, 490; Kh. Brussel 22 november 1985, *gecit.*; Rb. Marche-en-Famenne 7 november 1985, *R.G.E.N.* 1986, 154, met noot A.C.

¹²⁶ Nog recentelijk in deze zin: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 598; V. PIRSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nrs. 24 en 39.

¹²⁷ S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nrs. 352 en 373-379; *Id.*, *o.c.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, nr. 46.

uitgesloten. De buitengerechtelijke ontbinding door een schuldeiser is immers een *partijbeslissing*.¹²⁷ De redelijkheid en de billijkheid van een dergelijke partijbeslissing kan achteraf door de rechter worden getoetst in het raam van het verbod op rechtsmisbruik.¹²⁸ Zo kan een ontbindingsbeslissing abusievelijk worden bevonden wanneer de verweten tekortkoming miniem is of wanneer de schuldenaar een redelijk aanbod deed tot remediering en de schuldeiser dit naast zich heeft neergelegd zonder redelijk motief. Deze opvatting wordt met succes verdedigd in het Franse recht.¹²⁹ Bij ons werd deze marginale, *a posteriori* redelijkheidstoets reeds herhaaldelijk verdedigd,¹³⁰ maar de rechtspraak aarzelt om van deze mogelijke controle gebruik te maken.¹³¹ Dit is moeilijk te begrijpen. Het gaat hier immers om een

¹²⁸ In kort geding kan de Voorzitter beslissen tot de schorsing van een ontbindingsbeslissing die door de schuldeiser genomen zou zijn op een kennelijk onregelmatige of abusieve wijze (Brussel 2 februari 1988, *T.B.H.* 1990, 671, met noot KILESTE). Over de vraag of de rechter een contract terug in voege kan stellen nadat het eenzijdig en *ad nutum* werd opgezegd of eenzijdig ontbonden wegens wanprestatie, zie: F. GLANSORFF en C. DALCO, «Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée», in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 71-89; S. STIJNS, «De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kortgeding-) rechter», *T.B.H.* 1996, 100-168.

¹²⁹ «Le juge de la bonne foi contractuelle retrouve ainsi, dans la modération de la clause résolutoire, un pouvoir d'appréciation morale qui ne diffère guère au fond, de celui qu'il exerce dans l'application de l'article 1184»: P. RÉMY, «Vente à rente viagère: la clause résolutoire doit être invoquée de bonne foi par le vendeur», *R.T.D.Civ.* 1988, p. 148, nr. 1. Zie verder: B. BOCCARA, noot (onder Cass.fr. 16 december 1987), *J.C.P.* 1989.II.21184; J. GHESTIN, *Traité*, III, 1992, nr. 446; C. JAMIN, noot (onder Cass.fr. 31 januari 1995), D. 1995, 389; C. JAMIN, o.c., in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 34; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Parijs, LGDJ, 2000, nr. 654; D. MAZEAUD, noot (onder Cass.comm. 14 januari 1997), *Deffr.* 1997, 745; J. MESTRE, noot (onder Cass.comm. 14 januari 1997), *R.T.D.Civ.* 1997, 427; *Id.*, «Le juge et les conditions de la résolution», *R.T.D.Civ.* 1987, 314; F. OSMAN, «Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en oeuvre de la clause résolutoire de plein droit», *Deffr.* 1993, (65), nr. 13-21; Y. PICOD, «La clause résolutoire et la règle morale», *J.C.P.* 1990.I.3447; Y. PICOD, noot (onder Cass.fr. 8 april 1987), *J.C.P.* 1988.2.21037. Maar *contra*: C. PAULIN, *La clause résolutoire*, Parijs, LGDJ, 1996, nrs. 281-282 en 226-230, die enkel een controle op rechtsmisbruik aanvaardt bij bevoegdheidsafwijking, maar die geen controle wil over de opportuniteit van de ontbindingsbeslissing.

¹³⁰ M. COIPEL, o.c., 1999, nrs. 237 en 258; E. DIRIX, «De bezwarende bedingen in de HPW», *R.W.* 1991-92, p. 571, nr. 29; R. KRUTHOF, o.c., *T.P.R.* 1984, nrs. 46 en 50; V. PIRSON, o.c., in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 40; S. STIJNS, o.c., 1994, nrs. 352 en 373-379; *Id.*, o.c., in *Les obligations contractuelles*, 2000, nr. 46; *Id.*, o.c., in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 50; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 154; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 276; A. VAN OEVELEN, o.c., in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 268; vgl.: P. VAN OMMESLAGHE, «Examen», *R.C.J.B.* 1986, 87. *Contra*: P. COPPENS en F. TKINT, «Examen de jurisprudence (1984-90). Les faillites, les concordats et les privilèges», *R.C.J.B.* 1991, nr. 111, p. 520; L. CORNELIS, o.c., nr. 598.

¹³¹ Brussel 4 maart 1992, *J.T.* 1992, 699; Rb. Brussel 6 maart 1997, *J.L.M.B.* 1998, 602; Rb. Gent 6 februari 1998, *R.W.* 1998-99, 160, met goedkeurende commentaar bij: A. VAN OEVELEN, o.c., in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 268.

geschikt instrument om na te gaan of de ontbindingssanctie niet onevenredig zwaar weegt in verhouding tot de verweten wanprestatie.¹³² Bovendien voert de rechter eigenlijk *a posteriori* en op vordering van de schuldenaar de marginale redelijkheidstoetsing door die hij bij de gerechtelijke ontbinding preventief moet uitoefenen.¹³³

C. De schade- en strafbedingen

1° Begripsbepaling en kwalificatie

27. Tot vóór de wet van 23 november 1998 tot wijziging van de artikelen in het B.W. aangaande strafbeding en moratoire interest,¹³⁴ konden partijen krachtens art. 1152 B.W. overeenkomen dat, bij niet-nakoming, de in gebreke blijvende partij als schadevergoeding een bepaalde som moest betalen, wat tot resultaat had dat «aan de andere partij geen grotere noch kleinere som (kon) worden toegekend». De nieuwe wet heeft dit artikel opgeheven en heeft in art. 1226 B.W. de oude definitie (van het schadebeding) vervangen door een nieuwe (van het strafbeding). Is voortaan een strafbeding «een beding waarbij een persoon zich voor het geval van niet-uitvoering van de overeenkomst

¹³² S. STIJNS, o.c., 1994, nr. 374. In dezelfde zin van een proportionaliteitscontrole: C. JAMIN, o.c., in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 34, p. 507.

¹³³ S. STIJNS, o.c., 1994, nr. 379 en over de voordelen: nrs. 373-374.

¹³⁴ Wet 23 november 1998 tot wijziging, wat het strafbeding en de moratoire interest betreft, van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 13 januari 1999, 901, in werking getreden op 23 januari 1999.

¹³⁵ De overzichtsbijdragen over de nieuwe wet zijn: C. BIQUET-MATHIEU, «La loi du 23 novembre 1998 et le nouveau régime des clauses pénales», *J.T.* 1999, 709-716; *Id.*, «Aspects de la réparation du dommage en matière contractuelle», in *Les obligations contractuelles*, 2000, 494-523; M. COIPEL, o.c., 1999, 195-205; L. CORNELIS, «Lief zijn voor het verbintenissenrecht (over het virtuele strafbeding)», *T.B.H.* 2000, 5-22; *Id.*, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 603-638; C. DELFORGE, «Entre prudence et audace... Réflexions sur la récente modification des dispositions du Code civil relatives à la clause pénale et aux intérêts moratoires», *Rev.not. b.* 1999, 594-624; I. DEMUYNCK, «De nieuwe wet op de strafbedingen: het matigingsrecht gelegaliseerd», *R.W.* 1999-2000, 105-111; J.H. HERBOTS, «De nieuwe wet op de schadebedingen: het zogenaamde strafbeding», *Verbintenissenrecht. Themis Cahier 5*, Brugge, Die Keure, 2001, 39-53; I. MOREAU-MARGRÈVE, «Variations sur un thème récurrent: la clause pénale», in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 191-219; H. SCHELHAAS, «Het boetebeding in Nederland en België», in J. SMITS en S. STIJNS (red.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 295-325; A. VAN OEVELEN, o.c., in *Overeenkomstenrecht*, 2000, 183-191; P. WÉRY, «La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code Civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires: fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes», *T.B.B.R.* 1999, 222-238; *Id.*, «Les pouvoirs du juge dans la nouvelle loi relative aux clauses pénales», *J.T.* 2000, 615-617; *Id.*, «La clause pénale», in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, 249-324; B. WYLLEMAN, «Nieuwe wetgeving inzake strafbedingen en moratoire interest», *A.J.T.* 1998-1999, 701-708.

¹³⁶ Over clausules die van schadebedingen onderscheiden moeten worden, zie: P. WÉRY, o.c., in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nrs. 14-19. Zo bv. prijsverminderingclausules bij mindere kwaliteit: Cass. 3 oktober 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 145.

verbindt tot betaling van een forfaitaire vergoeding van de schade die kan worden geleden ten gevolge van de niet-uitvoering van de overeenkomst».^{135 136}

28. Een schadebeding kan tegelijkertijd twee functies vervullen, namelijk een *vergoedende* en een *zgn. punitieve of coërcitieve*.¹³⁷ Zijn vergoedende functie komt beide partijen ten goede: *op voorhand* komen zij op een *forfaitaire* wijze een schadevergoeding overeen voor het geval van een wanprestatie (zie art. 1229 (oud) B.W.), zodat nadien geen betwisting ontstaat over het bestaan en de omvang van de schade. Door de inlassing van een dergelijk beding zal de benadeelde schuldeiser immers niet moeten bewijzen dat hij werkelijk schade heeft geleden.¹³⁸ De dwangfunctie van het (te hoog gestelde) schadebeding komt enkel de benadeelde schuldeiser ten goede die hiermee beschikt over een drukingsmiddel om zijn debiteur tot stipte nakoming van zijn verbintenissen aan te zetten (zie art. 1226 (oud) B.W.).¹³⁹

In ons recht heeft men ondanks de herhaalde kritieken¹⁴⁰ en in tegenstelling tot andere continentale stelsels,¹⁴¹ enkel het vergoedende karakter aanvaard. Dit is duidelijk gebleken uit de vaste cassatierechtspraak die zich sinds 1970 heeft ontwikkeld.¹⁴² Ook in de nieuwe wet koos de wetgever voor het noodzakelijk schadevergoedend karakter van «strafbedingen».¹⁴³ Deze keuze lokte weerom kritiek uit.¹⁴⁴ Nochtans was het de bedoeling van de indiener van het wetsvoorstel dat het schadebeding, naast haar vergoedende functie, ook de rol kreeg van een «redelijk drukingsmiddel».¹⁴⁵ Uit art. 1226 (nieuw) B.W. blijkt duidelijk dat

¹³⁷ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 296; L. CORNELIS, *o.c.*, *T.B.H.* 2000, nr. 6; J.H. HERBOTS, *o.c.*, *Themis Cahier* 5, 2001, nr. 1.

¹³⁸ Cass. 3 februari 1995, *Arr. Cass.* 1995, 130, *R.W.* 1995-96, 226.

¹³⁹ Met de dwangsom aanvaardt men inmiddels de mogelijkheid om de debiteur onder druk te zetten om *in natura* na te komen: P. VAN OMMESLAGHE, «Examen», *R.C.J.B.* 1986, nr. 112.

¹⁴⁰ I. MOREAU-MARGRÈVE, «Une institution en crise: la clause pénale» (onder Cass. 17 april 1970), *R.C.J.B.* 1972, 459 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, «Examen», *R.C.J.B.* 1975, 534 en *R.C.J.B.* 1986, 229; J. VAN RYN, «Nature et fonction de la clause pénale selon le Code civil», *J.T.* 1980, 557.

¹⁴¹ Zie bv. art. 6: 91 en 94 Nederlands B.W. en H. SCHELHAAS, «Waarheen met het boetebeding in Europa? Een analyse van het Engelse, Schotse, Belgische en Nederlandse recht en de Principles of European Contract Law», *T.P.R.* 2000, 1371-1434.

¹⁴² S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 134.

¹⁴³ P. WÉRY, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 7; *Id.*, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1999, nr. 2; B. WYLLEMAN, *o.c.*, *A.J.T.* 1998-1999, nrs. 1-4.

¹⁴⁴ L. CORNELIS, *o.c.*, *T.B.H.* 2000, nrs. 23-24; B. WYLLEMAN, *o.c.*, *A.J.T.* 1998-99, nr. 4.

¹⁴⁵ I. DEMUYNCK, *o.c.*, *R.W.* 1999-2000, nr. 3. Zie: Toelichting bij wetsvoorstel L. Willems, *Parl. Str.*, Kamer, 1997-98, nr. 1373/1, p. 3.

¹⁴⁶ Het is trouwens jammer en verwarrend dat de wetgever in de definitie koos voor het begrip «strafbeding», terwijl de term «schadebeding» correcter is, zeker gelet op de zuiver vergoedende functie. De term «strafbeding» zou enkel gehanteerd mogen worden voor schadebedingen die ongeoorloofd zijn. In dezelfde zin: A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 247; P. WÉRY, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 7.

uiteindelijk enkel een vergoedende rol is weggelegd voor het schadebeding.¹⁴⁶

29. Het bestaan van een geoorloofd strafbeding doet geen afbreuk aan andere gemeenrechtelijke regelen inzake contractuele aansprakelijkheid. Het schadebeding is een contractuele sanctie en onderstelt dus een wanprestatie van de debiteur.¹⁴⁷ Het laat het keuzerecht van art. 1184 B.W. evenwel volledig overeind. Zo kan de schuldeiser de gedwongen nakoming *in natura* verkiezen boven de uitvoering bij equivalent. De schuldeiser moet de debiteur in beginsel in gebreke stellen, maar vaak is het schadebeding «van rechtswege» of «zonder ingebrekestelling» verschuldigd. Stelt hij het schadebeding in werking, dan moet de schuldeiser een toerekenbare tekortkoming van de debiteur kunnen bewijzen, met die nuance dat een tekortkoming aan een resultaatsverbintenis een vermoeden van fout op de schuldenaar doet rusten.¹⁴⁸

30. Is iedere, in een contract forfaitair bedongen (schade-) vergoeding een schadebeding? Terecht antwoordt het Hof van Cassatie hierop ontkennend aangaande «opzegbedingen» of *clauses de dédit*.¹⁴⁹ Deze vorm van beëindigingsbedingen geeft aan een partij de bevoegdheid om de overeenkomst voortijdig en eenzijdig op te zeggen – los van enige wanprestatie – mits aan de andere partij een forfaitair

¹⁴⁷ Cass. 8 december 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 427; H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, nr. 124.

¹⁴⁸ Het recente arrest van het Hof van Cassatie van 23 februari 2001 (*niet gepubl.*, AR nr. 98.0447.N.) maakt o.i. toepassing van deze laatste regel. Het betwiste schadebeding stipuleerde: «indien de werken niet uiterlijk op 31 maart 1986 opgeleverd zouden zijn het betaalde bedrag van 212.000 fr. van rechtswege en zonder ingebrekestelling zou moeten worden terugbetaald aan de bouwheer ten titel van schadevergoeding». Het Hof overwoog in verband met de betekenis van de woorden «van rechtswege»: «wanneer een sanctie «van rechtswege» is bedongen wegens de vertraging in de uitvoering van de overeenkomst, de contractuele schuldeiser niet het bewijs dient te leveren van het feit dat die vertraging een gevolg is van de wanprestatie van de schuldenaar». Deze uitspraak lijkt ons logisch, omdat het feit van de vertraging in de uitvoering de schending uitmaakt van een resultaatsverbintenis, zodat de schuldeiser in dit geval geen bewijs dient te leveren van het foutief karakter van die vertraging; de bewijslast van het ontoerekenbaar karakter van de vertraging rust op de debiteur. Dit arrest bevestigt de bewijslastverdeling bij een resultaatsverbintenis, zoals de verbintenis om binnen een bepaalde termijn te presteren.

Wij delen dan ook niet de mening van Wéry die in dit arrest een principiebeslissing ziet aangaande de betekenis van de uitdrukking «van rechtswege» in alle contractuele sancties (-, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 23). Het arrest beslist immers duidelijk over de situatie waarin «een sanctie 'van rechtswege' is bedongen wegens de vertraging in de uitvoering van de overeenkomst» (wij cursiveren), wat de genoemde, belangrijke beperking inhoudt.

¹⁴⁹ Zie ook de bijzonder daaraan gewijde artikelen 32, 24° en 25°, WHPC, ingevoegd bij de wet van 7 december 1998, en die verschillen van de art. 32, 21° en 15° WHPC aangaande schadebedingen.

¹⁵⁰ Deze vorm van opzegbedingen die gepaard gaan met de bepaling van een opzegvergoeding vindt men vaak in contracten van bepaalde duur, omdat die buiten de wet en de wil der partijen om, niet eenzijdig opzegbaar zijn. Ook in een contract van onbepaalde duur kan het eenzijdig opzeggingsrecht onderworpen worden aan de voorwaarde van een opzegvergoeding, op voorwaarde evenwel dat hiermee het recht om zich uit zo'n contract te bevrijden niet wordt uitgehouden.

bedrag – een (opzeg-) vergoeding – wordt betaald.¹⁵⁰ Deze bedingen vergoeden geenszins de schadelijke gevolgen van een wanprestatie, zo onderlijnt het Hof van Cassatie, maar bepalen de tegenprestatie voor het recht van voortijdige beëindiging van de overeenkomst.¹⁵¹ De voortijdige beëindiging komt neer op de uitoefening van een contractueel toegekend recht, en maakt geen wanprestatie uit waarvoor een schadebeding zou bedongen zijn¹⁵² (zie nog hierna, randnr. 43).

2° Interpretatie

31. Schadebedingen worden krachtens art. 1162 B.W. bij aanhoudende twijfel tegen de schuldeiser geïnterpreteerd en in het voordeel van de tekortkomende debiteur. Men zal bij uitlegging ook een beroep doen op de *restrictieve* interpretatie, omdat een schadebeding van het gemene recht afwijkt. Het gaat in feite om een *stricte* interpretatie, daar men gewoon beoogt het toepassingsgebied van het beding niet uit te breiden.¹⁵³ De rechtspraak is niet bepaald overvloedig,¹⁵⁴ wellicht omdat men de overdreven schadebedingen via een radicalere techniek aanpakte, de nietigverklaring.

3° Geoorloofdheid

32. In beginsel zijn schadebedingen geoorloofd. In de praktijk hadden zij nochtans vaak een manifest straf- of boetekarakter, omdat de gestipuleerde som exorbitant hoog werd vastgesteld door de sterkere partij. In die gevallen kreeg het schadebeding het karakter van een private straf. Bovendien had de schuldeiser zelfs voordeel bij de niet-nakoming van de verbintenissen door zijn debiteur. Men weet dat het Hof van Cassatie hieraan een einde heeft willen maken door een sanctieregeling voor overdreven schadebedingen te aanvaarden. In een mijlpaalarrest van 17 april 1970 oordeelde het Hof dat een schadebeding in strijd is met de openbare orde (art. 6 en 1131 B.W.) wanneer de feitenrechter heeft kunnen oordelen dat de bedongen som «geen vergoeding van schade kan zijn» – of m.a.w. een private straf uitmaakt – of dat de schuldeiser op de wanprestatie

¹⁵¹ Cass. 22 oktober 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1318, *T.B.H.* 2000, 181, *T.B.B.R.* 2001, 552, *J.L.M.B.* 2000, 476, *R.C.J.B.* 2001, 103, met noot MOREAU-MARGRÈVE; Cass. 6 december 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1169, *R.W.* 1998-99, 680, *A.J.T.* 1997-98, 102, met noot PASCARIELLO; Cass. 8 december 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 427.

¹⁵² Volgen de cassatierechtspraak: Brussel 11 september 1985, *R.G.E.N.* 1987, nr. 23429, *Rev.not.b.* 1988, 104; Brussel 22 mei 1986, *T.B.H.* 1988, 192, met noot C.S.; Brussel 2 oktober 1991, *T.B.H.* 1992, 267 (maar met een voorbehoud voor de gevallen van strijdigheid met de openbare orde en voor rechtsmisbruik); Kh. Brussel 18 februari 1988, *T.B.H.* 1988, 733, met noot; Rb. Charleroi 15 september 2000, *J.L.M.B.* 2001, 1112, met noot WÉRY.

¹⁵³ Een schadebeding voor een vervangende schadevergoeding kan niet analogisch worden toegepast als aanvullende schadevergoeding bij een ontbinding: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, nrs. 117 en 121bis; R. KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 24.

¹⁵⁴ Recent bv.: Kh. Luik 22 december 1999, *R.R.D.* 2001, 39.

¹⁵⁵ Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754, met conclusie van advocaat-generaal E. KRINGS, *R.C.J.B.* 1972, 454, met noot MOREAU-MARGRÈVE, *J.T.* 1970, 545, *R.C.J.B.* 1972, 454, met noot MOREAU-MARGRÈVE, *B.R.H.* 1970, 702, noot DEBACKER en *Rev. not. b.* 1972, 217. Zie bv. ook: Cass. 24 november 1972, *Arr. Cass.* 1973, 302, *R.W.* 1973-74, 2427 en *R.C.J.B.* 1973, 307, met noot

van zijn wederpartij speculeert, m.n. wanneer de wanprestatie meer voordeel oplevert aan de schuldeiser dan de nakoming door zijn debiteur.¹⁵⁵ Wymeersch kon destijds terecht schrijven: «strafbedingen zijn verboden, schadebedingen niet».¹⁵⁷

Een schadebeding werd dus getoetst aan het *criterium van de potentiële schade*: het mag slechts een forfaitaire vergoeding zijn van de schade die de schuldeiser kan lijden ten gevolge van het niet nakomen van de verbintenissen.¹⁵⁸ Om te weten of een beding een geoorloofd schadebeding was, diende de feitenrechter derhalve na te gaan of de erin bepaalde som op het ogenblik van de contractsluiting redelijkerwijze door partijen kon worden geacht te verwijzen naar de bij niet-nakoming te verwachten schade.¹⁵⁹ Was het schadebeding kennelijk overdreven en bezorgde het de schuldeiser een grotere winst dan de normale uitvoering van het contract, dan vormde het een private straf¹⁶⁰ die, op grond van art. 6, 1131 en 1133 B.W., in zijn geheel de sanctie van de absolute nietigheid tot gevolg diende te hebben.¹⁶¹ Dit was althans de meerderheidsopvatting, terwijl Van Gerven voorstander was van een partiële nietigheid, wat neerkwam op de matiging tot een redelijk bedrag.¹⁶²

33. Met de wet van 23 november 1998 bevestigt de wetgever in grote mate de beschreven jurisprudentiële sanctieregeling, op de nietigheidssanctie na, die wordt vervangen door matiging. Contractuele afwijkingen van de nieuwe bepalingen van art. 1231 B.W. worden bovendien voor niet geschreven gehouden (art. 1231, § 3 B.W.). Krachtens het nieuwe art. 1231, § 1, B.W. kan de rechter voortaan «ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar, de straf die bestaat in het betalen van een bepaalde geldsom verminderen, wanneer die som kennelijk het bedrag te boven

MOREAU-MARGRÈVE; Cass. 8 februari 1974, *Arr. Cass.* 1974, 624, *R.W.* 1973-74, 2429, met noot WYMEERSCH; Cass. 28 november 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 282, *J.L.M.B.* 1992, 290.

¹⁵⁶ In dit arrest leest men eigenlijk twee redenen van strijdigheid van een overdreven schadebeding met de openbare orde: de private bestraffing door meer dan een vergoeding voor schade te eisen, maar ook de onrechtmatige speculatie van de schuldeiser op de wanprestatie van de debiteur wanneer hij meer belang heeft bij de wanprestatie dan bij de nakoming van de verbintenissen. De tweede reden werd in de latere arresten meestal niet hernomen. Zie: R. KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 1984, nr. 40; B. WYLLEMAN, o.c., *A.J.T.* 1998-1999, nr. 2.

¹⁵⁷ «Strafbedingen zijn verboden, schadebedingen niet» (onder Cass. 8 februari 1974), *R.W.* 1973-74, 2432.

¹⁵⁸ Cass. 21 november 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 404, *R.W.* 1986-87, 2872, *J.T.* 1986, 394; Cass. 2 december 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 398, *R.W.* 1984-85, 1246.

¹⁵⁹ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, o.c., 2001, 120; A. VAN OEVELEN, o.c., in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 247.

¹⁶⁰ Private bestraffing wordt geacht tegen de openbare orde te zijn: E. WYMEERSCH, «De betwistingen rond het strafbeding: een stand van zaken», *T.B.H.* 1982, (428), nr. 4. *Contra*: I. MOREAU-MARGRÈVE, «Une institution en crise: la clause pénale» (onder Cass. 17 april 1970), *R.C.J.B.* 1972, 494 e.v.

¹⁶¹ M. COIPEL, o.c., 1999, nr. 297; J.H. HERBOTS, o.c., *Themis Cahier 5*, 2001, nr. 5; R. KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 1984, nrs. 6, 40 en 43; B. WYLLEMAN, o.c., *A.J.T.* 1998-1999, nrs. 2 en 8.

¹⁶² «Matiging van verhogingsbedingen», *R.W.* 1976-77, 1379 e.v. Sommige rechtspraak volgde hem daarin: P. WÉRY, o.c., in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 47.

gaat dat de partijen konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden». Om het overdreven karakter van het strafbeding te beoordelen, wordt ook onder de nieuwe wet een beroep gedaan op het criterium van de potentiële schade zoals die op het ogenblik van de contractsluiting kon worden voorzien.¹⁶³

34. Gaat het vastgestelde bedrag de potentiële schade manifest te boven, dan mag het door de rechter worden gematigd. Deze *matigingsbevoegdheid* is geen volledige nieuwkomer, omdat een deel van de lagere rechtspraak het ongeoorloofde strafbeding op verzoek van de schuldeiser matigde i.p.v. het nietig te verklaren.¹⁶⁴ Nieuw element in de sanctieregeling is dat de matiging een *ondergrens*, de werkelijke schade, kent: «In geval van herziening kan de rechter de schuldenaar niet veroordelen tot een kleinere geldsom dan bij gebrek aan strafbeding verschuldigd zou zijn geweest» (art. 1231, § 1, laatste lid, B.W.). Met Wéry, lijkt het ons niet de bedoeling te zijn van de nieuwe wet om de rechter te verplichten een overdreven strafbeding te herleiden tot de werkelijk geleden schade. Integendeel, hij vermindert het beding in de regel totdat het zijn zuiver schadevergoedend karakter herwint in het licht van de voorzienbare potentiële schade. Zo behoudt het voortaan geldig schadebeding ook zijn forfaitair karakter.¹⁶⁵ Was de potentiële schade evenwel geringer dan de thans door de schuldeiser werkelijk geleden schade, dan garandeert de ondergrens aan de benadeelde schuldeiser een vergoeding van zijn werkelijk geleden schade. De schuldeiser zal dus zijn werkelijk geleden schade moeten bewijzen om op deze ondergrens aanspraak te kunnen maken.¹⁶⁶

35. Gaat de opgelegde marginale toetsing, in vergelijking met vroeger, een grotere terughoudendheid van de rechter in de hand werken? Wij zijn hier niet van overtuigd, omdat de ingebouwde nuance miniem is.¹⁶⁷ Vroeger diende de rechter vast te stellen dat de bedongen vergoeding geen vergoeding van de potentiële schade, ingeschat bij de contractsluiting, kon zijn, terwijl hij nu moet kunnen overwegen dat geen

enkel redelijke persoon de vergoeding van de potentiële schade zo hoog zou stellen op het ogenblik de contractsluiting. Zowel onder de oude rechtspraak¹⁶⁸ als in de nieuwe sanctieregeling van overdreven schadebedingen lijkt het ons vooral te gaan om een (voor schadebedingen verbijzonderde) marginale evenredigheidscontrole.¹⁶⁹ De thans uitdrukkelijk ingevoerde marginale controle bevestigt alleen de omzichtigheid waarmee de rechter zijn oordeel moet vormen: het is immers moeilijk om de potentiële schade te becijferen – zowel voor partijen bij de contractsluiting als voor de rechter *a posteriori* – zodat de rechter, vroeger en nu, enkel kan ingrijpen indien het beding *duidelijk* voor meer staat dan schade uit wanprestatie.¹⁷⁰

36. De *werkelijk geleden schade* wordt niet volledig uit de redenering van de rechter uitgesloten. Allereerst geldt dit, zoals gezegd, als wettelijke verplichte ondergrens aan de matiging (art. 1231, § 1, laatste lid B.W.). Voorts mag de rechter, zoals in het verleden, bij het bepalen van de potentiële schade, elementen van de werkelijke schade in aanmerking nemen.¹⁷¹ Ten slotte is het eenieder opgevallen dat bij de beoordeling van *conventionele moratoire interesten* – schadebeding voor de vertraging in de betaling van een geldsom – het nieuwe vijfde lid van art. 1153 B.W. de rechter doet kijken naar de werkelijk geleden en niet naar de potentiële schade. Het bepaalt immers dat «de rechter, ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar, de interest die werd bedongen als schadevergoeding wegens vertraging in de uitvoering (kan) verminderen, indien de bedongen interest kennelijk de ten gevolge van de vertraging geleden schade te boven gaat». Verfijning of verschrijving? De commentatoren zijn verdeeld, maar een meerderheid ziet hierin een vergissing van de wetgever.¹⁷² Want voor het

¹⁶³ I. DEMUYNCK, o.c., *R.W.* 1999-2000, nr. 5; A. VAN OEVELEN, o.c., in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 247; P. WÉRY, o.c., in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 51 en *T.B.B.R.* 1999, 231; B. WYLLEMAN, o.c., *A.J.T.* 1998-1999, nr. 4.

¹⁶⁴ I. DEMUYNCK, o.c., *R.W.* 1999-2000, nr. 8; A. VAN OEVELEN, o.c., in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 248; P. WÉRY, o.c., in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 47; B. WYLLEMAN, o.c., *A.J.T.* 1998-1999, nr. 8.

¹⁶⁵ P. WÉRY, o.c., in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 52; J.H. HERBOTS, o.c., *Themis Cahier 5*, 2001, nr. 26. In de andere zin, namelijk dat steeds tot de werkelijke schade dient herleid te worden: I. DEMUYNCK, o.c., *R.W.* 1999-2000, nrs. 12-13.

¹⁶⁶ A. VAN OEVELEN, o.c., in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 248; B. WYLLEMAN, o.c., *A.J.T.* 1998-1999, nr. 9. Deze mogelijkheid om zijn schade vergoed te zien door het bewijs van zijn werkelijk geleden schade, gold ook als subsidiaire mogelijkheid onder de oude jurisprudentiële regels. Het wetsvoorstel van 19 oktober 2001 tot wijziging van de bepalingen over het schadebeding (*Parl. St.*, Kamer, 2001-02, nr. 1457/001, p. 7), dat die ondergrens wil afschaffen, ziet over het hoofd dat de schuldeiser die een ongeoorloofd schadebeding stipuleerde, steeds het recht heeft gehad om, als hij dat bewijst, zijn werkelijk geleden schade vergoed te zien volgens de regels van aanvullend aansprakelijkheidsrecht.

¹⁶⁷ Anders: I. DEMUYNCK, o.c., *R.W.* 1999-2000, nrs. 9-10.

¹⁶⁸ Zie: Cass. 24 november 1972, *gecit.*: de feitenrechter heeft het schadebeding kunnen vernietigen «wegens haar enormiteit», dit is omdat zij de eisers *een winst bezorgt buiten elke verhouding met de schade welke de niet-uitvoering van het contract berokkenen* en derhalve geen vergoeding van de schade kan betekenen» (wij cursiveren); Cass. 28 november 1991, *gecit.*: de feitenrechter heeft het schadebeding kunnen vernietigen op grond van de vaststellingen dat «die bedingen van die aard zijn dat zij de schuldeiser (...) een voordeel verschaffen dat niet in verhouding is tot de schade die uit de niet-uitvoering van de overeenkomst kan voortvloeien (...)».

¹⁶⁹ Zie ook hierna, de bewoordingen van art. 32, 21°, WHPC die zich bewust inspireerden op de cassatierechtspraak sinds 1970 en deze moesten bevestigen.

¹⁷⁰ In deze zin ook: P. WÉRY, o.c., in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 13 en *T.B.B.R.* 1999, 231 («à l'évidence»); B. WYLLEMAN, o.c., *A.J.T.* 1998-1999, nr. 9. In die zin voor de oude sanctieregeling: M. COIPEL, o.c., 1999, nr. 297 en 305 («de façon indiscutable»).

¹⁷¹ Cass. 29 februari 1996, *Arr. Cass.*, 1996, 208. Hij mag evenwel de ongeoorloofdheid van het schadebeding niet steunen op de vaststelling dat er geen schade is, wat weerom aantoonde dat het beslissende criterium dat van de potentiële schade is, en dat de werkelijke schade slechts een van de beoordelingsmomenten mag zijn, maar zeker niet het enige: Cass. 26 januari 2001, *R.W.* 2000-2001, 1279, *R. Cass.* 2002, te verschijnen met noot SAMOY, «De geoorloofdheid van schadebedingen na de wet van 23 november 1998: de figurantenrol van de werkelijk geleden schade en van de nietigheidssanctie».

¹⁷² M. COIPEL, o.c., 1999, nr. 306. Uitdrukkelijk in de zin van een materiële vergissing: P. WÉRY, o.c., in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 56 en o.c., *T.B.B.R.* 1999, 234.

overige loopt de bepaling van art. 1153 B.W. gelijk met het nieuwe art. 1231 B.W.¹⁷³ en men ziet geen afdoende reden om af te wijken van de nieuwe, gemeenrechtelijke regel vervat in art. 1231 B.W.¹⁷⁴

37. Ook de zgn. zwarte lijst van verboden onrechtmatige bedingen in de WHPC bevat een verbod op overdreven schadebedingen.¹⁷⁵ Zijn onrechtmatig en derhalve *nietig*, de bedingen die «in geval van niet-uitvoering of vertraging in de uitvoering van de verbintenissen van de koper, schadevergoedingsbedragen vast(...)stellen die duidelijk niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de verkoper kan worden geleden». Met de verwijzing naar de *manifeste onevenredigheid in vergelijking tot de potentiële schade*, loopt de bepaling van art. 32, 21^o, WHPC gelijk met de vroegere cassatierechtspraak. De aanwijzing dat het gaat om een marginale toetsing, heeft er o.i. niet toe geleid dat de rechter terughoudender was dan bij de gemeenrechtelijke toetsing. De nieuwe wetsbepalingen doen geen afbreuk aan de bijzondere, afwijkende regelen, zoals die inzake onrechtmatige bedingen in contracten met consumenten.¹⁷⁶ Een beding dat art. 32, 21^o, WHPC miskent, heeft derhalve nog steeds de wettelijk bepaalde nietigheidssanctie¹⁷⁷ en niet een matiging tot gevolg.¹⁷⁸

Art. 32, 15^o, WHPC legt bovendien een wederkerigheid op inzake schadebedingen: er mag geen schadebeding ten laste van de consument worden opgenomen, zonder dat in een gelijkwaardige vergoeding is voorzien ten laste van de in gebreke blijvende verkoper.

38. Is een strafbeding, na de controle van zijn vergoedend karakter, geoorloofd bevonden, dan is de rechter er in principe door gebonden. Men noemde dit vaak het «beginsel van de onveranderlijkheid van het schadebeding», dat nog geldt maar alsmaar relatiever wordt.¹⁷⁹ Want, naast de

sanctieregeling van overdreven en dus ongeoorloofde schadebedingen, bestaan twee uitzonderingen op genoemd principe: de situatie van rechtsmisbruik – die hierna wordt besproken – en de situatie waarop art. 1231, § 2 B.W. doelt. Een strafbeding dat werd gestipuleerd voor het geval van de volledige niet-nakoming van de verbintenis, mag, zoals vroeger, worden verminderd «wanneer de hoofdverbintenis gedeeltelijk is uitgevoerd».¹⁸⁰ Voortaan zijn bedingen die strijdig zijn met deze matigingsbevoegdheid ook verboden (art. 1231, § 3, B.W.).¹⁸¹

4^o Controle op rechtsmisbruik

39. Een cassatiearrest van 18 februari 1988¹⁸² erkende een bijkomende uitzondering op de regel van de onveranderlijkheid van het schadebeding. Het Hof van Cassatie oordeelde dat «ingeval (...) is vastgesteld dat de schuldeiser misbruik heeft gemaakt van zijn recht» de rechter voor zo'n misbruik een sanctie mag opleggen «door het recht tot zijn normaal gebruik te verminderen». In het raam van deze toepassing van het verbod op rechtsmisbruik – dat in contractuele relaties is gebaseerd op het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten¹⁸³ – vermocht de feitenrechter een *geoorloofd* schadebeding te matigen. Deze controlemogelijkheid kende succes.¹⁸⁴

Deze rechtspraak blijft o.i. gelden na de nieuwe wet.¹⁸⁵ De matigingsbevoegdheid in het raam van een misbruikcontrole verschilt immers van het nieuwe matigingsrecht bij overdreven strafbedingen.¹⁸⁶ De controle op rechtsmisbruik treedt pas in werking nadat de rechter heeft kunnen oor-

¹⁷³ Zo geldt ook hier een ondergrens: de rechter kan de interest nooit lager stellen dan de wettelijke interest. Zo wordt elk afwijkend beding voor niet-gescreven gehouden. De gelijke behandeling blijkt ook de bedoeling van de indiener van het wetsvoorstel te zijn geweest: Willems, *Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1373/4, p. 2.

¹⁷⁴ I. DEMUYNCK, *o.c.*, *R.W.* 1999-2000, nr. 6; J.H. HERBOTS, *o.c.*, *Themis Cahier* 5, 2001, nr. 10; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 250; P. WÉRY, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 56; B. WYLLEMAN, *o.c.*, *A.J.T.* 1998-1999, nr. 13.

¹⁷⁵ Zie ook punt 1, e) van de bijlage bij de wet betreffende de oneerlijke bedingen in overeenkomsten met beoefenaren van vrije beroepen. Voorts geven ook art. 28 en 90, tweede lid, Wet Consumentenkrediet de rechter de bevoegdheid tot matiging of zelfs volledige terzijdestelling van overdreven of onverantwoorde straf- of schadebedingen voor nalatigheidsintrest. Zie hierover: I. DEMUYNCK, *o.c.*, *R.W.* 1999-2000, nr. 17.

¹⁷⁶ Zo blijkt uit de parlementaire stukken: Verslag P. Lano, *Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1373/4, p. 7, 9 en 10.

¹⁷⁷ O.i. betreft het hier een absolute nietigheid, wegens de miskenning van een regel van openbare orde, terwijl de overige onrechtmatige bedingen in de regel slechts relatief nietig zijn: S. STIJNS, *o.c.*, *T.B.H.* 2000, nr. 44 e.v. In dezelfde zin: M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 304.

¹⁷⁸ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 304; I. DEMUYNCK, *o.c.*, *R.W.* 1999-2000, nrs. 16 en 19; P. WÉRY, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 68 en, *o.c.*, *T.B.B.R.* 1999, 232; B. WYLLEMAN, *o.c.*, *A.J.T.* 1998-1999, nr. 14.

¹⁷⁹ P. WÉRY, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 38 e.v.

¹⁸⁰ Cass. 10 april 1997, *Arr. Cass.* 1997, 428, *T.B.H.* 1998, 51, *J.L.M.B.* 1997, 1118, *Rev.not.b.* 1997, 225, *R.W.* 1998-99, 1247, met noot A. VAN OEVELEN, «Rechterlijke matiging van schadebedingen voor vertraging in de nakoming van de verbintenis bij gedeeltelijke uitvoering van die verbintenis», *R.C.J.B.* 1998, 619, met noot P. WÉRY, «L'adaptation judiciaire de la clause pénale en cas d'inexécution partielle de l'obligation», *T.B.B.R.* 1997, 516, met noot B. WYLLEMAN, «Matiging van schadebedingen bij gedeeltelijke uitvoering (art. 1231 B.W.): Toepasselijkheid op schadebedingen wegens vertraging in de uitvoering».

¹⁸¹ Voor een beperkende interpretatie van deze bepaling, zie: P. WÉRY, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 59.

¹⁸² Cass. 18 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 790, *R.W.* 1988-89, 1226, *T.B.H.* 1988, 696, met noot DIRIX. Zie ook: R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 1994, nr. 356; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.* 1994-95, nrs. 33-34.

¹⁸³ Het is dus een toepassing van de matigende werking van de goede trouw: E. DIRIX, «Over de beperkende werking van de goede trouw» (onder Cass. 18 februari 1988), *T.B.H.* 1988, 660; J.H. HERBOTS, *o.c.*, *Themis Cahier* 5, 2001, nr. 15.

¹⁸⁴ Zie de voorbeelden bij: S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 137; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 254.

¹⁸⁵ In dezelfde zin: M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 304; I. DEMUYNCK, *o.c.*, *R.W.* 1999-2000, nr. 11; I. SAMOY, *o.c.*, *R. Cass.* 2002, te verschijnen, nr. 10; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *o.c.*, 2001, 122; A. VAN OEVELEN, *ibid. Contra*: L. CORNELIS, *o.c.*, *T.B.H.* 2000, nr. 41.

¹⁸⁶ S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 137; P.A. FORIERS, «Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle» (onder Cass. 30 januari 1992), *R.C.J.B.* 1994, (189), 207.

delen dat het schadebeding volstrekt geoorloofd is, omdat het de toets van het vergoedend karakter (artt. 1231 en 1153 B.W.) doorstaat (redenering *ex ante*). De rechter gaat dan in een tweede stap na of het geldig schadebeding in redelijkheid wordt uitgeoefend, gelet op de concrete omstandigheden (redenering *ex post*). Pas wanneer de rechter kan vaststellen dat de schuldeiser die zich op het beding beroept, handelt op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van een dergelijk schadebeding door een redelijk en bedachtzaam schuldeiser, in dezelfde omstandigheden geplaatst, kan hij een sanctie opleggen voor die rechtsuitoefening¹⁸⁷ (over de sanctie, zie verder, randnr. 60).

III. KRITISCHE ANALYSE VAN HET RECHTERLIJK INSTRUMENTARIUM BIJ DE BEOORDELING VAN CONTRACTUELE SANCTIES

40. De bespreking van de drie contractuele sanctievormen geeft een overzicht van de waaier aan controlemechanismen waarover een rechter beschikt. Deze instrumenten zouden ook toepassing kunnen vinden op andere, niet in detail besproken, contractuele sancties, op voorwaarde evenwel dat men duidelijkheid brengt op een aantal belangrijke punten.

A. Herkwalificatie of ontlenen van mechanismen?

1^o Herkwalificeren ...

41. Het probleem van de juiste kwalificatie van een contractuele sanctie lijkt algemeen te zijn. De rechter is immers niet gebonden door de kwalificatie die partijen aan hun contractuele aansprakelijkheidsregeling hebben gegeven. Hij mag *herkwalificeren*.¹⁸⁸ Kwalificeren en herkwalificeren onderstellen evenwel een precieze begripsbepaling van elk van de contractuele sancties. De rechter moet immers kunnen vaststellen, vaak door interpretatie, dat *het betrokken beding de kenmerken vertoont of de strekking heeft van een andere clause*. Zo moet hij bijvoorbeeld nagaan of wat de partijen een «annulatiebeding» noemen, neerkomt op een uitdrukkelijk ontbindend beding, een ontbindende voorwaarde of een opzegbevoegdheid. Werd een «annulatievergoeding» bepaald, dan rijst verder de vraag of het hier gaat om een schadebeding in de zin van art. 1226 B.W., waarop dan het matigingsrecht van de rechter toepassing mag vinden. Deze rechterlijke activiteit onderstelt dus een zuivere

¹⁸⁷ Dit is nuttig wanneer de potentiële schade groot is, terwijl de tekortkoming van de schuldenaar gering is alsook de werkelijke schade. De enkele vaststelling dat er geen of weinig schade wordt geleden, is echter op zichzelf niet voldoende om rechtsmisbruik van het beding aan te nemen: de feitenrechter moet in zijn motivering de concrete omstandigheden eigen aan de zaak aanduiden waarom het beroep op het schadebeding misbruik uitmaakt (zie vroeger al: Cass. 21 februari 1992, *J.L.M.B.* 1992, 1458, met noot STORME, *T. Not.* 1993, 378, met noot STORME, *R.W.* 1992-93, 568). Hij moet de verhouding tussen de contractanten inkleuren teneinde te bepalen welke eisen in het gegeven geval door de goede trouw worden gesteld: E. DIRIX, *o.c.*, *T.B.H.* 1988, 663-664.

¹⁸⁸ P. WÉRY, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 14.

opvatting over elk van deze concepten. Hier is een grote rol weggelegd voor de rechtsleer.

De rechtspraktizijnen die aan de redactie van contracten werken, hebben hier ook een belangrijke taak: zij moeten zo zorgvuldig mogelijk zijn in hun taalgebruik door hetzij de juiste begrippen te gebruiken, hetzij minstens de bedoeling van de partijen in een bepaalde regeling zo nauwkeurig mogelijk weer te geven. Het kwalificatieprobleem is om reden van onzorgvuldige redactie bijzonder aanwezig bij de uitdrukkelijk ontbindende bedingen. De termen «ontbinden», «verbreken», «herroepen», «opzeggen» en «vernieuwen» – om enkel die te noemen – worden gewoon door elkaar gebruikt, hoewel elk van deze rechtsfiguren zeer verschillende gevolgen heeft.¹⁸⁹

42. Heeft de rechter een beding geherkwalificeerd, dan zijn op dat beding voortaan andere regelen en controlemechanismen van toepassing, namelijk die welke horen bij de nieuwe kwalificatie. Zo kan een clause die niet de inhoud van een verbintenis wil bepalen, maar louter een begrip wil preciseren, zoals het begrip «overmacht» of «korte termijn», een exoneratiebeding verbergen, met name wanneer het eerste ruim wordt omschreven en het tweede al te kort wordt gesteld.¹⁹⁰ Ook een al te laag vastgesteld schadebeding kan worden geherkwalificeerd als een bevrijdingsbeding.¹⁹¹ In beide gevallen moeten die bedingen worden gecontroleerd en moet eventueel de sanctie worden opgelegd volgens de geldigheidsregels van de exoneratiebedingen. Het gaat dan bijvoorbeeld niet op dat te lage schadebedingen, naar analogische toepassing van de matigingsbevoegdheid van art. 1231 B.W., verhoogd zouden worden. Na herkwalificatie van een dergelijk beding verlaat men dus de sanctieregeling op de schadebedingen en past de rechter de controlemechanismen toe die eigen zijn aan bevrijdingsbedingen.¹⁹²

2^o ... of controlemechanismen ontlenen?

43. Men bemerkt tenslotte ook dat een herkwalificatie op grond van de bedoeling van de partijen soms vergezocht of wat kunstmatig is. Het ware o.i. in bepaalde gevallen beter om de eigenheid van een beding te erkennen – en de herkwalificatie niet overdreven ver door te voeren – en om controlemechanismen die bij vergelijkbare bedingen ingeburgerd zijn, te *ontlenen*. De problematiek van de opzegbedingen kan dit illustreren.

Niet alle bedingen die een forfaitaire vergoeding opleggen, zijn schadebedingen in de zin van art. 1226 B.W. (zie *supra*, randnr. 30). Terecht houdt het Hof van Cassatie zich, zoals

¹⁸⁹ P.H. DELVAUX, *o.c.*, in *La rédaction des conditions générales contractuelles*, 1985, 103-104; S. STUNS, *o.c.*, 1994, nr. 328.

¹⁹⁰ R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nrs. 5 en 9; E. MONTERO, *o.c.*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nrs. 5 en 8.

¹⁹¹ R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 6.

¹⁹² Wij delen dan ook niet de mening van DUBUISSON (*o.c.*, *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 5), die voor een dergelijke «verhogingsbevoegdheid» pleit. Ook zijn voorstel van «herziening» van dergelijke te lage schadebedingen op grond van de matigende werking van de goede trouw strookt evenmin met de mogelijkheden die het verbod op rechtsmisbruik biedt. Zie ook in onze zin: P. WÉRY, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 39.

gezegd, aan het onderscheid, omdat een opzegbeding niet de kenmerken vertoont van een schadebeding.¹⁹³ Het opzegbeding vergoedt geenszins de schadelijke gevolgen van een wanprestatie, maar het bepaalt de tegenprestatie voor het recht van voortijdige beëindiging. Dit wil nochtans niet zeggen dat een opzegbeding aan elke rechterlijk controle moet ontsnappen.

Men moet immers toegeven dat, hoewel het onderscheid in theorie duidelijk is, dit in de praktijk veel moeilijker ligt. De bedragen die bijvoorbeeld verschuldigd zijn bij voortijdige beëindiging van het contract door de opdrachtgever (of lastgever) die afziet van een aannemingsopdracht (of van een mandaat), of door de huurder van een telefooninstallatie of de gebruiker in een onderhoudscontract voor computers, zijn vaak exorbitant hoog.¹⁹⁴ Heel wat auteurs wensen derhalve, ondanks het theoretische onderscheid, ook op deze soort bedingen de cassatierechtspraak inzake schadebedingen toegepast te zien, omdat het in beide gevallen om «conventioneel vastgelegde (schade-)vergoedingen» zou gaan.¹⁹⁵ Doorgaans echter zijn de rechterlijke beslissingen voorzichtiger. Sommige rechters passen een controle toe op de geoorlooftheid van opzegbedingen wanneer zij kunnen vaststellen dat de achterliggende, frauduleuze bedoeling aanwezig is om een overdreven schadebeding te vermommen als opzegbeding;¹⁹⁶ anderen stellen de bedoeling van de schuldeiser vast om onrechtmatig te speculeren op de voortijdige beëindiging van het contract;¹⁹⁷ ten slotte wordt in laatstgenoemde beslissing ook overwogen dat een opzegvergoeding «nooit een private straf kan zijn, maar enkel de tegenprestatie voor het afstand doen door de wederpartij van haar recht om de uitvoering van de overeenkomst te vorderen, dit is: voor de schade die zij lijdt doordat het contract voortijdig wordt beëindigd». Deze beslissing is

duidelijk geïnspireerd door het mijlpaalarrest van 1970 inzake overdreven schadebedingen.

Onder de nieuwe wet blijft het standpunt van het Hof van Cassatie inzake opzegbedingen gelden. Maar zij was een aanleiding om de discussie weer op te nemen.¹⁹⁸ Moreau-Margrève aanvaardt het theoretische onderscheid tussen opzeg- en schadebedingen, maar kan zich niet neerleggen bij een onverschillige houding jegens exorbitante opzegbedingen.¹⁹⁹

Haar voorstel om exorbitante opzegbedingen op grond van de bedoeling van de partijen te *herkwalificeren* als ongeoorloofde strafbedingen, overtuigt evenwel niet als algemene oplossing, omdat dit juridisch niet zuiver is. Wij kunnen het daarentegen wel eens zijn met de vaststelling dat wanneer het om een *onrechtmatige speculatie* gaat van de schuldeiser van de vergoeding, dit in strijd is met de openbare orde en men dit opzegbeding als een private straf kan vernietigen. Men kan zich hiervoor immers op het cassatiearrest van 1970 beroepen, dat als tweede grondslag voor de vernietiging van overdreven schadebedingen het ongeoorloofd karakter vermeldt van het speculeren door de schuldeiser op de niet-nakoming door de debiteur.²⁰⁰ Maar het is niet omdat men eenzelfde grondslag kan aanwenden om twee soorten bedingen rechterlijk te controleren, dat men ze moet assimileren.²⁰¹

Wij willen dan ook wijzen op het gevaar voor assimilatie dat schuilgaat in een wetsvoorstel dat werd ingediend ten einde de beschreven opzegbedingen «als strafbedingen te beschouwen» en rechtstreeks te onderwerpen aan de wettelijke regeling van 1998.²⁰² O.i. is dergelijk wetgevend initiatief overbodig, zo men inziet dat ontlening van controlemechanismen een betere oplossing biedt. Naast de mogelijke *nietigverklaring* van overdreven opzegbedingen

¹⁹³ Cass. 22 oktober 1999, Cass. 6 december 1996 en Cass. 8 december 1988, *gecit.* in randnr. 30.

¹⁹⁴ Bv. de helft van de huur verschuldigd tot aan het einde van de contractueel bepaalde duurtijd, met vaak een minimum van een jaar huurprijs (zie: A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 246).

¹⁹⁵ De «opzegvergoeding» zou immers de schade die voortvloeit uit de voortijdige beëindiging van het contract compenseren. Past men hierop de regelen inzake overdreven schadebedingen niet toe, dan bestaat het risico dat men het beding inkleedt als een opzegbeding om de rechterlijke controle op schadebedingen te omzeilen: C.S., «La validité d'une clause de dédit peut-elle être contestée en raison du caractère exorbitant de l'indemnité prévue?» (onder Brussel 22 mei 1986), *T.B.H.* 1988, 192; E. WYMEERSCH, «Strafbedingen o.m. inzake enkele kredietovereenkomsten», in *Liber amicorum E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, (921), 924-926; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 1994, nr. 359d; K. VAN RAEMDONCK, «Einde van een contractueel eenzijdig verbrekingsrecht bij overeenkomsten met opeenvolgende prestaties?» (onder Brussel 12 december 1995), *R.W.* 1996-97, 987 e.v.; R. PASCARIELLO, «De verbrekingsvergoeding als tegenprestatie voor het eenzijdig beëindigingsrecht van de schuldenaar» (onder Cass. 6 december 1996), *A.J.T.* 1997-98, 105. Zie bv. Gent 8 januari 1997, *A.J.T.* 1997-98, 5, met noot PASCARIELLO (annulatiebeding is niet overdreven).

¹⁹⁶ Brussel 29 mei 1995, *J.L.M.B.* 1995, 1263; Bergen 2 december 1996, *J.T.* 1997, 341.

¹⁹⁷ Waardoor hij meer voordeel haalt uit de opzegging dan uit de normale uitvoering: Brussel 12 december 1995, *R.W.* 1996-97, 985, noot VAN RAEMDONCK.

¹⁹⁸ CORNELIS (*o.c.*, *T.B.H.* 2000, nrs. 14-15) had hiervoor gewaarschuwd omdat art. 1226 (nieuw) B.W. en de afdeling waarin die wetsbepaling voorkomt, niet langer meer verwijzen naar de contractuele aansprakelijkheid, wat art. 1152 (oud) wel deed. Of dit de reden is van het heropleven van de discussie valt te betwijfelen, want uit het vervolg van Afdeling 5 (verbintenissen onder strafbeding) blijkt dat de debiteur in gebreke moet zijn wegens wanprestatie, wat hij zelf ook erkent.

¹⁹⁹ I. MOREAU-MARGRÈVE, «Quel sort réserver aux clauses reconnaissantes à une partie une faculté de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement d'une somme d'argent» (onder Cass. 22 oktober 1999), *R.C.J.B.* 2001, 112-140.

²⁰⁰ Zie *supra*. In die zin ook: R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, nr. 359d; K. VAN RAEMDONCK, *o.c.*, *R.W.* 1996-97, 988; A. VAN OEVELEN, «Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen», *R.W.* 1994-95, (793), nr. 25.

²⁰¹ In dezelfde zin: P. WÉRY, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 15. CORNELIS lijkt eerder de assimilatie genegen te zijn (*o.c.*, *T.B.H.* 2000, nr. 17).

²⁰² Wetsvoorstel van 25 januari 2001 tot aanvulling van art. 1226 B.W., ingediend door de heren Borginon, Bourgeois en Van Hoorebeke (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1062/001). Zij stellen voor om volgend tweede lid toe te voegen aan art. 1226 B.W.: «Als strafbeding wordt ook beschouwd, een beding waarbij een partij zich voor het geval zij een overeenkomst verbreekt, verbindt tot betaling van een forfaitaire vergoeding, ook indien de overeenkomst bepaalt dat bij verbreking geen nakoming kan worden gevorderd tegen deze partij of dat deze partij het recht heeft de overeenkomst mits betaling van die vergoeding te verbreken».

wegens ongeoorloofde speculatie door de schuldeiser, kan ook de houding van de schuldeiser worden getoetst aan de eisen van de goede trouw in de uitvoering en dus ook in de beëindiging van contracten. De gemeenrechtelijke controle op rechtsmisbruik bij de uitoefening van een geldige clause, maakt het mogelijk een *matiging* door te voeren.²⁰³

B. De toestemming

44. Alhoewel de controle op de aanvaarding van het beding slechts een onrechtstreeks middel is om misbruiken van de contractvrijheid tegen te werken, kent dit een groot succes bij de hoven en rechtbanken. Wat nochtans opvalt en te betreuren is, is dat het toestemmingsvereiste door de rechters hoofdzakelijk, zometer exclusief, als controlemiddel wordt aangewend bij de exoneratiebedingen. Men kan niet ontkennen dat het probleem van de kennisname en de aanvaarding zeer scherp rijst bij bevrijdingsbedingen, die vaak in «verdoken» vorm voorkomen in moeilijke formuleringen en opduiken op borden, toegangsbewijzen en bestelbonnen. Maar in standaard- en toetredingscontracten geldt het probleem van de aanvaarding evenzeer voor andere contractuele sancties, zoals schadebedingen en uitdrukkelijk ontbindende bedingen.

Alle aansprakelijkheidsregelingen omtrent contractuele sancties zijn immers onderworpen aan de algemene geldigheidsvereisten van art. 1108 B.W.²⁰⁴ Een probleem van kennisname en aanvaarding kan zich voordoen bij elk van de van het gemene recht afwijkende bedingen, zodat de rechter en de partijen op dit punt waakzaam moeten zijn, ongeacht de aard van de contractuele sanctie. Zo leest men in de doctrine dat ook voor de schadebedingen de rechter de toestemming nagaat, maar de rechtspraak is opvallend schaars.²⁰⁵ Noteren we dat ook onder de nieuwe wet de rechter, bij betwisting op dat punt, eerst moet nagaan of het beding is aanvaard.²⁰⁶ Hetzelfde kan worden vastgesteld inzake uitdrukkelijk ontbindende bedingen: ook hier dient een rechter bij betwisting de realiteit van de toestemming na te gaan,²⁰⁷ maar het gebrek aan toestemming wordt zelden ingeroepen. Hiervan getuigt de schaarse rechtspraak. Nochtans zou de rechter in geval van afwezigheid van kennisname of van aanvaarding, aan het beding elke uitwerking kunnen weigeren.²⁰⁸ Het nieuw ingevoerde onrechtmatig beding nr. 23 (art. 32, 23^o, WHPC) bevestigt, in overeenkomsten met consumenten, het belang van de daadwerkelijke kennisname of van de daadwerkelijke mo-

gelijkheid hiertoe, door als oneerlijk af te wijzen de bedingen die op een onweerlegbare (maar ook op een weerlegbare)²⁰⁹ wijze de toestemming van de consument vaststellen met bedingen waarvan hij niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen vóór het sluiten van de overeenkomst.

C. De interpretatie

45. Op het vlak van de contractuele sancties vormen de geschetste interpretatieregelen – de restrictieve uitlegging en art. 1162 B.W. – een gegeerd, maar onrechtstreeks, controlemiddel voor de rechter.²¹⁰ Dit is vooral het geval bij de bevrijdingsbedingen, waarvoor men kan steunen op een vaste cassatierechtspraak sinds het arrest van 22 maart 1979.²¹¹ Als verklaring roept men in dat er, buiten interpretatie, weinig andere middelen bestaan om exoneratiebedingen aan te pakken. Dit was juist in 1979, toen het verbod om het voorwerp van de verbintenis uit te hollen minder bekend was en toen de leer over onrechtmatige bedingen nog niet in de Handelspraktijkenwet was uitgewerkt. Ook de matigende werking van de goede trouw genoot nog geen erkenning en het verbod op rechtsmisbruik werd maar zelden op de uitoefening van contractuele rechten toegepast. Men kan evenwel niet verbergen dat de regel van de restrictieve interpretatie steeds heeft bloot gestaan aan ernstige kritiek. Nu de rechter over heel wat alternatieve controlemechanismen beschikt, is het nuttig deze regel opnieuw in vraag te stellen.

I^o Wat is de grondslag van de regel van de restrictieve interpretatie?

46. De regel luidt dat *van het gemene recht afwijkende clauses* beperkend moeten worden geïnterpreteerd. Dit staat met zoveel woorden in hogervernoemd cassatiearrest van 22 maart 1979 inzake exoneratiebedingen. De juridische grondslag van deze regel is evenwel onduidelijk.²¹² Het genoemde arrest schijnt te verwijzen naar de *gemeenschappelijke bedoeling* van de partijen.²¹³ Naast deze vermoede, gemeenschappelijke wil van partijen, worden ook art. 1162 B.W. ingeroepen en het feit dat een contractuele clause vaak afstand inhoudt van wettelijke rechten en dat afstand van recht niet wordt vermoed. Zeer vaak wordt helemaal geen grondslag gegeven aan de regel van de restrictieve interpretatie.²¹⁴

47. De restrictieve interpretatie van algemeen geformuleerde *exoneratiebedingen* – die erop neerkomt dat de exoneratie voor zware fout *expressis verbis* dient te gebeuren²¹⁵

²⁰³ In dezelfde zin: A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.* 1994-95, nr. 25; K. VAN RAEMDONCK, *o.c.*, *R.W.* 1996-97, 988. Bv. Brussel 2 oktober 1991, *T.B.H.* 1992, 267 (geen misbruik). Het arrest van 22 oktober 1999 (*gecit.*) maakt o.i. een voorbehoud («in de regel») dat afwijkende bijzondere wetsbepalingen kan bedoelen, maar ook rechtsmisbruik.

²⁰⁴ R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 13.

²⁰⁵ Bevestigt principe: P. WÉRY, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 5. Zie bv. Luik 21 november 2000, *R.R.D.* 2000, 483.

²⁰⁶ Verslag P. Lano, *Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1373/4, p. 12.

²⁰⁷ S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nr. 333.

²⁰⁸ Bv. het geval waarin de rechter vaststelt dat de verkoper/landbouwer geen kennis had van het uitdrukkelijk ontbindend beding: Rb. Tongeren 21 oktober 1966, *R.W.* 1966-67, 1732.

²⁰⁹ Het verbod is ongelukkig geformuleerd. Zie: S. STIJNS, *o.c.*, *T.B.H.* 2000, nr. 35.

²¹⁰ In dezelfde zin: E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, nr. 10; R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 21.

²¹¹ Zie *supra*, randnr. 12.

²¹² R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 19.

²¹³ In dezelfde zin: B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 23.

²¹⁴ R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 19; S. STIJNS, *o.c.*, 1994, nr. 336-337.

²¹⁵ Of, zo nuanceert het Hof in het arrest van 1979, de vrijstelling voor zware fouten *noodzakelijk* uit het algemeen geformuleerde contractueel beding voortvloeit.

– wordt terecht bekritiseerd.²¹⁶ Allereerst mag een rechter pas tot uitlegging overgaan wanneer het beding niet duidelijk is en het interpretatie vereist. Welnu, bevrijdingsbedingen zijn vaak klaar en duidelijk opgesteld.²¹⁷ Het is overdreven streng om, in een beding in algemene bewoordingen geformuleerd, de exoneratie voor zware fout uit te schakelen, onder het voorwendsel dat het niet onduidelijk is gestipuleerd.²¹⁸

Moet de rechter dan toch interpreteren, dan overtuigt het beroep op de vermoede, gemeenschappelijke bedoeling van de partijen geenszins. Is de exoneratie in algemene bewoordingen gestipuleerd en wordt de aansprakelijkheid voor zware fout niet uitdrukkelijk uitgesloten, dan worden partijen vermoed de bevrijding te hebben willen beperken tot de aansprakelijkheid voor lichte fout. Dit is kunstmatig, omdat het veel waarschijnlijker is dat het net de bedoeling van de stipulant was om zich zo ruim mogelijk van zijn aansprakelijkheid te bevrijden, met name zover als de wet het toelaat (dus ook voor zijn zware fouten).²¹⁹ Terecht maant Cornelis de rechter dan ook aan om daadwerkelijk in de feiten op zoek te gaan naar de gemeenschappelijke bedoeling van partijen, zonder dat het *a priori* kan worden uitgesloten dat partijen met hun clause in algemene bewoordingen net de bedoeling hadden te voorzien in de exoneratie voor zware fout.²²⁰

Is de gemeenschappelijke bedoeling niet te achterhalen, dan doet men best een beroep op art. 1162 B.W. om het ten nadele van de schuldenaar te interpreteren.²²¹ Bovendien zullen gevallen van exoneratie voor zware fout in ieder geval ongeldig zijn, omdat zij het nut van de overeenkomst ondergraven.²²²

48. Zelfs al zou de restrictieve interpretatie opgaan voor bevrijdingsbedingen, dan nog is dit niet zomaar transposeerbaar naar *uitdrukkelijk ontbindende bedingen*. Voor Kruithof staat de restrictieve interpretatie van uitdrukkelijk ontbindende bedingen aan dezelfde kritiek bloot.²²³ Allereerst is er geen aanleiding tot restrictieve interpretatie grond op art. 1162 B.W., wanneer het beding zonder meer duidelijk is en de bedoeling van de partijen achterhaalbaar. De beperkende uitlegging van een uitdrukkelijk ontbindend

beding valt trouwens niet te verzoenen met art. 1157 B.W.,²²⁴ zeker niet wanneer het is opgenomen in een wederkerig contract waarvoor het stilzwijgend ontbindend beding reeds geldt.²²⁵ Bovendien is een beroep op de vermoede wil van de partijen in dit geval moeilijk verdedigbaar. De regel van gemeen recht – het zgn. stilzwijgend ontbindend beding – heeft immers als grondslag al de vermoede wil der partijen. Drukken partijen derhalve in een uitdrukkelijk ontbindend beding hun bedoeling uitdrukkelijk uit, dan loopt de redenering mank als men gaat verdedigen dat hun vermoede wil beveelt hun uitgedrukte wil eng te interpreteren.²²⁶

Ten slotte zou een uitdrukkelijk ontbindend beding een afstand van recht inhouden, wat een restrictieve interpretatie beveelt. Anders dan bij een bevrijdingsbeding waarbij de tekortkomende partij zich van haar aansprakelijkheid bevrijdt jegens de schuldeiser, is de situatie bij het uitdrukkelijk ontbindend beding net andersom: de schuldeiser, slachtoffer van de wanprestatie, reserveert zich een *beter recht*, een snelle en zekere weg om bij wanprestatie een sanctie te verkrijgen.²²⁷ Voor de schuldeiser is er dus geen sprake van afstand van recht. Voor de tekortkomende schuldenaar gaat het voorafgaande beroep op de rechter evenwel verloren, hoewel een beroep op de rechter *a posteriori* steeds behouden blijft. Een uitdrukkelijk ontbindend beding doet de schuldenaar dus afstand van de mogelijkheid om uitstel te genieten en van de *preventieve* appreciatie door de rechter van de voldoende ernst van de tekortkoming. Hier kan dus sprake zijn van afstand van recht die een restrictieve uitleg zou kunnen verantwoorden. Maar, *rekening houdende met het geheel van de contractuele afspraken* zal vaak geen afstand van recht plaatshebben, omdat de uitstelmogelijkheid en/of de voorafgaande appreciatie door de rechter zonder voorwerp zijn. Dit is zo wanneer het contract voorziet in ingebrekestellingen en in het verlenen van een laatste, redelijke uitvoeringstermijn, of wanneer de opgesomde tekortkomingen waarvoor het beding geldt van die aard zijn dat ze door hun evidente ernst een appreciatie door de rechter nutteloos maken. Een toetsing van de voldoende ernst van de tekortkoming is bovendien mogelijk *a posteriori*, door de redelijkheidstoetsing op de uitoefening van het beding, zodat er ook op dit punt moeilijk van een afstand van recht sprake kan zijn. Wil een rechter een uitdrukkelijk ontbindend beding restrictief interpreteren, dan zal het niet evident zijn om een afstand van recht door de schuldenaar vast te stellen. Een laatste argument is natuurlijk dat naarmate de buitengerechtelijke ontbinding in uitzonderlijke omstandigheden, alsmaar meer ingang vindt in ons recht, er nog minder reden is om vast te

²¹⁶ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 281; L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1981, nr. 23 e.v.; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, nr. 10; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, «Kroniek: verbintenissenrecht (1978-80)», *R.W.* 1980-81, (2435), nr. 56; R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 20; V. SAGAERT, *o.c.*, 2001, nr. 154.

²¹⁷ E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, nr. 10; R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 20.

²¹⁸ E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, «Kroniek», *R.W.* 1980-81, nr. 56.

²¹⁹ L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1981, nr. 23; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 23; R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 20; V. SAGAERT, *o.c.*, 2001, nr. 154; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 20.

²²⁰ L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1981, nr. 24.

²²¹ R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 20 *in fine*.

²²² M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nrs. 281 en 284.

²²³ R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 22.

²²⁴ «Wanneer een beding voor tweeërlei zin vatbaar is, moet men het veeleer opvatten in de zin waarin het enig gevolg kan hebben, dan in die waarin het geen gevolg kan teweegbrengen».

²²⁵ R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nrs. 22 en 25.

²²⁶ Volgens F. Laurent kreeg het uitdrukkelijk ontbindend beding voorrang op het stilzwijgende van art. 1184 B.W., omdat het uitdrukkelijk beding de bedoeling der contractpartijen getrouwer weergeeft (*Principes*, XXIV, nr. 376).

²²⁷ S. STUNS, *o.c.*, 1994, nr. 336.

²²⁸ De vraag rijst immers van welk recht hij afstand doet, omdat een buitengerechtelijke ontbinding buiten een beding om, mogelijk is. De restrictieve interpretatie wordt trouwens zinloos in zoverre de buitengerechtelijke ontbinding in uitzonderlijke omstandigheden erkenning geniet: zo oordeelt de feitenrechter dat het beding een herhaling is van art. 1184 B.W. krachtens de restrictieve interpretatie, maar aanvaardt hij wel dat men hier heeft ontbonden

stellen dat een schuldenaar in een uitdrukkelijk ontbindend beding afstand van recht doet.²²⁸

De rechter kan o.i. enkel bij aanhoudende twijfel overgaan tot een restrictieve uitleg gesteund op artikel 1162 B.W. In alle gevallen waar er geen plaats is voor interpretatie omdat het beding duidelijk is, zien wij meer heil in een marginale controle door de rechter van de *uitoefeningswijze* van het beding, met toepassing van art. 1134, 3^o B.W.²²⁹ (zie randnr. 61).

2^o Onderscheid tussen een stricte en een restrictieve interpretatie

49. In het licht van de voormelde kritieken en van de zeer uiteenlopende rechtspraak, kan men besluiten dat de regel van de restrictieve interpretatie een bron van rechtsonzekerheid is. Als voorbeeld van disparate rechtspraak kan men verwijzen naar de recente rechterlijke beslissingen omtrent het beding in een koop dat de zaak wordt gekocht «*in de staat waarin ze zich bevindt, wel gekend door de koper*».²³⁰ Men zou beter een duidelijke regel stellen ten behoeve van de partijen en de rechters.

50. Wij zien een nuttig instrument in het onderscheid dat Coipel op verhelderende wijze invoerde, tussen de stricte en de restrictieve interpretatie van een contractuele clausule.²³¹ Met een *restrictieve* (of: beperkende) *interpretatie* wordt, in tegenstelling tot de stricte interpretatie, het toepassingsgebied van het beding bewust ingekrompen. Met een beroep op de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen sluit men bepaalde hypothesen uit het toepassingsgebied van het beding uit, hoewel zij hier wel degelijk onder vielen. De *draagwijdte van het beding wordt zodoende gewijzigd*.²³² Dit

binnen de strenge voorwaarden van de uitzonderlijke eenzijdige ontbinding (buiten een uitdrukkelijk ontbindend beding om): Rb. Hasselt 28 oktober 1999, *T.B.B.R.* 2000, 111 en Kh. Brussel 22 mei 1979, *J.T.* 1981, 10.

²²⁹ Zie ook in die zin: R. KRUIHOF, «Overzicht van rechtspraak (1974-1980): Verbintenissen», *T.P.R.* 1983, nr. 138; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 275-276.

²³⁰ Stellen vast dat het beding, in een stricte interpretatie, niet bevrijdt van de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken omdat dit niet uitdrukkelijk is vermeld, terwijl andere redenen van bevrijding wel worden opgesomd: Antwerpen 28 november 1985, *Rev. not. b.* 1986, 390, met noot R. DE VALKENNEER; Luik 16 september 1996, *R.R.D.* 1996, 583, met noot WÉRY, *J.T.* 1997, 183; Voorz. Rb. Luik (kg.) 22 mei 1995, *Pas.* 1995, III, 18. Hanteren daarentegen een restrictieve interpretatie door te stellen dat een exoneratie in algemene termen niet voldoet als uitsluiting van de vrijwaringsplicht: Brussel 2 december 1997, *A.J.T.* 1998-99, 873, met noot R. PASCARIELLO; Rb. Brussel 30 juni 1986, *Consumentenrecht*, 1988-89, 106, met noot M. DAMBRE. Ander voorbeeld bieden de exoneraties in parkingcontracten. Zie: V. SAGAERT, *o.c.*, 2001, nr. 154.

²³¹ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 232; *Id.*, «Réflexions sur le 'portage' d'actions au regard de l'article 1855 du Code civil. Le porteur et le lion» (onder Brussel 3 december 1986), *R.C.J.B.* 1989, (566), nr. 15. In navolging van COIPEL, zie voor een toepassing bij de interpretatie van een norm uit het economisch recht: S. STIJNS en H. VUYE, «De verplichte borgstelling voor vervoerders: een betwist aspect van het economisch administratief recht», *R.W.* 1995-96, 1291 e.v.

²³² Dit laatste heeft de beperkende gemeen met de ruime interpretatie. In beide gevallen wordt de draagwijdte gewijzigd, zij het dat dit in het ene geval aanleiding geeft tot een verruimingsoperatie, in het andere tot een inkrimping.

is duidelijk wat gebeurt bij een bevrijdingsbeding in algemene termen geformuleerd, waarbij men de exoneratie voor zware fout uit het toeassingsgebied sluit van het beding.²³³ In een *stricte interpretatie* zal men de reikwijdte van het beding niet inperken, noch uitbreiden. Men houdt zich integendeel aan het uitgedrukte toepassingsgebied.

Toegepast op de uitdrukkelijk ontbindende bedingen bemerkt men dat de meerderheid van de rechterlijke beslissingen geen restrictieve, maar een stricte interpretatie hanteert. Kijkt men bovendien naar de hedendaagse rechtspraak, dan is de tendens om de bedingen daadwerkelijk restrictief te interpreteren, minder aanwezig, zeker in de recent gepubliceerde uitspraken.²³⁴ Zo wordt niet geëist dat de ontbindingsmogelijkheid *expressis verbis* wordt gestipuleerd bij lichte fout. In tegenstelling tot het Franse recht, wordt terecht niet gesteld dat het uitdrukkelijk ontbindend beding enkel geldt voor een tekortkoming aan een verbintenis die uitdrukkelijk in het contract vermeld staat.²³⁵ Zo wordt evenmin geëist dat de wanprestaties die aanleiding kunnen geven tot een ontbinding, duidelijk opgesomd of omschreven zijn. Integendeel, een uitdrukkelijk ontbindend beding «voor elk geval van tekortkoming» wordt doorgaans duidelijk bevonden en toepasselijk geacht bij elke soort tekortkoming. De *stricte* interpretatie wordt daarentegen wel toegepast.²³⁶ is het uitdrukkelijk ontbindend beding overeengekomen voor een welbepaalde wanprestatie, dan wordt dit niet uitgebreid tot andere vormen van niet-nakomen.²³⁷

²³³ Want als men de stricte interpretatie zou hanteren, dan zou men bij een algemeen geformuleerd exoneratiebeding moeten vaststellen dat partijen zich bevrijd hebben voor zover het gemene recht het toestaat, dus ook voor zware fouten: M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 281.

²³⁴ Slechts één beslissing oordeelt dat een beding dat de afwijzing van de rechterlijke beoordeling niet duidelijk weergeeft, *krachtens de restrictieve interpretatie* moet worden herleid tot een loutere herhaling van art. 1184 B.W. Het is bovendien betwistbaar, want het concrete beding bepaalt dat «elke partij de overeenkomst kan beëindigen (...) wanneer de andere partij ernstig tekortkomt in haar verplichting»: Rb. Hasselt 28 oktober 1999, *T.B.B.R.* 2000, 111. Deze beslissing aanvaardt dan wel als geldig, de eenzijdige ontbinding, buiten het beding om, wegens uitzonderlijke omstandigheden.

²³⁵ In Frankrijk is er rechtspraak in die strenge zin: Cass.fr. 24 mei 2000, *Bull.civ.* III, nr. 110; Cass.fr. 18 mei 1988, *Bull.civ.* III, nr. 94, Defr. 1988, 1461, met noot VERMELLE, *R.T.D.C.* 1989, 316, met noot MESTRE; Cass.fr. 8 januari 1985, *Bull.civ.* III, nr. 6. MESTRE keurt deze rechtspraak goed in die zin dat een uitdrukkelijk ontbindend beding enkel een sanctie mag zijn wegens de niet-nakoming van verbintenissen die uitdrukkelijk werden gestipuleerd en perfect gekend zijn door de schuldenaar. Moet men hier geen voorbehoud maken voor de aanvullende verbintenissen die voortvloeien uit de wet en uit de eisen van de goede trouw, en die de schuldenaar van bij het aangaan van een bepaalde overeenkomst behoort te kennen? Acht deze rechtspraak overdreven streng: C. JAMIN, «Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique? Rapport français», in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (451), nr. 31.

²³⁶ KRUIHOF noemt dit ten onrechte «correcte» toepassingen van een, door hem bekritiseerde, restrictieve interpretatie, terwijl het net gaat om een stricte en niet om een restrictieve uitlegging (*o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 23).

²³⁷ Een uitdrukkelijk ontbindend beding voor achterstallen bij betaling van de lijfrente geldt niet voor achterstallige indexering van de rente: Rb. Brussel 11 februari 1982, *Rev.not.b.* 1983, 96, met noot GLANSORFF, *R.G.E.N.* 1983, 283.

51. Met Coipel staan wij voor dat niet de restrictieve maar de *stricte interpretatie de regel moet zijn bij contractuele sancties die van het gemene recht afwijken*.²³⁸ Een stricte interpretatie zorgt ervoor dat contractuele afwijkingen niet worden uitgebreid. Maar moet men ze inkrimpen? Geen van de voor de restrictieve interpretatie aangereikte grondslagen overtuigen en zij kan toch moeilijk een doel op zichzelf zijn.

Het is daarentegen wel te verantwoorden dat de rechter bij aanhoudende twijfel over de zin of de draagwijdte van een beding dit restrictief interpreteert, maar enkel met toepassing van art. 1162 B.W.²³⁹ Bij exoneratiebedingen kan dit tot het resultaat leiden dat de bevrijding van de schuldenaar voor zijn zware fout niet kan worden afgeleid uit een beding dat in algemene bewoordingen is opgesteld. In een algemeen en onduidelijk geformuleerd uitdrukkelijk ontbindend beding kan dit tot de beslissing leiden dat het preventief beroep op de rechter niet door partijen is uitgesloten en dat hij zijn appreciatiebevoegdheden herneemt.

D. De geoorlooftheid

52. De principiële geldigheid van contractuele sancties wordt nog steeds als regel vooropgesteld op grond van de wilsautonomie op het vlak van het aansprakelijkheidsrecht. Zo onderlijnen de meeste auteurs dat op de principiële geldigheid van exoneratiebedingen geen enkel veralgemeend voorbehoud wordt gemaakt wanneer zij in toetredingscontracten worden opgenomen.²⁴⁰ Evenmin wordt de geldigheid ervan aangetast door het feit dat een partij zich in een monopoliepositie bevindt (zoals bij water- of elektriciteitsverdeling).²⁴¹ Ons verbintenissenrecht kent inderdaad geen algemeen afwijkend regime voor die situaties van ongelijkheid of van ernstige verstoring van het contractuele evenwicht.²⁴²

In 1991 bracht de invoering in de WHPC van een hoofdstuk V, Afdeling 2, handelende over de onrechtmatige bedingen, hierin enige verandering. Maar deze wetgeving is zeer specifiek: zij beheerst slechts de in haar toepassingsgebied bepaalde overeenkomsten met consumenten.²⁴³ Men bemerkt wel een evolutie in de verhoudingen tussen het zogenaamde «gemeen recht» en de bijzondere wetgeving op het vlak van de consumentenbescherming. Terwijl men in het beginstadium van de leer der onrechtmatige bedingen beklemtoonde hoezeer inspiratie werd gezocht in moderne

²³⁸ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 232. Gevolgd door: E. MONTERO, *o.c.*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 12.

²³⁹ Zie ook: R. KRUTHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 20 *if*.

²⁴⁰ B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 29. Zie: Luik 19 oktober 1993, *T.B.H.* 1994, 702; Luik 19 januari 1989, *R.G.A.R.* 1992, nr. 11.939.

²⁴¹ Zie: Antwerpen 7 juni 1999, *R.W.* 2000-2001, 51; Antwerpen 23 maart 1998, *R.W.* 1998-99, 223; Antwerpen 12 oktober 1993, *R.W.* 1993-94, 718. L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1981, nr. 7; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 29; S. STIJS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 122.

²⁴² L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1981, nr. 7; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 4.

²⁴³ Over de uitbreiding van het eigen toepassingsgebied van die Afdeling, met de wet van 7 december 1998, zie: S. STIJS, *o.c.*, *T.B.H.* 2000, nrs. 6-10.

figuren van het verbintenissenrecht, kan men nu voor de verfijning van het gemeen recht heel wat leren uit het consumentenrecht, dat een eigen dialectiek ontwikkelde. Zo ziet men dat bedingen die onrechtmatig en verboden worden, bijvoorbeeld in de WHPC, in het gemene recht – waar ze geldig zijn – kritisch herbekeken en zelfs in vraag worden gesteld. Nemen we als voorbeeld de problematiek van de exoneratieclausules voor de zware persoonlijke fouten en voor de opzettelijke en zware fouten van hulpverleners.²⁴⁴

1° Moet de bevrijding voor eigen zware fout mogelijk blijven?

53. Het verschil in behandeling van de persoonlijke opzettelijke fout en de zware fout wanneer het om een bevrijdingsbeding gaat, blijft kritiek uitlokken.²⁴⁵ Maar dit probleem wordt o.i. heel wat gemilderd doordat ons recht *andere controlemechanismen* kent om een bevrijdingsbeding voor zijn persoonlijke zware fout aan te pakken. Zo wordt het verschil gemilderd door de doorgaans gehanteerde ruime opvatting over *bedrog*²⁴⁶ en door het vereiste van een uitdrukkelijke exoneratie voor zware fout.²⁴⁷ Coipel onderlijnt terecht dat, van zodra men een ruime opvatting hanteert over bedrog, zodat de zware fout steeds een onopzettelijke of onvrijwillige fout uitmaakt, er een fundamenteel en duidelijk verschil bestaat tussen beide categorieën van fouten, die een andere behandeling verantwoordt op het vlak van de exoneratie voor zijn aansprakelijkheid.²⁴⁸ Ook op het vlak van het schadebeding kan de schuldeiser *enkel bij bedrog* van zijn schuldenaar, en niet in geval van zware fout, de onveranderlijkheid van het schadebeding doorbreken en een hogere schadevergoeding vorderen dan welke die aanvankelijk was bedongen.²⁴⁹

54. Maakt bovendien het verbod op exoneratiebedingen die *elk nut ontnemen aan het contract*, deze discussie over bevrijding voor zijn persoonlijke zware fout niet grotendeels overbodig? Dit controlemiddel zal heel wat situaties op-

²⁴⁴ Met onder meer een verwijzing naar de Wet op de Productaansprakelijkheid, de wet op de vergoeding van de zwakke weggebruiker en naar art. 32, *22bis* WHPC, werkt DUBUISSON het voorbeeld uit van de «toenemende onrechtmatigheid» van bedingen die de vergoeding trachten uit te sluiten of te verminderen van de schade die voortvloeit uit een aantasting van de fysieke integriteit (*o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 30).

²⁴⁵ R. KRUTHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 35; M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 281; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 41; E. MONTERO, *o.c.*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 29.

²⁴⁶ Dit is de opvatting dat bedrog aanwezig is van zodra men opzettelijk een fout begaat, zonder dat men noodzakelijk de schadelijke gevolgen heeft gewild of men hiervan bewust was of hoorde te zijn. In de zin van een mildering: M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nrs. 278 en 281; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, nr. 18; R. KRUTHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 31 *in fine*. Zie *supra*, randnr. 13.2.

²⁴⁷ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 281; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, nr. 18; E. MONTERO, *o.c.*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 29; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 10; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 41.

²⁴⁸ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 281 en 278.

²⁴⁹ P. WÉRY, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1998, 228.

²⁵⁰ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nrs. 281 en 284; E. MONTERO, *o.c.*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nrs. 29 en 35.

vangen,²⁵⁰ maar men kan niet met zekerheid stellen dat de discussie volledig overbodig wordt gemaakt. Niet alle rechters zullen immers een exoneratie voor zware fout kwalificeren als een uitholling van de betekenis van het contract. Men kan dit zeker betwijfelen bij bedingen die de aansprakelijkheid voor zware fout slechts verminderen en niet uitsluiten.²⁵¹ In tegenstelling tot Kruithof, ziet Dirix geen heil in de afschaffing van het onderscheid op het vlak van de exoneratiebedingen, want ook het onderscheid tussen grove fouten en gewone fouten is in de praktijk niet gemakkelijk te hanteren.²⁵² Men moet immers vaststellen dat de kwalificatie «zware fout», vooral in de aansprakelijkheid van professionelen, (al te) gemakkelijk wordt aangenomen.²⁵³ Om hieraan tegemoet te komen poogde Cornelis een objectiever criterium aan te reiken voor de «zware fout»: het moet gaan om een miskenning van een dermate wezenlijke verbintenis dat hierdoor het evenwicht in het contract verbroken wordt.²⁵⁴ Dit criterium kan ons niet overtuigen. Het is te theoretisch en abstract, want naast de aard van de geschonden verbintenis, spelen immers onbetwistbaar ook andere elementen een rol bij de beoordeling van de ernst van de contractuele fout.²⁵⁵ Bovendien sluit dit criterium volledig aan bij de derde beperking op de principiële geldigheid van exoneratiebedingen, namelijk bij het verbod op de uitholling van het contract. Hanteert men deze definitie van de zware fout, dan zullen bevrijdingsbedingen voor zware fout steeds ongeldig zijn krachtens het «derde verbod». Moet men dan een omweg maken langs een bekritiseerbare – want te enge – definitie van de zware fout?

55. Enkele auteurs steken het niet onder stoelen of banken dat zij de rechtspraak van het Hof van Cassatie betwistbaar vinden omdat een opzettelijke fout en een zware fout, vanuit maatschappelijk oogpunt, beide zeer afkeurenswaardig zijn.²⁵⁶ Diezelfde auteurs roepen het argument in dat in beide gevallen de debiteur *geen rekening houdt met de belangen van de wederpartij*. Is dit een wenk naar het vereiste van goede trouw in de uitvoering van contracten en naar het verbod op rechtsmisbruik? Recentelijk verdedigden enkele auteurs uitdrukkelijk de stelling dat het in strijd kan zijn met het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van contracten, om zich op een bevrijdingsbeding te beroepen in het geval van zware fout.²⁵⁷ Naast de andere, reeds ingeburgerde controlemechanismen op bevrijdingsbedingen voor de eigen zware fout (verbod op uitholling, uitdrukkelijke exoneratie voor zware fout), zou men inderdaad kunnen overwegen om de houding van de schuldenaar die zich op de bevrijdingsclausule voor zware fout beroept, te toetsen

²⁵¹ R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 35, p. 279.

²⁵² E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, nr. 18. Zie ook: E. MONTERO, *o.c.*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nrs. 30-31.

²⁵³ P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 10.

²⁵⁴ «Violation d'une obligation, dont la méconnaissance bouleverse l'économie du contrat»: L. CORNELIS, *o.c.*, *J.T.* 1981, 514, nr. 6.

²⁵⁵ S. STENS, *o.c.*, 1994, nrs. 161-164.

²⁵⁶ R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 35 *in fine*; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 41.

²⁵⁷ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 279; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 41.

aan het verbod op rechtsmisbruik.²⁵⁸ Maar men moet toch wel vaststellen dat deze controle – die mogelijk geacht wordt bij schadebedingen en uitdrukkelijk ontbindende bedingen – zelden of nooit verdedigd of toegepast wordt bij exoneratiebedingen. Of dit terecht is, wordt hierna onderzocht (randnrs. 62 e.v.).

2° Moet de bevrijding voor opzet van hulppersonen mogelijk blijven?

56. Een onaanvaardbaar gevolg is dat een contractant er belang bij heeft de uitvoering toe te vertrouwen aan hulppersonen voor wier bedrog hij zich kan exonereren. In dat geval zal de benadeelde wederpartij geen vordering hebben tegen de *quasi-immune* hulppersoon, en al evenmin tegen zijn debiteur die zich bevrijdde.²⁵⁹ Men komt in een situatie terecht waarin de debiteur de mogelijkheid krijgt zich van elke aansprakelijkheid te bevrijden.²⁶⁰ De enige uitwijkmogelijkheid is dat de rechter zou kunnen vaststellen dat een beding waarbij men zich exonereert voor het bedrog van zijn hulppersonen, elke betekenis ontnemt aan de verbintenis van de debiteur.²⁶¹ De kritiek van Dabin deed een beroep op de idee van de economische vertegenwoordiging: de hulppersoon vertegenwoordigt de debiteur van de contractuele verbintenis en vereenzelvigt zich met hem; de fout van de hulppersoon wordt dus een fout van de debiteur die opdracht gaf; zij bewaart hierbij haar karakter, zodat het uitgesloten is dat de debiteur die zich niet voor zijn persoonlijk bedrog mag bevrijden, zich exonereert voor het bedrog van zijn hulppersoon.²⁶² Ondanks de kritiek op deze leer van economische vertegenwoordiging,²⁶³ kan men uit recente arresten van het Hof van Cassatie afleiden dat het Hof deze leer wel erg genegen is.²⁶⁴ Hoe kan het Hof dit dan verzoenen met het arrest van 1959?

Andere critici delen misschien niet de idee van de vertegenwoordiging, maar steunen wel de regel dat de debiteur instaat voor de tekortkomingen van zijn hulppersonen in de uitvoering van de overeenkomst met zijn wederpartij. Ook volgens deze «contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen» is het moeilijk te verantwoorden dat wanneer een debiteur zichzelf niet kan bevrijden van zijn bedrog in de

²⁵⁸ COIPEL maakt deze redenering wanneer een debiteur zich op een exoneratie zou beroepen, hoewel hij een opzettelijke fout pleegde (*o.c.*, 1999, nr. 276). Bij opzet lijkt een beroep op rechtsmisbruik ons overbodig.

²⁵⁹ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 279; R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 33; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 1994, nr. 231.

²⁶⁰ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 279; E. MONTERO, *o.c.*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 32.

²⁶¹ MAHAUX, conclusie voor Cass. 25 september 1959, *Pas.* 1960, 116; M. COIPEL, *ibid.*; E. MONTERO, *ibid.*

²⁶² J. DABIN, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1960, 25 e.v. Zie in dezelfde zin: M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nrs. 279 en 281.

²⁶³ Tegen dergelijke vereenzelviging: P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 9.

²⁶⁴ Zie: L. CORNELIS en I. CLAEYS, «De burgerlijke aansprakelijkheid van de bedrijfsjurist en van zijn onderneming», in *Het «legal management» van de ondernemingsrisico's*, Brussel/Antwerpen, Bruylant/Kluwer, 2001, (3), nrs. 12, 18 en 36-44, waarin de cassatiearresten van 7 november 1997, 16 februari 2001 en 1 juni 2001 worden besproken.

uitvoering van een contract, hij dit wel zou kunnen voor het bedrag gepleegd door de hulppersonen die hij belast van de uitvoering van dit contract.²⁶⁵ Bovendien is deze situatie sociaal-economisch moeilijk verdedigbaar: is het immers wenselijk, aldus Kruihof,²⁶⁶ dat de schuldeiser in een minder gunstige rechtspositie wordt geplaatst omdat zijn schuldenaar voor de nakoming van zijn verbintenis een beroep doet op arbeiders, bedienden of op derden?

57. In WHPC werd dit rechtgetrokken, omdat zowel de bevrijding voor de eigen opzettelijke als zware fouten als voor die van hulppersonen, onrechtmatig worden verklaard (art. 32, 11).

Maar ook een andere verbodsbepaling kan de jurist inspireren. Art. 32, 27^o, WHPC verklaart oneerlijk het beding dat ertoe strekt «op ongepaste wijze» de wettelijke rechten van de consument in geval van wanprestatie door de verkoper uit te sluiten of te beperken.²⁶⁷ Deze algemeen geformuleerde verbodsbepaling – wat kan verwonderen in een «zwarte lijst» – opent een deur voor de rechter die andere bevrijdingsbedingen wil vernietigen dan de reeds uitdrukkelijk uitgesloten bedingen. Wat immers opvalt, is dat het beding nr. 27 de keerzijde van de medaille vormt ten aanzien van (mogelijk reeds verboden) *exoneratiebedingen*, omdat het «ongepaste» uitsluitingen of beperkingen verbiedt van de wettelijke rechten van de consument bij niet-nakoming door de verkoper. Dit loopt duidelijk parallel met het verbod voor de verkoper om zijn aansprakelijkheid te beperken of uit te sluiten.²⁶⁸ Het gevolg hiervan is dat art. 32, 27^o, WHPC strenger is voor de verkoper dan het reeds bestaande verbod op exoneratieclausules van art. 32, 11^o, WHPC. Zijn immers «slechts» verboden krachtens art. 32, 11^o, WHPC: de exoneratiebedingen die de verkoper ontslaan van zijn aansprakelijkheid voor zijn eigen opzet en zijn grove schuld of voor die van zijn aangestelden of lasthebbers, of voor tekortkomingen aan een van de belangrijkste verbintenissen (zgn. uitholling van het voorwerp). De rechter zou in het raam van art. 32, 27^o, WHPC dan ook verder kunnen gaan en elke «ongepaste» uitsluiting of beperking van de aansprakelijkheid van de verkoper kunnen beteugelen, bijvoorbeeld een exoneratie voor gewone lichte fouten.

²⁶⁵ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 279; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 44; E. MONTERO, *o.c.*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 33.

²⁶⁶ R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 33 *in fine*.

²⁶⁷ Met de «wettelijke rechten» van de consument worden onder meer bedoeld het recht op nakoming, op schadevergoeding, op ontbinding, het recht op vrijwaring, op schorsing van de eigen verbintenis krachtens de exceptie van niet-uitvoering, op compensatie. De meeste van deze rechten zijn in de zwarte lijst eigenlijk reeds beschermd, zodat de bijzondere verbodsbepalingen van art. 32 WHPC zullen gelden. Zo zijn de rechten op vrijwaring (art. 32, 12^o en 13^o), op ontbinding (art. 32, 6^o, 7^o en 9^o), op de compensatie (art. 32, 14^o) en op de *exceptio non adimpleti contractus* (art. 32, 8^o) al in een bijzonder verbod gewaarborgd. De rechten op nakoming en schadevergoeding zijn dit in minder vergaande mate of in minder algemene termen (zie voor nakoming: art. 32, 3^o, 4^o en 5^o en voor schadevergoeding: art. 32, 9^o en 15^o).

²⁶⁸ I. DEMUYNCK, «De onrechtmatige bedingen in België: a never ending story», in *CBR Jaarboek 1998-99*, Antwerpen, Maklu, (311), 347; S. STIJNS, *o.c.*, *T.B.H.* 2000, nr. 39.

²⁶⁹ Voor een verduidelijking, zie: I. DEMUYNCK, *o.c.*, in *CBR Jaarboek 1998-99*, 348.

Los van de vraag naar de interne coherentie van de lijst der verboden bedingen,²⁶⁹ willen wij er enkel op wijzen dat dit beding een voorbeeld is van een verboden beding waarbij de rechter toch over een zekere *beoordelingsmarge in concreto* beschikt. Het beding zal «ongepast» worden geacht naar gelang van de aard en de ernst van de tekortkoming van de verkoper, maar ook naar gelang van de miskende verbintenis.²⁷⁰ Deze beoordeling vertoont enige verwantschap met de redelijkheidstoets of de controle op rechtsmisbruik die een rechter zou kunnen doorvoeren wanneer een partij zich in de uitvoering van een contract op een bevrijdingsbeding beroept: houdt deze schuldenaar zich binnen de grenzen van de normale rechtsuitoefening door een normaal en bedachtzaam persoon, in dezelfde omstandigheden (rekening houdende met de aard en de ernst van zijn tekortkoming en de aard van miskende verbintenissen) geplaatst? De suggestie van sommige auteurs om een exoneratiebeding voor het bedrag van zijn hulppersonen in het gemene recht te toetsen aan het verbod op rechtsmisbruik, is dus niet volledig uit de lucht gegrepen.²⁷¹

E. De controle op rechtsmisbruik

58. Men weet dat de controle op rechtsmisbruik in de uitoefening van contractuele rechten, een bijkomende, maar subsidiaire mogelijkheid biedt aan de rechter.²⁷² In dit geval zal hij zich immers buigen over een beding dat reeds geoorloofd is bevonden. Het beding zelf staat niet meer ter discussie maar de concrete wijze waarop de contractant uitwerking geeft aan dit beding. Overeenkomstig het generieke criterium van rechtsmisbruik²⁷³ zal worden nagegaan of de wijze waarop de houder van het recht of van de bevoegdheid die hij uit het beding put, niet handelt op een wijze die manifest de grenzen te buiten gaat van de normale rechtsuitoefening door een redelijk en bedachtzaam persoon, in dezelfde omstandigheden geplaatst.²⁷⁴ Het betreft dus een marginale toetsing van de rechtsuitoefening. De bijzondere criteria van rechtsmisbruik, waaronder het zeer bruikbare proportionaliteitscriterium, zijn een hulpmiddel bij de vaststellingen in feite van de rechter die misbruik van recht aanwezig acht.²⁷⁵

Het valt op dat deze grenscontrole op de houding van een wederpartij bij de uitoefening van haar contractuele rechten of bij de toepassing van een contractuele sanctie, zelden wordt ingeroepen door de tegenpartij. De mogelijkheid om rechtsmisbruik bij de uitoefening van de contractuele sanctie in te roepen, is door het Hof van Cassatie tot nog toe enkel erkend bij schadebedingen. Het Hof kreeg nog niet de kans

²⁷⁰ I. DEMUYNCK, *o.c.*, in *CBR Jaarboek 1998-99*, 347-348.

²⁷¹ Stellen het beroep op rechtsmisbruik voor: M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 279; E. MONTERO, *o.c.*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 33.

²⁷² S. STIJNS, «Abus, mais de quel(s) droit(s)», *J.T.* 1990, (33), nr. 3.2.; *Id.*, *o.c.*, 1994, nr. 308.

²⁷³ S. STIJNS, *o.c.*, *J.T.* 1990, nr. 3.3.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 45.

²⁷⁴ Cass. 10 september 1971, *Pas.* 1972, 28, met noot W.G., *Arr. Cass.* 1972, 31, met conclusie van procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH, *R.C.J.B.* 1976, 300, met noot VAN OMMESLAGHE.

²⁷⁵ S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 45.

om zich uit te spreken met betrekking tot de exoneratiebedingen en uitdrukkelijk ontbindende bedingen. Wellicht is de terughoudendheid van de feitenrechters en van de partijen om zich op deze redelijkheidstoets te beroepen, gedeeltelijk te verklaren door de onzekerheid over de concrete gevolgen die door de rechter verbonden zullen worden aan een vastgesteld misbruik. Recentelijk mocht het Hof van Cassatie de sancties bij rechtsmisbruik evenwel verduidelijken.

1° Welke sanctie wordt verbonden aan misbruik van een contractuele sanctie?

59. De betuiging van het rechtsmisbruik moet tot resultaat hebben dat aan de abusieve handeling elk rechtsgevolg wordt ontnomen. Dit vormt het uitgangspunt. Een partij mag zich immers niet beroepen op of voordeel halen uit een rechtsuitoefening die strijdt met de goede trouw.²⁷⁶ Ons Hof van Cassatie preciseerde dat de sanctie op rechtsmisbruik derhalve niet noodzakelijk het totale verbeuren van een recht tot gevolg moet hebben, maar dat ze kan bestaan in het herleiden van het recht tot zijn normaal gebruik (d.i. opleggen van de normale rechtsuitoefening of herstel *in natura*) of in het herstel van de schade die werd veroorzaakt door het misbruik (herstel bij equivalent).²⁷⁷ Hiermee werd aan de rechter een *matigingsbevoegdheid* toevertrouwd.²⁷⁸

60. In het hierboven vermelde arrest van 18 februari 1988 bevestigde het Hof van Cassatie dat de sanctie van rechtsmisbruik bij een schadebeding bestaat in de vermindering van het recht tot zijn normaal gebruik.²⁷⁹ Dit kwam er vaak op neer dat de bedongen schadevergoeding gematigd werd tot de werkelijk geleden schade.²⁸⁰ Maar hoe ver reikt dat matigingsrecht? Een arrest van het Hof van Cassatie van 8 februari 2001 brengt een nieuw element aan, aangaande de toe te passen sanctie. Hoewel ook in deze zaak het bestreden arrest handelde over een schadebeding, is het antwoord van het Hof in een ruimer perspectief geformuleerd, omdat het verwijst naar «misbruik bij de uitoefening van contractuele rechten» en naar de «toepassing van een contractueel beding». Het Hof van Cassatie overweegt: «dat de sanctie van het misbruik bij de uitoefening van contractuele rechten bestaat in het opleggen van de normale uitoefening ervan of in het herstel van de schade ten gevolge van dat misbruik; dat wanneer de abusieve rechtsuitoefening betrekking heeft op de toepassing van een contractueel beding, het herstel erin kan bestaan dat aan de schuldeiser het recht wordt ontzegd om op dat beding een beroep te doen».²⁸¹ De matigingsbevoegdheid van de rechter bij rechtsmisbruik kan dus voor de schuldeiser betekenen dat hij in het geheel geen beroep meer kan doen op het schadebeding.²⁸² Dit betekent

evenwel niet dat de rechter op grond van de matigende werking van de goede trouw een contractuele sanctie en dus de overeenkomst zomaar «*terzijde schuift*», maar dat hij aan de schuldeiser, gelet op de omstandigheden, het recht geheel of gedeeltelijk ontzegt om nog verder een bepaald contractueel recht uit te oefenen.²⁸³ Deze oplossing is volledig verzoenbaar met het hierboven geformuleerde uitgangspunt.

61. Ook bij *misbruik van de ontbindingsbevoegdheid* die men uit een uitdrukkelijk ontbindend beding put, kan de rechter op vordering van de debiteur ingrijpen op grond van art. 1134, derde lid, B.W. Het gaat ook hier om een situatie waarin de schuldeiser handelt binnen de voorwaarden van het uitdrukkelijk ontbindend beding dat bovendien geoorloofd is, maar waarin hij zich bij het nemen van zijn ontbindingsbeslissing op een manifest onbetamelijke wijze gedraagt. Hierboven en elders hebben wij de mogelijkheid van een *a posteriori* redelijkheidstoetsing bepleit: een toetsing, niet meer van het beding zelf, maar van de uitoefeningswijze van de verleende bevoegdheid, dus van de eenzijdige ontbindingssanctie zelf.²⁸⁴ Met deze matigingsbevoegdheid kan de rechter een ontbinding betuigen die als sanctie kennelijk buiten verhouding zou staan tot de verweten tekortkoming.

Omdat het de opdracht van de rechter is om een aangepaste sanctie op te leggen, aangepast aan de aard en de vorm van het rechtsmisbruik,²⁸⁵ hebben wij verdedigd dat de sanctie erin kan bestaan dat het beroep door de schuldeiser op het beding *onwerkzaam* wordt verklaard, zodat het zonder gevolg moet blijven. Uiteraard behoort een gewoon schadeherstel ook tot de mogelijkheden. Wat daarentegen moeilijk te realiseren valt, maar niet uitgesloten is, is dat de uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid zou worden «herleid» tot binnen haar normale grenzen. Het lijkt ons dan ook volledig in overeenstemming te zijn met het genoemd cassatiearrest van 8 februari 2001 en met de behoeften van de realiteit, dat de rechter vaststelt dat wegens rechtsmisbruik de genomen abusieve ontbindingsbeslissing geen gevolg heeft gehad.²⁸⁶ Hierdoor blijft de overeenkomst overeind en kunnen partijen opnieuw de gerechtelijke ontbinding vorderen. De rechter herwint zijn preventieve uitstel- en matigingsbevoegdheden.²⁸⁷ Deze sanctie van rechtsmisbruik in de uitoefening door de schuldeiser van zijn ontbindingsbevoegdheid, is streng maar heeft onmiskenbaar zijn nut, bijvoorbeeld wanneer de schuldeiser het contract eenzijdig heeft trachten te ontbinden, ondanks een zeer geringe tekortkoming.

²⁷⁶ GANSHOF VAN DER MEERSCH, conclusie voor Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 40-41.

²⁷⁷ Cass. 16 december 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 518; Cass. 11 juni 1992, *R.W.* 1992-93, 373 en *J.T.* 1992, 676.

²⁷⁸ S. STJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 46.

²⁷⁹ Cass. 18 februari 1988, *gecit.*

²⁸⁰ A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 254.

²⁸¹ Cass. 8 februari 2001, *R.W.* 2001-02, 778, met noot A. VAN OEVELEN. *T. Not.* 2001, 473, met noot C. DEWULF.

²⁸² Maar deze sanctie van rechtsmisbruik is geenszins de regel. Bij misbruik van het recht geput uit een schadebeding zal een verbod op de uitoefening ervan in de meerderheid van de gevallen maar verantwoord kunnen worden wanneer het gaat om een beding dat slechts een *eenmalige toepassing* kent.

²⁸³ Reeds in die zin: E. DIRIX, *o.c.*, *T.B.H.* 1988, 663 en 664.

²⁸⁴ S. STJNS, *o.c.*, 1994, nrs. 373-385. Zie *supra*, randnr. 26.

²⁸⁵ GANSHOF VAN DER MEERSCH, conclusie voor Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 40-41.

²⁸⁶ S. STJNS, *o.c.*, 1994, nr. 375.

²⁸⁷ S. STJNS, *o.c.*, 1994, nr. 376.

2° Kan een controle op rechtsmisbruik bij exoneratiebedingen?

62. Een deel van de doctrine verwerpt de mogelijkheid om een controle op rechtsmisbruik door te voeren bij de uitoefening van een exoneratiebeding²⁸⁸ of stelt vast dat een matiging van de uitwerking van bevrijdingsbedingen op grond van het beginsel van de goede trouw, noch door de wetgever, noch door de rechtspraak of de rechtsleer zijn ingevoerd.²⁸⁹ Op heden liggen de zaken beduidend anders. Alle contractuele rechten en bevoegdheden dienen in overeenstemming met de eisen van de goede trouw te worden uitgeoefend.²⁹⁰ Wij zien geen reden om het beroep op een bevrijdingsbeding aan de rechtsmisbruikcontrole te laten ontsnappen. Trouwens ook Kruihof, die zich destijds verzette tegen een «verkapte geldigheidscontrole» via het vereiste van de goede trouw, aanvaardde toen wel een controle in geval van rechtsmisbruik.²⁹¹ Sinds de publicatie van die bijdrage heeft het Hof van Cassatie van de aanwezigheid van rechtsmisbruik de noodzakelijke maar voldoende voorwaarde gemaakt om de matigende werking van de goede trouw toe te passen op contractuele rechten.²⁹²

63. Recentelijk gaan dan ook stemmen op in de doctrine om dit bijkomend controlemiddel toe te passen. Zo oordeelt men dat het in strijd kan zijn met het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van contracten om zich op een bevrijdingsbeding te beroepen in het geval van een zware persoonlijke fout²⁹³ en in geval van bedrog van zijn aangestelde.²⁹⁴ Het Hof van beroep te Gent oordeelde in een arrest van 4 juni 1986 dat een beding waarin de debiteur zich bevrijdt voor de opzettelijke fouten van zijn aangestelden, geldig is. Toch wordt het beding zonder uitwerking gelaten, omdat de vereisten van de goede trouw zich ertegen verzetten dat de debiteur aan zijn aansprakelijkheid tracht te ontsnappen door aan te voeren dat het bedrog niet door hemzelf maar door zijn aangestelde is gepleegd. De levering

²⁸⁸ E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, nrs. 20 en 22; R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 30, p. 267-269.

²⁸⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 15.

²⁹⁰ P.A. FORIERS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1994, nr. 17; S. STJNS, *o.c.*, *J.T.* 1990, nr. 2.3.1.; S. STJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 45.

²⁹¹ «Kortom, derogerende werking van de goede trouw is slechts verantwoord in marginale gevallen, wanneer zich werkelijk uitzonderlijke omstandigheden voordoen, kortom bij rechtsmisbruik» (*o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 30).

²⁹² Zie: S. STJNS, «La 'rechtsverwerking': fin d'une attente (dé-)raisonnable? Considérations à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1990», *J.T.* 1990, (685), nrs. 22-23; S. STJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, «Chronique», *J.T.* 1996, nr. 42.

²⁹³ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 279; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 41.

²⁹⁴ M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 279; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 44; E. MONTERO, *o.c.*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 33.

²⁹⁵ Maar ten onrechte wordt het verbod op rechtsmisbruik vernoemd als een vierde beperking aan de geldigheid (*sic*) van bevrijdingsbedingen: B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nrs. 32 en 57.

²⁹⁶ Gent 4 juni 1986, *Computerr.* 1986/4, 265, met noot K. VAN HOECKE.

van een informaticasysteem wordt verder bestempeld als een overeenkomst waarin de goede trouw behoort tot de essentiële elementen.²⁹⁶

Het is duidelijk dat dit subsidiair en marginaal controlemiddel daar opduikt waar de klassieke controlemechanismen geen oplossing bieden voor wat als een onrechtvaardigheid wordt ervaren. Het dient derhalve niet te verwonderen dat men het rechtsmisbruik inroept op het vlak van de bevrijding voor zijn eigen zware fout en voor het bedrog van zijn hulppersonen. Ook de WHPC kent een soort «catch-all-verbod» voor bevrijdingsbedingen die «ongepast» worden bevonden door de rechter (art. 32, 27°, WHPC).

Men kan natuurlijk opwerpen dat er voor de exoneratiebedingen voldoende andere controlemiddelen ter beschikking staan van partijen en rechters. Zo geldt het vereiste van een uitdrukkelijke bevrijding voor de eigen zware fout. Zo wordt ook veel opgevangen door het verbod om het contract uit te hollen.

64. Maar bij de studie van deze laatste controlemogelijkheid vallen toch wel de aarzelingen van de rechtspraak en de rechtsleer op over de grondslag van deze ongeoorloofdheid en over de sanctie van het ongeldige exoneratiebeding. Uit de verdeeldheid van de doctrine blijkt de rechtsonzekerheid die gepaard gaat met de figuur van de «uitholling van het contract», zodat de figuur van het rechtsmisbruik wellicht meer houvast biedt. Zijn ongeldig, de bevrijdingsbedingen die een partij voor de niet-nakoming van een essentiële verbintenis bevrijdt, maar ook de bedingen die de betekenis of het nut van de overeenkomst, naar haar aard, dermate beperken dat een essentiële verbintenis niet moet worden uitgevoerd.²⁹⁷ Een dergelijk beding – en enkel het beding zelf – zou volgens de ene auteur, relatief nietig zijn,²⁹⁸ volgens een ander absoluut nietig.²⁹⁹ Nog een ander vreest zelfs voor de nietigheid van het gehele contract wegens aantasting van de (voorwerp-)oorzaak.³⁰⁰ Hiertegen wordt terecht aangevoerd dat de verdwijning van het contract in de kaart zou spelen van de debiteur, zodat men de nietigheid best beperkt tot het beding, zoals trouwens in art. 32, 11°, WHPC.³⁰¹ Van Ommeslaghe voelt er meer voor om in deze figuur een toepassing te zien van de leer van de goede trouw:³⁰² handelt in strijd met de goede trouw, de debiteur die nadat hij het contract heeft uitgehold, zich op het voordeel van een dergelijk ingrijpend bevrijdingsbeding zou willen beroepen. Persoonlijk zien wij in dit laatste een kringredenering, want de debiteur handelt maar in strijd met de goede trouw omdat een andere norm het beding al te

²⁹⁷ Zie *supra*, randnr. 13.3.

²⁹⁸ Impliciet: P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 11. Zie: Kh. Brussel 3 november 1992, *T.B.H.* 1993, 992, met noot.

²⁹⁹ Want in strijd met de openbare orde: M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 284; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 45; R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 37.

³⁰⁰ L. CORNELIS, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1981, nr. 13.

³⁰¹ B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 46. Wil ook de nietigverklaring tot het beding beperken: R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 37.

³⁰² P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, in *Convergences et divergences*, 1994, nr. 11; E. MONTERO, *o.c.*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 35.

«ingrijpend» verklaart en onaanvaardbaar acht dat men zich bevrijdt voor de niet nakoming van een essentiële verbintenis. O.i. is een beding dat het voorwerp van een wezenlijke verbintenis tenietdoet, absoluut nietig wegens strijdigheid met de openbare orde.³⁰³

Men kan wel begrip opbrengen voor de auteurs die, op zoek naar de grondslag en de sanctie voor de verboden «uitholling van het contract», aansluiting zoeken bij de figuur van het rechtsmisbruik: bij de toepassing van beide controles op contractuele bedingen vindt immers een combinatie plaats van een rechterlijke beoordeling *in abstracto en in concreto*.³⁰⁴ Om de uitholling van het contract vast te stellen, zal de rechter immers niet alleen op zoek gaan naar de wezenlijke verbintenissen in het contract, maar hij zal ook de gevolgen van het exoneratiebeding in dit contract nagaan, rekening houdende met de gepleegde tekortkoming en de veroorzaakte schade.³⁰⁵ De kritiek dat de controle op rechtsmisbruik een casuïstische benadering is die rechts-onzekerheid teweegbrengt,³⁰⁶ kan men derhalve evenzeer richten tegen het verbod op de uitholling van het contract.

Maar o.i. is de toets toch verschillend bij een controle op rechtsmisbruik: hier toetst men niet het beding in de gegeven omstandigheden, maar de *uitoefeningswijze* door de houder van het recht in de concrete omstandigheden. Wij zouden de twee controlemiddelen dan ook gescheiden willen houden³⁰⁷ en een controle op rechtsmisbruik willen voorstaan als bijkomend controlemiddel op bevrijdingsbedingen.

F. Sanctionering

65. Hoewel de nietigheid en de matiging als sancties voor ongeoorloofde contractuele bedingen, heel wat interessante vragen uitlokken, kozen wij ervoor om een zeer actueel en prangend probleem aan te kaarten. Het houdt verband met de ongeoorloofde schadebedingen.

Kan nietigverklaring van een schadebeding nog na de nieuwe wet?

66. Enkele auteurs verdedigen de stelling dat de debiteur nog steeds de nietigverklaring mag vorderen van een ongeoorloofd strafbeding. Het toekennen van een matigingsbevoegdheid aan de rechter zou de debiteur niet het recht hebben ontnomen om de strijdigheid met de openbare orde in te roepen en het overdreven beding te doen nietig verklaren op grond van art. 6, 1131 en 1133 B.W.³⁰⁸ In de parlementaire voorbereiding leest men immers nog dat private straffen strijdig zijn met de openbare orde. Enkele

rechters hebben trouwens de nietigverklaring uitgesproken, ondanks de gelding van de nieuwe wet.³⁰⁹

De relevantie van deze vraag blijkt nog uit een wetsvoorstel van 19 oktober 2001 waarin de indieners onder meer voorstellen om in de wet duidelijk te bepalen dat de rechter buitensporige schadebedingen niet enkel kan matigen, maar ook nog kan nietig verklaren.³¹⁰ Een ander deel van de doctrine verzet zich stevig tegen deze «alternatieve» mogelijkheid, naast de wettelijke matiging.³¹¹ Zij kunnen steunen op de bedoeling van de wetgever zoals die uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 23 november 1998 blijkt: men wenste een einde te maken aan de rechts-onzekerheid die het gevolg was van de lagere rechtspraak, die afweek van de hogere, door als sanctie de matiging te verkiezen boven de nietigheid.³¹²

67. Toch is met de nieuwe wet zeker niet alles opgelost. De zuivere strafbedingen of private dwangsommen vallen niet onder de definitie van art. 1226 B.W. en kunnen dus niet onder de matigingsbevoegdheid van de rechter ressorteren. Zij passen trouwens niet in een stramen van matiging (zie art. 1231, §1, B.W.).³¹³ Nochtans dienen bedingen die geen schadevergoedend karakter hebben, maar louter een private straf willen koppelen aan de uitvoering van een verbintenis teneinde deze te prikkelen, ook beteugeld te worden. Kunnen zij vooralsnog worden nietig verklaard wegens strijdigheid met de openbare orde?

68. De oplossing ligt in de erkenning dat het nieuwe art. 1226 B.W. niet alle vormen van strafbedingen op het

³⁰⁹ Maar het valt niet uit te maken of dit uit onwetendheid is over het bestaan van de nieuwe wet, dan wel met kennis van zaken. Zie: Brussel 31 januari 2000, *J.T.* 2000, 621; Gent 15 april 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 698; Kh. Brussel 21 juni 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 509, met noot VANDEN BERGHE; Rb. Veurne 28 januari 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 263.

³¹⁰ Wetsvoorstel ingediend door volksvertegenwoordigers De Meyer en Verlinde, *Parl. St.*, Kamer, 2001-02, nr. 1457/001. Voor pertinente kritiek op het wetsvoorstel, zie: I. SAMOY, *o.c.*, *R. Cass.* 2002, te verschijnen, nr. 23.

³¹¹ C. BIQUET-MATHIEU, *o.c.*, *J.T.* 1999, 711-712; *Id.*, *o.c.*, in *Les obligations contractuelles*, 2000, 504-505; W. GOOSSENS, «De kwalificatie van een makelaarsovereenkomst en van de vergoeding die verschuldigd is als gevolg van de verkoop door de opdrachtgever – Vragen van overgangsrecht m.b.t. de nieuwe Wet op de schadebedingen» (onder Bergen 23 februari 1999), *T.B.B.R.* 2000, 438-439; J.H. HERBOTS, *o.c.*, *Themis Cahier* 5, 2001, nr. 19; P. WÉRY, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nr. 45; *Id.*, *o.c.*, *J.T.* 2000, 616-617.

³¹² Zie: Verslag P. Lano, *Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1373/4, p. 6.

³¹³ Dit was de moeilijkheid waarmee de rechter te Veurne was geconfronteerd (Rb. Veurne 28 januari 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 263): de koper van aandelen in een vennootschap had zich ertoe verbonden om de zekerheden die de verkoper ooit had gevestigd ten voordele van een kredietinstelling, binnen twee jaar te vervangen. Bij niet-nakoming van deze verbintenis zou een som van 200.000 fr. per maand verschuldigd zijn. De Rechtbank oordeelt dat dit beding er niet toe strekt de potentiële schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst, op het ogenblik van de contractsluiting, op forfaitaire wijze vast te leggen, maar wel om een zeer hoge vergoeding te bepalen, met de enkele bedoeling tot uitvoering van het contract te prikkelen. Zo'n beding, vervolgt de rechter, was en is nog steeds strijdig met art. 6 B.W. en moet nietig worden verklaard, zodat er zelfs geen aanleiding bestaat tot vermindering met toepassing van de nieuwe wet.

³⁰³ In dezelfde zin: M. COIPEL, *o.c.*, 1999, nr. 284; B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nr. 45; R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 37.

³⁰⁴ B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nrs. 47-57.

³⁰⁵ B. DUBUISSON, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution ...*, 2001, nrs. 47-48.

³⁰⁶ In die zin: R. KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 1984, nr. 30.

³⁰⁷ Voor een redenering waarin men beide figuren vermengt, zie: Luik 25 januari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 520.

³⁰⁸ I. DEMUYNCK, *o.c.*, *R.W.* 1999-2000, nr. 11; C. DELFORGE, *o.c.*, *Rev. not.b.* 1999, 612.

oog heeft. Vallen binnen het toepassingsbereik van deze bepaling, alle bedingen waarmee partijen op voorhand hebben vastgesteld welke schadevergoeding verschuldigd zal zijn bij wanprestatie. Dit kunnen geldige schadebedingen zijn, maar ook overdreven hoog gestelde schadebedingen, waarin het indemnitaire karakter gemengd is met het punitieve (zgn. *gemengde* schadebedingen). Deze bedingen vallen onder de nieuwe sanctieregeling van art. 1231, § 1, B.W. en kunnen *uitsluitend* de matigingssanctie ondergaan. De in de praktijk eerder zeldzame zuiver punitieve bedingen of zuivere *strafbedingen*, vallen buiten het toepassingsgebied van art. 1226 B.W. en zullen moeten worden nietig verklaard wegens strijdigheid met de openbare orde (art. 6 B.W.). Dit betekent evenwel niet dat de overdreven indemnitaire schadebedingen die worden beheerst door de nieuwe wet, verzoenbaar zijn met de openbare orde. Integendeel, de regel blijft dat alle schadebedingen die méér of wat anders inhouden dan de forfaitaire bepaling van de potentiële schade,³¹⁴ in strijd zijn met de openbare orde. Met de nieuwe wet van 23 januari 1998 heeft de wetgever evenwel de daaraan verbonden *nietigheidssanctie willen vervangen* – voor wat overdreven schadebedingen betreft – *door de minder radicale matiging*.³¹⁵ De matiging is als sanctie *in de plaats gekomen* van de al te strenge nietigverklaring, het is geen alternatief. Nergens blijkt immers het bestaan van een *keuzerecht* voor de rechter tussen matiging en nietigverklaring, wat onverenigbaar zou zijn met de wil van de wetgever om duidelijkheid te scheppen in de sanctie en een einde te maken aan de duale situatie in de rechtspraak.

69. De sanctie is dus gewijzigd, maar de grondslag om een sanctie op te leggen, namelijk de strijdigheid met de openbare orde van private bestraffing en speculatie op de wanprestatie van de debiteur, is o.i. ongewijzigd gebleven.³¹⁶ In deze zin stelt Moreau-Margrève: «voulu par le législateur de 1998, le changement de la sanction n'est qu'une mesure pragmatique qui, dans l'esprit du législateur, n'affecte pas l'anathème décrété par la Cour de cassation à l'égard des clauses pénales non indemnitaires; c'est toujours pour un motif tenant à la contrariété à l'ordre public que les clauses pénales de nature comminatoires se trouvent condamnées».³¹⁷ De nieuwe regeling van art. 1226 e.v. B.W. is dus, *op het vlak van de sanctie*, een uitzondering op de algemene regel geformuleerd in art. 6, 1131 en 1133 B.W.³¹⁸

³¹⁴ Om het met de woorden van KRINGS te zeggen (conclusie voor Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 760).

³¹⁵ Wetsvoorstel van L. Willems, *Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1373/1, p. 3-4; Verslag P. Lano, *Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1373/4, p. 3.

³¹⁶ I. SAMOY, *o.c.*, *R. Cass.* 2002, te verschijnen, nr. 20. Zie: Wetsvoorstel van L. Willems, *Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1373/1, p. 2-3; Verslag P. Lano, *Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1373/4, p. 14-15.

³¹⁷ I. MOREAU-MARGRÈVE, «Quel sort réserver aux clauses reconnaissant à une partie une faculté de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement d'une somme d'argent» (onder Cass. 22 oktober 1999), *R.C.J.B.* 2001, (112), 129. In deze zin ook: A. VAN OEVELEN, *o.c.*, in *Overeenkomstenrecht*, 2000, nr. 251.

³¹⁸ In die zin ook: I. SAMOY, *o.c.*, *R. Cass.* 2002, te verschijnen, nr. 20.

³¹⁹ I. SAMOY, *o.c.*, *R. Cass.* 2002, te verschijnen, nr. 21; H. SCHELHAAS, *o.c.*, *T.P.R.* 2000, 1404; B. WYLLEMAN, *o.c.*, *A.J.T.* 1998-1999, nr. 9, *if*.

'Uitzondering' is zelfs een te sterke uitdrukking; men is niet afgestapt van de nietigheid als normale sanctie bij de strijdigheid met de openbare orde, omdat het nieuwe matigingsrecht van de rechter terecht wordt beschouwd als een toepassing van de figuur van de *partiële nietigheid*.³¹⁹ Daar komt de matiging immers op neer.³²⁰ Ook uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever de matigingsbevoegdheid eigenlijk ziet als een vorm van partiële nietigheid.³²¹ Het gaat dus niet op om te stellen dat de strijdigheid met de openbare orde van exorbitante schadebedingen nog steeds aanleiding moet kunnen geven tot volledige nietigverklaring, omdat een bijzondere regeling voorziet in hun matiging.

70. Het op het eerste gezicht incoherent systeem herwint enigszins zijn logica: volledige nietigverklaring van het strafbeding in contracten met consumenten (bv. art. 32, 21^o, WHPC) om hen een verhoogde bescherming te bieden,³²² volledige nietigverklaring ook voor clausules die het grondrecht van de debiteur een beroep te doen op een onpartijdige rechter belemmeren (art. 1023 B.W.),^{323 324} gehele nietigheid voor zuiver private straffen die niets gemeen hebben met vergoedende bedingen, maar uitsluitend een partiële nietigverklaring of matiging in alle andere gevallen die ressorteren onder het gemene recht wanneer het vergoedend beding kennelijk te hoog is gesteld in verhouding tot de potentiële schade.

IV. BESLUIT

71. Aan het einde van dit onderzoek heeft men de stellige indruk dat het principe van de wilsautonomie een oude dame is met vele kwalen. Wat partijen bedingen bij de contractsluiting, zal niet met zekerheid kunnen worden afdwongen: het wordt immers door de rechter grondig getoetst, gewikt en gewogen. Gaat het om contractuele sancties, dan komt er haast geen einde aan de lijst controlemiddelen die tegen de stipulant kunnen worden ingezet. Naast de klassieke, onrechtstreekse controle op de bedingen, door interpretatie, herkwalificatie en door het toestemmingsvereiste, wordt de rechtstreekse controle gesta dig strenger. De lijst ongeoorloofde aansprakelijkheidsregelingen wordt immers alsnar langer en complexer. De wetgever komt vaker tussen, niet alleen door invoering van belangrijke, bijzondere wetgeving, zoals op het vlak van de consumentenbescherming, maar ook in het gemene recht.

³²⁰ Van Gerven heeft sinds 1970 gepleit voor matiging van schadebedingen, wat moest neerkomen op een gedeeltelijke nietigverklaring door reductie van het overdreven en dus ongeoorloofde deel van het strafbeding. Zo kon het beding, dat slechts voor een gedeelte een private straf inhield, tot een geoorloofd schadebeding worden herleid dat beantwoordde aan de potentiële schade (*o.c.*, *R.W.* 1976-77, 1381).

³²¹ B. WYLLEMAN, *o.c.*, *A.J.T.* 1998-1999, nr. 9, *in fine*.

³²² Want zo verdwijnt het beding definitief uit het contract, wat belangrijk kan zijn in een duurcontract. Zie meer hierover: I. DEMUYNCK, *o.c.*, *R.W.* 1999-2000, nrs. 11-19.

³²³ Hieronder valt bijv. de verhoging van de schuldvordering met het ereloon van een advocaat: Cass. 7 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 390, *R.W.* 1995-96, 188, met goedkeurende noot A. VAN OEVELEN.

³²⁴ Voor andere voorbeelden van absolute verbodsbepalingen op schadebedingen, zie: P. WÉRY, *o.c.*, in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, nrs. 63 e.v.

Hij verbiedt bepaalde bedingen, maar hij differentieert ook de sanctie bij ongeoorloofdheid: de nietigverklaring wordt soms matiging. Ten slotte ondervindt het beginsel van de partijautonomie een sterk «matigend» effect vanwege de expansie van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van contracten en vanwege de «renaissance» van het verbod op rechtsmisbruik dat ermee gepaard ging.

Partijen zullen derhalve vaak hun «contractuele wensen» moeten afleggen tegen de «matigende» interventies van wetgever en rechter. Dit lijkt op het eerste gezicht strijdig met het beginsel van de contractvrijheid als gewenst in 1804. Dit is niet noodzakelijk het geval. De onderliggende gedachte van de Napoleontische codificatie op het vlak van het ver-

bintenissenrecht, was dat de wil van de éne net de wil van de andere zou matigen. Met andere woorden, de idee van de gelijkheid van partijen was predominant aanwezig. Nadien bleek dit een onrealistische gedachte, zelfs een gevaarlijke fictie te zijn. Het ligt dan ook voor de hand dat wetgevers en rechters via andere technieken een zekere gelijkheid tussen contractanten trachten te herstellen, in een poging om bij de contractsluiting, en minstens bij de contractuitvoering, te komen tot een groter contractueel evenwicht.

Prof. Dr. Sophie STIJNS
Hoogleraar K.U.Leuven en Hoofddocent K.U.Brussel
Professeur invité U.C.L.

IUS EST VIGILANTIBUS IN EUROPEES PERSPECTIEF. DE HANDHAVING VAN EG-RECHT

I. DE FUNDAMENTEN VAN DE COMMUNAUTAIRE RECHTSORDE: DIRECTE WERKING EN VOORRANG

Met het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap riepen de lidstaten in 1957 een «eigen rechtsorde in het leven» die, anders dan met gewone internationale verdragen het geval is, «bij de inwerkingtreding van het Verdrag in de rechtsorde der lidstaten is opgenomen».¹ Het EEG-Verdrag is dan ook «meer dan een overeenkomst welke slechts wederzijdse verplichtingen tussen de verdragsluitende mogendheden schept»,² maar riep een rechtsstelsel in het leven «dat bindend is zowel voor hun onderdanen als voor henzelf».³

Deze eigen rechtsorde heeft als wezenlijk kenmerk dat de «staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit/soevereine rechten definitief⁴ hebben begrensd dan wel ingeperkt of overgedragen».⁵ Dit heeft tot gevolg dat niet enkel zijzelf, «maar ook hun onderdanen gerechtigd zijn»,⁶ waarbij de «waakzaamheid der belanghebbenden van hun rechten op de verzekering van hun rechten een doelmatige controle verschaft»,⁷ naast en bovenop het toezicht dat art. 226 en 227 EG-Verdrag aan de Commissie en de lidstaten opdragen⁸ ten aanzien van regelen die «duidelijk en onvoorwaardelijk zijn en geen enkele uitvoeringsmaatregel vereisen».⁹

Deze *directe werking of rechtstreekse toepasselijkheid* van het Gemeenschapsrecht waarborgt de «onmiddellijke rechtsbescherming van de eigen aanspraken der ingezetenen»¹⁰ en betekent met name dat «de regels vanaf hun inwerkingtreding en tijdens hun gehele geldigheidsduur hun volle werking op eenvormige wijze in alle lidstaten moeten

ontplooiën. De rechtstreeks toepasselijke bepalingen zijn aldus een rechtstreekse bron van rechten en verplichtingen voor allen die zij betreffen, ongeacht of het gaat om lidstaten of om particulieren die partij zijn bij rechtsbetrekkingen die onder het Gemeenschapsrecht vallen».¹¹

Het bijzondere karakter van het Gemeenschapsrecht maakt dat het «niet door enig voorschrift van nationaal recht (kan) worden opzijgezet, zonder zijn gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de Gemeenschap zelf daardoor wordt aangetast».¹² Deze *voorrang* betekent concreet dat de «verdragsbepalingen en de rechtstreeks toepasselijke handelingen der instellingen, in hun verhouding tot het nationale recht der lidstaten tot gevolg hebben niet alleen dat zij door het enkele feit van hun inwerkingtreding elke strijdige bepaling van de bestaande nationale wetgeving van rechtswege buiten toepassing doen treden, maar ook – daar die bepalingen en handelingen onderdeel van hogere rang vormen van de op het grondgebied van elk der lidstaten geldende rechtsorde –, dat zij in de weg staan aan de geldige totstandkoming van nieuwe nationale wetgevende handelingen, voor zover die onvereenigbaar met de Gemeenschapsregels zouden zijn».¹³ De «toekenning van enige rechtskracht aan nationale wetgevende handelingen die op het terrein komen waarbinnen de wetgevende bevoegdheid der Gemeenschap geldt, of die anderszins met de bepalingen van het Gemeenschapsrecht onverenigbaar zijn, zou (immers) neerkomen op een ontkenning in zoverre van de werkingskracht van door de lidstaten bij het Verdrag onvoorwaardelijk en onherroepelijk aanvaarde verbintenissen, en (zou) aldus tornen aan de grondslagen zelf der Gemeenschap».¹⁴

Binnen de domeinen waarin de lidstaten een deel van (de uitoefening van) hun soevereine rechten definitief en onvoorwaardelijk hebben overgedragen aan de Gemeenschap,¹⁵ handelt deze met toepassing van het attributiebeginsel «binnen de grenzen van de haar door dit Verdrag verleende bevoegdheden en toegewezen doelstellingen»

¹ H.v.J., 15 juli 1964, *Costa t/ ENEL*, 6/64, *Jur.*, 1964, 1203, rechtsoverweging 10.

² H.v.J., 5 februari 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Jur.*, 1963, 3, rechtsoverweging 15.

³ H.v.J., 15 juli 1964, *Costa t/ ENEL*, 6/64, *Jur.*, 1964, 1203, rechtsoverweging 11.

⁴ H.v.J., 22 februari 1968, *San Michele*, 9/65, *Jur.*, 1968, 4; H.v.J., 13 juli 1972, *Commissie t/ Italië*, 48/71, *Jur.*, 1972, 529, rechtsoverweging 9.

⁵ H.v.J., 5 februari 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Jur.*, 1963, 3, rechtsoverweging 19; H.v.J., 15 juli 1964, *Costa t/ ENEL*, 6/64, *Jur.*, 1964, 1203, rechtsoverweging 11 en 21; H.v.J., 3 april 1968, *Mölkerei-Zentrale Westfalen t/ Lippe HZA Paderborn*, 28/67, *Jur.*, 1968, 143, rechtsoverweging 1.

⁶ H.v.J., 5 februari 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Jur.*, 1963, 3, rechtsoverweging 19.

⁷ H.v.J., 5 februari 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Jur.*, 1963, 3, rechtsoverweging 32.

⁸ Waarover verder meer.

⁹ Klassieke voorwaarden voor directe werking, o.m. aan de orde in H.v.J., 14 december 1995, *Sanz de Lera*, C-163/94, C-264/94 en C-250/94, *Jur.*, 1995, I-4821.

¹⁰ H.v.J., 5 februari 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Jur.*, 1963, 3, rechtsoverweging 30, *a contrario*.

¹¹ H.v.J., 9 maart 1978, *Simmmenthal*, 106/77, *Jur.*, 1978, 629, rechtsoverweging 14.

¹² H.v.J., 15 juli 1964, *Costa t. ENEL*, 6/64, *Jur.*, 1964, 1203, rechtsoverweging 20.

¹³ H.v.J., 9 maart 1978, *Simmmenthal*, 106/77, *Jur.*, 1978, 629, rechtsoverweging 17.

¹⁴ H.v.J., 9 maart 1978, *Simmmenthal*, 106/77, *Jur.*, 1978, 629, rechtsoverweging 18.

¹⁵ Luidens art. 2 EG-Verdrag heeft de Gemeenschap «tot taak, door het instellen van een gemeenschappelijke markt en een economische en monetaire unie en door de uitvoering van het gemeenschappelijk beleid of de gemeenschappelijke activiteiten, bedoeld in de artikelen 3 en 4, het bevorderen van een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap, een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming, de gelijkheid van mannen en vrouwen, een duurzame en niet-inflatoire groei, een hoge graad van concurrentievermogen en convergentie van economische prestaties, een hoog niveau van bescherming en verbetering van de

(art. 5, eerste lid, EG-Verdrag). Indien de subsidiariteitstoets van art. 5, tweede lid, ten gunste van de Gemeenschap werkt, gaat haar optreden hoe dan ook «niet verder dan wat nodig is om de doelstelling van dit Verdrag te verwezenlijken» (art. 5, derde lid, EG-Verdrag). De lidstaten van hun kant «treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak en onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar kunnen brengen» (art. 10 EG-Verdrag).

II. DE GEMEENSCHAPSTROUW VAN ARTIKEL 10 EG-VERDRAG

De gemeenschapstrouw van art. 10 EG-Verdrag, die neerkomt op «a duty to help and not to hinder»,¹⁶ geldt voor alle machten; zonder de loyale uitvoering door nationale (bestuurs)organen en rechterlijke instanties is de volle werking van het Gemeenschapsrecht immers volstrekt illusoir.¹⁷ Door het dynamische en evolutieve karakter van het Gemeenschapsrecht krijgt het *nemo censetur ignorare legem*, naarmate het Europese integratieproces vordert, in alle lidstaten voor elk van de drie machten een steeds omvangrijker Europeesrechtelijke component en dimensie. Daarnaast opereren ook de Europese instellingen in een rechtsgemeenschap waarbinnen het legaliteitsbeginsel onverkort geldt, wat onder meer impliceert dat zowel het wetgevend optreden van Raad, Parlement en Commissie als het handhavend en sanctie opleggend optreden van Raad¹⁸ en/of Commissie¹⁹ aan rechterlijke controle is onderworpen. Bij dit alles geldt het Gemeenschapsrecht door zijn autonoom karakter enkel en alleen uit eigen hoofde: de totstandkoming, gelding, toepassing en interpretatie van het EG-recht wordt uitsluitend door EG-recht zelf geregeld en bepaald, met als onmiddellijk uitvloeisel een verbod van unilateraal optreden wanneer het Verdrag daarin niet voorziet. Iedere unilaterale afwijking van het Gemeenschapsrecht door een lidstaat treft immers «de Gemeenschap in haar wezen»²⁰ en tast, óók wanneer zo'n afwijking gebeurt met een beroep op het nationale belang, «de communautaire rechtsorde tot in haar grondvesten aan».²¹

Dit verbod op eigenrichting en de daarmee samenhangende zorgvuldigheidsplicht van art. 10 EG-Verdrag geldt zowel voor de lidstaten onderling als in de verhouding

kwaliiteit van het milieu, een verbetering van de levensstandaard en van de kwaliiteit van het bestaan, de economische en sociale samenhang en de solidariteit tussen de lidstaten».

¹⁶ J. TEMPLE LANG, «The duties of national authorities under Community constitutional law», *ELRev.*, 1998, (109), 111.

¹⁷ R. BARENTS, *De communautaire rechtsorde*, Deventer, Kluwer, 2000, 320.

¹⁸ Bv. bij het opleggen van antidumpingrechten.

¹⁹ Bv. in het raam van de handhaving van de Europese mededingingsregels.

²⁰ H.v.J., 22 februari 1968, *San Michele*, 9/65, *Jur.*, 1968, 4.

²¹ H.v.J., 14 november 1985, *Neumann*, 299/84, *Jur.*, 1985, 3663.

tussen de lidstaten en de Europese instellingen en omgekeerd.²²

A. De gemeenschapstrouw van de wetgever

Een door de daarmee gepaard gaande handhavingsaspecten duidelijk aanwijsbare uiting van wetgevende gemeenschapstrouw betreft de tijdige en correcte omzetting van richtlijnen in nationaal recht.²³ Afhankelijk van de voorheen bestaande situatie gaat het daarbij om de invoering van een geheel nieuwe wettelijke regeling dan wel om de aanpassing van bestaande regelen aan de bepalingen van de richtlijn. Daarbij doet de aan de lidstaten gelaten keuzevrijheid qua vorm en wegen voor de uitvoering van richtlijnen «niet af van de verplichting van elke lidstaat om in het kader van zijn nationale rechtsorde (via dwingende bepalingen)²⁴ alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren».²⁵ Dit betekent met name dat «wanneer richtlijnen rechten voor particulieren in het leven beogen te roepen, de begunstigen al hun rechten (moeten) kunnen kennen en ze zo nodig voor de nationale rechterlijke instanties (moeten) kunnen doen gelden».²⁶

Bij Verdragsbepalingen en Verordeningen is er niet echt sprake van een formele omzettingplicht, wat echter niet betekent dat zij nooit wetgevende implicaties hebben. Met name wanneer in de nationale context daarmee strijdige wettelijke regelingen bestaan, moet deze strijdigheid via wetgevend optreden worden opgeheven,²⁷ bij voorkeur zonder daartoe een veroordeling van het Hof van Justitie af te wachten.²⁸

Bij dit alles heft de omstandigheid dat een Europese regel directe werking heeft, met een gegarandeerde (rechterlijke) handhaving en rechtsbescherming tot gevolg,²⁹ op geen enkele wijze de verplichting tot wetgevend optreden op. Een lidstaat blijft dan ook in gebreke wanneer «de rechtssub-

²² H.v.J., 13 juli 1990, *Zwartveld*, 2/88, *Jur.*, 1990, I-3365, rechtsoverweging 17; H.v.J., 28 februari 1991, *Delimitis*, C-234/89, *Jur.*, 1991, I-935.

²³ Sinds 2000 wordt hierop een versterkt toezicht uitgeoefend, in die zin dat ingebrekestelling plaatsvindt «binnen een maand nadat de richtlijnen omgezet moeten zijn», *18^e Jaarlijkse Verslag van de Commissie over de controle op de toepassing van het Gemeenschapsrecht*, 16 juli 2001, COM(2001) 309 def., p. 10 (hierna: *18^e Verslag*). Zie voor de stand van omzetting per lidstaat van alle op 31 december 2000 van toepassing zijnde richtlijnen, *18^e Verslag*, p. 13.

²⁴ H.v.J., 2 december 1986, *Commissie t/ België*, 239/85, *Jur.*, 1986, 3645, rechtsoverweging 7: «Eenvoudige administratieve praktijken, die naar hun aard volgens goeddunken van de administratie kunnen worden gewijzigd en waaraan onvoldoende bekendheid is gegeven», volstaan dan ook niet. Vaste rechtspraak, o.m. aan de orde in H.v.J., 12 oktober 1995, *Commissie t/ Spanje*, C-242/94, *Jur.*, 1995, I-3031, rechtsoverweging 6.

²⁵ H.v.J., 10 april 1984, *Von Colson en Kamann*, 14/83, *Jur.*, 1984, 1891, rechtsoverweging 15.

²⁶ H.v.J., 25 juli 1991, *Emmott*, C-208/90, *Jur.*, 1991, I-4269, rechtsoverweging 19; H.v.J., 13 maart 1997, *Commissie t/ Frankrijk*, C-197/96, *Jur.*, 1997, I-1489, rechtsoverweging 16.

²⁷ H.v.J., 26 april 1988, *Commissie t/ Duitsland*, 74/86, *Jur.*, 1988, 2139.

²⁸ Waarover verder meer.

²⁹ Waarover verder meer.

jecten, doordat in een lidstaat een wettelijke regeling wordt gehandhaafd die in strijd is met een bepaling van een richtlijn, in onzekerheid verkeren over hun rechtspositie (...). Noch de verplichting van de nationale rechter om de volle werking van de bepaling van de betrokken richtlijn te verzekeren door elke strijdige bepaling van de betrokken richtlijn buiten toepassing te laten, noch een antwoord van een Minister op een parlementaire vraag waarin aan deze verplichting wordt herinnerd, kan immers wijziging brengen in een wettekst».³⁰

B. De gemeenschapstrouw van de uitvoerende macht

De gemeenschapstrouw van art. 10 EG-Verdrag geldt ook voor de uitvoerende macht, en wel in die mate dat de administratie er niet langer zonder meer kan/mag van uitgaan dat de nationale wettelijke regelen op de naleving waarvan zij toezicht uitoefent een juridisch correcte rechtbasis bieden voor enig optreden van bv. inspectiediensten. Het Europese integratieproces heeft met andere woorden tot gevolg dat de administratie in principe telkens vooraf moet nagaan of de eigen wetgever zijn Europeesrechtelijke verplichtingen naar behoren is nagekomen. Wanneer bv. een richtlijn tijdig en correct is omgezet, is er op het eerste gezicht geen probleem en kunnen de onderscheiden bestuursorganen voortgaan op de in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerde nationale wettelijke regeling en met het toezicht op de naleving daarvan. Toch is ook hier waakzaamheid geboden: met name wanneer de centrale overheid «zijn nationale recht toepast in strijd met Gemeenschapsrecht, mogen lagere overheden (bv. gemeenten) daar niet aan meewerken. Integendeel, ook zij zijn verplicht dit strijdige nationale recht buiten toepassing te laten».³¹ Dit kan bijvoorbeeld van belang zijn bij de toepassing van de communautaire regels met betrekking tot aanbestedingen door gemeenten, die met de communautaire regels strijdige voorschriften van de centrale overheid buiten beschouwing laten. Iedere nationale overheid, aldus het Hof, is verplicht het gemeenschapsrecht toe te passen».^{32 33}

Deze waakzaamheid geldt versterkt in geval van niet-optreden van de nationale wetgever. Handhavingsoptreden van de administratie op grond van ten onrechte niet-aangepaste nationale wettelijke regelingen ontbeert immers een correcte rechtsbasis, en is om die reden zonder meer ontoelaatbaar. De gecombineerde toepassing van de Europese rechtsfiguren «directe werking» en «voorrang» heeft concreet tot gevolg dat de administratie in zekere zin in de plaats treedt van de falende wetgever en op straffe van schending van haar eigen loyaletplicht, de strijdige nationale regelgeving buiten toepassing moet laten en «alle maatregelen (moet) nemen om de volledige doorwerking van het Gemeenschapsrecht te vergemakkelijken».³⁴

³⁰ H.v.J., 13 maart 1997, *Commissie t/ Frankrijk*, C-197/96, *Jur.*, 1997, I-1489, rechtsoverweging 16. Ook aan de orde in H.v.J., 10 mei 2001, *Commissie t/ Nederland*, C-144/99, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*.

³¹ H.v.J., 22 juni 1989, *Costanzo*, 103/88, *Jur.*, 1989, 1836; H.v.J., 19 januari 1993, *Commissie t/ Italië*, C-101/91, *Jur.*, 1993, I-191.

³² H.v.J., 26 april 1988, *Krücken*, 316/86, *Jur.*, 1988, 2213.

³³ R. BARENTS en L.J. BRINKHORST, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 55.

Tegelijk kan noch mag uit het bovenstaande worden afgeleid dat de administratie bij afwezigheid van Europese wetgeving op een bepaald domein de daarvoor uitgevaardigde nationale regelgeving zonder meer en onkort kan toepassen. Zo hebben nationale inspectiediensten sinds *Cassis de Dijon*³⁵ – net in geval van afwezigheid van Europese (harmonisatie)regelen – dwingend rekening te houden met het hierin neergelegde fundamentele onderlinge erkennings-uitgangspunt en is met name de toepassing van nationale productnormen ten aanzien van ingevoerde producten erg duidelijk aan strikte voorwaarden onderworpen. Bij de toetsing van nationale regelen op hun verenigbaarheid met Europees recht moet met andere woorden rekening worden gehouden met alle bronnen van Gemeenschapsrecht: Verdrag, secundair Gemeenschapsrecht én de arresten van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg, die, anders dan in het merendeel van de nationale rechtstelsels *de facto* regelen van dwingend recht bevatten.³⁶

De Gemeenschapstrouw van de uitvoerende macht omvat ten slotte ook de verplichting om «straffen en sancties op te leggen bij overtreding van het Gemeenschapsrecht (...) teneinde de volle werking van dit recht te waarborgen».³⁷ De lidstaten moeten er daarbij niet enkel voor zorgen «dat overtredingen van het Gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht»,³⁸ maar ook «dat de sanctie (...) bij schending van een communautaire norm waaruit particulieren rechten putten, een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming verzekert alsook een echt afschrikwekkende werking heeft».³⁹

C. De gemeenschapstrouw van de rechterlijke macht

Binnen de Europese rechtsorde maakt het «beginsel van effectieve rechterlijke controle, dat ten grondslag ligt aan het

³⁴ H.v.J., 19 januari 1993, *Commissie t/ Italiaanse Republiek*, C-101/91, *Jur.*, 1993, I-191.

³⁵ H.v.J., 20 februari 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, *Jur.*, 1979, 649.

³⁶ Illustratief, H.v.J., 19 januari 1993, *Commissie t/ Italiaanse Republiek*, C-101/91, *Jur.*, 1993, I-191. «De vaststelling (door het Hof van Justitie) dat een lidstaat zijn communautaire verplichtingen niet is nagekomen brengt voor zowel de rechterlijke instanties als de administratieve autoriteiten van deze lidstaat een *volstrekt verbod* mee (het gewraakt regime) nog langer toe te passen enerzijds en de verplichting alle maatregelen te nemen om de volledige doorwerking van het Gemeenschapsrecht te vergemakkelijken anderzijds» (cursivering toegevoegd).

³⁷ K. LENAERTS en D. ARTS, *Europees procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 63, onder verwijzing naar H.v.J., 21 september 1989, *Commissie t/ Griekenland*, 68/88, *Jur.*, 1989, 2965, rechtsoverweging 23; H.v.J., 10 juli 1990, *Hansen*, C-326/88, *Jur.*, 1990, I-2911, rechtsoverweging 17; H.v.J., 2 oktober 1991, *Vandevenne*, C-7/90, *Jur.*, 1991, I-4371; H.v.J., 8 juni 1994, *Commissie t/ Verenigd Koninkrijk*, C-382/92, *Jur.*, 1994, I-2435, rechtsoverweging 55; H.v.J., 8 juni 1994, *Commissie t/ Verenigd Koninkrijk*, C-383/92, *Jur.*, 1994, I-2479, rechtsoverweging 40.

³⁸ H.v.J., 21 september 1989, *Commissie t/ Griekenland*, 68/88, *Jur.*, 1989, 2965, rechtsoverweging 24.

³⁹ K. LENAERTS en D. ARTS, *o.c.*, 63, onder verwijzing naar o.m. H.v.J., 10 april 1984, *von Colson en Kamann t/ Land Nordrhein-Westfalen*, 12/83, *Jur.*, 1984, 1891, rechtsoverweging 23.

constitutionele erfgoed dat alle lidstaten gemeen hebben»⁴⁰ dat een erg belangrijke rol weggelegd is voor rechters. Daarbij zijn de nationale rechters zonder meer te beschouwen als de natuurlijke (be)hoeders van de «onmiddellijke rechtsbescherming van de (Europeesrechtelijke) aanspraken der ingezetenen»,⁴¹ terwijl het Hof van Justitie van zijn kant tot taak en opdracht heeft te waken over «de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van (het) Verdrag» (art. 220 EG-Verdrag), door zowel instellingen als lidstaten. De cruciale bijdrage die rechters leveren tot de naleving en handhaving van het Gemeenschapsrecht rechtvaardigt een meer uitvoerige behandeling van het communautaire systeem van rechterlijke controle en rechtsbescherming.

III. DE RECHTSTREEKSE HANDHAVING VAN HET GEMEENSCHAPSRECHT

A. De handhaving van het legaliteitsbeginsel

Het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg⁴² zien elk binnen het kader van hun bevoegdheden van nabij toe op de eerbiediging van het legaliteitsbeginsel door de instellingen. De handhaving daarvan krijgt concreet vorm middels het nietigheidsberoep van art. 230 EG-Verdrag, het beroep wegens nalaten van art. 232 EG-Verdrag en de schadevergoedingsvordering van art. 235 *juncto* art. 288 EG-Verdrag.

1° De sanctie van art. 230 EG-Verdrag: verplichting voor instelling onwettigheid weg te nemen binnen redelijke termijn

Particulieren (natuurlijke of rechtspersonen) die voldoen aan de al bij al zware ontvankelijkheidseisen van art. 230, vierde lid, EG-Verdrag, komen met hun vordering terecht bij het Gerecht van Eerste Aanleg, met ingeval van schending van rechtsregels een mogelijkheid tot hogere voorziening bij het Hof van Justitie, terwijl lidstaten en instellingen – zonder enig noemenswaardig (proces)belang te moeten aantonen⁴³ – hun eerste en behoudens ongelukken⁴⁴ meteen ook laatste aanleg vinden bij het Hof van Justitie.

Wanneer het Gerecht/Hof de vordering toewijst, geldt de nietigverklaring *erga omnes*⁴⁵ en is de instelling wier han-

deling nietig is verklaard wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van het Verdrag of van enige uitvoeringsregeling daarvan, ertoe gehouden de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie (art. 233 EG-Verdrag). Daarbij gaat het met andere woorden «niet om het uit de communautaire rechtsorde verwijderen van de handeling als zodanig, want die volgt *in se* uit de nietigverklaring van de handeling door de rechter»,⁴⁶ maar «om het (actief) wegnemen van de onwettigheden die in het arrest houdende nietigverklaring zijn vastgesteld. De betrokken instelling kan aldus worden genoopt de situatie van de verzoeker op passende wijze te herstellen of te vermijden dat een identieke handeling wordt vastgesteld».⁴⁷

De essentie van art. 233 EG-Verdrag is de daarin neergelegde «verdeling van bevoegdheden tussen het rechterlijk gezag en het administratief gezag, volgens welke de instelling waarvan de nietig verklaarde handeling is uitgegaan, dient te bepalen welke maatregelen nodig zijn ter uitvoering van een arrest houdende nietigverklaring, en onder toezicht van de Gemeenschapsrechter de beoordelingsbevoegdheid waarover zij beschikt dient uit te oefenen met inachtneming van zowel het dictum als de rechtsoverwegingen van het uit te voeren arrest (die onontbeerlijk zijn om de nauwkeurige betekenis van het dictum te bepalen)⁴⁸ als de bepalingen van Gemeenschapsrecht».⁴⁹ De Gemeenschapsrechter kan dan ook «geen bevelen tot de instellingen richten of zich in hun plaats stellen»⁵⁰ en kan de betrokken instelling evenmin een dwingende termijn opleggen. Dit doet echter niets af aan de juridische, en zij het vrij omslachtig via een (nieuw) beroep wegens nalaten ook afdwingbare, verplichting «de begane onregelmatigheid binnen een redelijke termijn te herstellen».⁵¹

⁴⁶ Ger., 14 september 1995, *Antillean Rice Mills*, T-480/90 en 484/93, *Jur.*, 1995, II-2305, rechtsoverweging 60.

⁴⁷ Beschikking Ger., 14 maart 1997, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen en Hapag-Lloyd Fluggesellschaft t/ Commissie*, T-25/96, *Jur.*, 1997, II-363.

⁴⁸ H.v.J., 26 april 1988, *Asteris*, 97,193,199 en 215/86, *Jur.*, 1988, 2181; Ger., 27 november 1997, *Tremblay*, T-227/95, *Jur.*, 1997, II-2215. Het «zijn immers de rechtsoverwegingen die aangeven welke bepaling precies als onwettig wordt beschouwd en wat precies de redenen zijn van de in het dictum vastgestelde onwettigheid, waar de betrokken instelling bij de vervanging van de nietig verklaarde handeling rekening moet mee houden», H.v.J., 12 november 1998, *Italië t. Raad*, C-352/96, *Jur.*, 1998, I-6937, rechtsoverweging 31; Ger., 15 oktober 1998, *Industrie des poudres sphériques t/ Raad*, T-2/95, *Jur.*, 1998, II-3939, rechtsoverweging 93.

⁴⁹ Ger., 10 juli 1997, *AssiDomän Kraft Products AB*, T-227/95, *Jur.*, 1997, II-1185.

⁵⁰ Vaste rechtspraak, onder meer aan de orde in Ger., 12 juni 1997, *Ladbroke*, T-504/93, *Jur.*, 1997, II-926; Ger., 6 februari 1998, *Interporc t/ Commissie*, T-124/96, *Jur.*, 1998, II-231.

⁵¹ H.v.J., 5 juli 1995, *Parlement t/ Raad*, C-21/94, *Jur.*, 1995, I-1827. Het Hof transposeerde daarbij het concept «redelijke termijn» van art. 34, tweede lid, EGKS-Verdrag naar de EG-context. Volgens het Hof moet immers «op grond van de overwegingen welke aan dat artikel ten grondslag liggen, eveneens aan de Commissie een «redelijke termijn» worden ingeruimd om zich te gedragen naar een arrest tot nietigverklaring van een besluit dat in het kader van het E.E.G.-Verdrag werd genomen, ook al is in dat Verdrag een uitdrukkelijke bepaling dienaangaande niet te vinden», H.v.J., 12 januari 1984, *Turner-Krecké t/ Commissie*, 266/82, *Jur.*, 1984, 1.

⁴⁰ H.v.J., 15 mei 1986, *Johnston*, 222/84, *Jur.*, 1986, 1651, rechtsoverweging 18.

⁴¹ H.v.J., 5 februari 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Jur.*, 1963, 3, rechtsoverweging 30.

⁴² Toegevoegd aan het Hof van Justitie in 1988; in functie sinds 1989.

⁴³ H.v.J., 26 maart 1987, *Commissie t/ Raad*, 45/86, *Jur.*, 1987, 1493, rechtsoverweging 3.

⁴⁴ Luidens art. 41 van het Statuut van het Hof van Justitie kan binnen een termijn van tien jaar (enkel) om herziening van een arrest van het Hof worden gevraagd «op grond van de ontdekking van een feit, dat van beslissende invloed kan zijn en dat, vóór de uitspraak van het arrest, onbekend was aan het Hof en aan de partij die de herziening verzoekt». Zie voor de verdere procedurele uitwerking van dit buitengewoon rechtsmiddel, art. 98-100 Reglement voor de procesvoering.

⁴⁵ Zo reeds H.v.J. in *Frankrijk t/ Hoge Autoriteit*, 1/54, *Jur.*, 1954, 7.

Bij de beoordeling of de periode die bv. de Commissie zichzelf toestond om een nieuwe beschikking te nemen ja dan neen redelijk is, is de «relevante termijn die in aanmerking moet worden genomen voor de beoordeling van de regelmatigheid van een beschikking welke een nietig verklaarde beschikking vervangt, *niet*, zoals bij een intrekking op initiatief van de instelling, de termijn die is verstreken tussen de vaststelling van de eerste beschikking en de vaststelling van de tweede, doch de termijn tussen de uitspraak van het arrest houdende nietigverklaring en de datum van vaststelling van de nieuwe beschikking».⁵² Bij de inhoudelijke beoordeling wordt met name rekening gehouden met «de aard van de maatregelen die genomen moesten worden, alsmede (met) de toevallige omstandigheden van het concrete geval, en in het bijzonder van de verschillende fasen van de besluitvormingsprocedure».⁵³ Zo kwam het Gerecht tot de vaststelling dat een «termijn van 38 maanden tussen de uitspraak van het arrest houdende vernietiging van een beschikking van de Commissie tot vermindering van financiële bijstand van het Europees Sociaal Fonds voor een beroepsopleidingsactie en de vaststelling van de beschikking welke deze vervangt, weliswaar lang (is), doch wat dit betreft, niet als onredelijk (kan) worden beschouwd, wanneer, omdat het twijfelachtig was geworden of de in de eerste beschikking gebruikte gegevens juist en volledig genoeg waren, het dossier opnieuw moest worden samengesteld en dit werk *in casu* een onderzoeksbezoek aan de lidstaten omvatte, een analyse van verzamelde gegevens en verschillende raadplegingen van de nationale autoriteiten».⁵⁴

2º De sanctie van artikel 232 EG: verplichting voor instelling einde te maken aan onwettig nalaten

Art. 232 EG-Verdrag biedt de mogelijkheid de wettigheid van een nalaten een besluit te nemen voor te leggen aan de dwingende rechtsmacht van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg. Het grootste struikelblok van deze procedure is dat het beroep wegens nalaten enkel kans op slagen biedt wanneer de betrokken instelling een wettelijke verplichting tot handelen ten opzichte van de verzoeker miskende⁵⁵ en niet inging op de formele uitnodiging tot handelen.⁵⁶ Van zodra de instelling in reactie daarop enig⁵⁷

⁵² Ger., Ger., 19 maart 1997, *Establecimientos Isidoro M. Oliveira t/ Commissie*, T-73/95, *Jur.*, 1997, II-381; Ger., 14 juli 1997, *Interhotel*, T-81/95, *Jur.*, 1997, II-1265.

⁵³ Vaste rechtspraak, onder meer aan de orde in H.v.J., 12 januari 1984, *Turner-Krecké t/ Commissie*, 266/82, *Jur.*, 1984, 1, rechts-overweging 5; Ger., 19 maart 1997, *Establecimientos Isidoro M. Oliveira t/ Commissie*, T-73/95, *Jur.*, 1997, II-381.

⁵⁴ Ger., Ger., 19 maart 1997, *Establecimientos Isidoro M. Oliveira t/ Commissie*, T-73/95, *Jur.*, 1997, II-381; Ger., 14 juli 1997, *Interhotel*, T-81/95, *Jur.*, 1997, II-1265.

⁵⁵ H.v.J., 15 maart 1984, *Tradax t/ Commissie*, 64/82, *Jur.*, 1984, 1359, rechtsverweking 22-23.

⁵⁶ Wezenlijk vormvoorschrift waarvan het ontbreken de niet-ontvankelijkheid van de vordering wegens nalaten meebrengt. Zo reeds H.v.J., 4 februari 1959, *Gezamenlijke Steenkoolmijnen in Limburg*, 17/57, *Jur.*, 1959, 9, rechtsverweking 27.

⁵⁷ Dat «de standpuntbepaling van de instelling verzoeker geen voldoening schenkt, is niet ter zake dienend, want artikel (232) doelt op een nalaten door niet een besluit te nemen of geen standpunt te bepalen, en niet op het verrichten van een andere handeling dan die

definitief standpunt bepaalt, neemt het nalaten immers een einde en is het beroep niet-ontvankelijk of verliest het zijn voorwerp».⁵⁸

Een verzuim van ex art. 230 EG-Verdrag veroordeelde instelling op te treden binnen een redelijke termijn heeft ontegensprekelijk betrekking op «maatregelen waarvan de strekking zo nauwkeurig kan worden bepaald, dat zij kunnen worden geïndividualiseerd en voorwerp kunnen zijn van uitvoering in de zin van art. 232».⁵⁹ Een geschil «over de vraag of een instelling heeft gehandeld in overeenstemming met de krachtens art. 233 EG-Verdrag op haar rustende verplichtingen wanneer een van haar handelingen is nietig verklaard, valt (dan ook) onder het beroep wegens nalaten zodra het geschil niet de onwettigheid van de ter vervanging van de vernietigde handeling vastgestelde handeling tot voorwerp heeft, maar de vraag betreft of de instelling gehouden is niet alleen om deze handeling te vervangen, maar ook om andere maatregelen te nemen betreffende andere handelingen die niet via de weg van beroep tot nietigverklaring waren betwist».⁶⁰

3º De sanctie van art. 235 juncto art. 288 EG-Verdrag: verplichting voor instelling tot vergoeding van de door of namens haar veroorzaakte schade

In bepaalde gevallen zal het niet mogelijk blijken te voldoen aan de verplichting van art. 233 EG-Verdrag. Ook dan behoudt men evenwel «belang bij het instellen van een op vernietiging gericht beroep, omdat het de grondslag van een aansprakelijkheidsactie (ex art. 235 juncto art. 288 EG-Verdrag) zou kunnen opleveren»,⁶¹ ter vergoeding van de schade veroorzaakt door instellingen of hun personeelsleden in de uitoefening van hun functies. Art. 233 EG-Verdrag legt immers «behalve de verplichting de maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van de Gemeenschapsrechter, de administratie (ook) de verplichting op de bijkomende schade te vergoeden die eventueel uit de nietig verklaarde onwettige handeling voortvloeit, indien aan de in art. 288, tweede lid, EG-Verdrag gestelde voorwaarden is voldaan. Art. 233 EG-Verdrag stelt als voorwaarde voor schadevergoeding dus niet het bestaan van een fout die onderscheiden is van de nietig verklaarde oorspronkelijke onwettige handeling, maar schrijft de vergoeding voor van de schade die het gevolg is van die handeling en die nog bestaat na de nietigverklaring ervan en de uit-

welke de betrokkenen wensten of noodzakelijk achtten», H.v.J., 13 juni 1971, *Deutscher Komponistenverband t/ Commissie*, 8/71, *Jur.*, 1971, 705; H.v.J., 15 december 1988, *Irish Cement t/ Commissie*, 166/86 en 220/86, *Jur.*, 1988, 6473; Ger., 17 februari 1998, *Pantochim t/ Commissie*, T-107/96, *Jur.*, 1998, II-311.

⁵⁸ H.v.J., 12 juli 1988, *Commissie t. Raad*, 383/87, *Jur.*, 1988, 4051; H.v.J., 12 juli 1988, *Europees Parlement t/ Raad*, 377/87, *Jur.*, 1988, 4017; H.v.J., 24 november 1992, *Buckl*, C-15 en 108/91, *Jur.*, 1992, I-6061; Ger., 17 februari 1998, *Pharos t/ Commissie*, T-105/96, *Jur.*, 1998, II-285.

⁵⁹ H.v.J., 22 mei 1985, *Parlement t. Raad*, 13/83, *Jur.*, 1985, 1513.

⁶⁰ H.v.J., 26 april 1988, *Asteris en Helleense Republiek t/ Commissie*, 97, 193, 199 en 215/86, *Jur.*, 1988, 2181.

⁶¹ H.v.J., 5 maart 1980, *Könecke t/ Commissie*, 76/79, *Jur.*, 1980, 678.

voering door de administratie van het arrest waarbij de nietigverklaring is uitgesproken».⁶²

Tegelijk moet duidelijk zijn dat de vordering tot schadevergoeding een zelfstandige beroepsweg vormt, «waaraan binnen het stelsel der voorzieningsmogelijkheden een bijzondere functie toekomt en aan welks aanwending in verband met zijn eigen doel bepaalde voorwaarden worden gesteld».⁶³ Daaruit volgt met name dat er geen dwingend verband bestaat met de nietigheidsvordering van art. 230 EG-Verdrag. Zo is niet alleen geen «nietigverklaring of vaststelling van ongeldigheid noodzakelijk om een beroep tot schadevergoeding te kunnen instellen»,⁶⁴ geheel in dezelfde lijn, brengt «de niet-ontvankelijkheid van conclusies tot nietigverklaring niet op zich de niet-ontvankelijkheid mee van de conclusies tot vergoeding van schade»,⁶⁵ tenzij het bewijs wordt geleverd dat het beroep «misbruik van procedure oplevert»,⁶⁶ wat onder meer het geval is wanneer het beroep «in werkelijkheid strekt tot opheffing van een definitief geworden besluit»⁶⁷ of wanneer de procedure wordt gebruikt «als dekmantel voor een vordering, strekkende tot betaling van bedragen die krachtens bestaande communautaire regelingen verschuldigd zijn».⁶⁸

Een vordering tot schadevergoeding ex art. 235 *juncto* art. 288 EG-Verdrag strekt uitsluitend tot vergoeding van schade veroorzaakt door de Europese instellingen of hun personeelsleden in de uitoefening van hun functies. Dit omvat dus niet een optreden van bv. de Commissie «in het kader van de interne samenwerking tussen de Commissie en de nationale instanties belast met de toepassing van (een) gemeenschapsregeling (inzake bv. invoervergunningen)».⁶⁹ Zo'n «samenwerking (kan immers) in het algemeen niet leiden tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap jegens particulieren».⁷⁰ Geheel in dezelfde lijn wordt «het vraagstuk van de vergoeding door een nationaal orgaan van schade door organen en ambtenaren der lidstaten bij de toepassing van Gemeenschapsrecht aan particulieren veroorzaakt, hetzij door schending van het Gemeenschapsrecht, hetzij door een handeling of nalaten in strijd met het nationale recht, niet door art. 288 EG-Verdrag beheerst»,⁷¹

⁶² H.v.J., 9 augustus 1994, *Parlement t/ Meskens*, C-412/92P, *Jur.*, 1994, I-3757; H.v.J., 18 mei 1998, *Raad t/ de Nil en Impens*, C-259/96P, *Jur.*, 1998, I-2915.

⁶³ H.v.J., 28 april 1971, *Lutticke t/ Commissie*, 4/69, *Jur.*, 1971, 337.

⁶⁴ Ger., 16 april 1997, *Hartmann t/ Raad en Commissie*, T-20/94, *Jur.*, 1997, II-595.

⁶⁵ Besch.Ger., 3 februari 1998, *Polyvios t/ Commissie*, T-68/96, *Jur.*, 1998, II-153, rechtsoverweging 32; Ger., 4 februari 1998, *Landuyt t/ Commissie*, T-94/95, *Jur.*, 1998, II-213.

⁶⁶ Zie hierover o.m. Ger., 24 september 1996, *Dreyfus t/ Commissie*, T-485/93, *Jur.*, 1996, II-1101.

⁶⁷ H.v.J., 26 februari 1986, *Krohn t/ Commissie*, 175/84, *Jur.*, 1986, 753, rechtsoverweging 33; Ger., 9 juni 1998, *Unifrigo Gadus en CPL Imperial t/ Commissie*, T-10/97 en T-11/97, *Jur.*, 1998, II-2231, rechtsoverweging 94.

⁶⁸ H.v.J., 4 oktober 1979, *Ireks-Arcady t/ Raad en Commissie*, 238/78, *Jur.*, 1979, 2971.

⁶⁹ Beschikking H.v.J., 8 maart 1991, *Emerald Meats t/ Commissie*, C-66/91 en C-66/91R, *Jur.*, 1991, I-1143, rechtsoverweging 30.

⁷⁰ H.v.J., 27 maart 1980, *Sucrimes t/ Commissie*, 133/79, *Jur.*, 1980, 1299.

tenzij het bewijs wordt geleverd dat de nationale instantie «handelde ter uitvoering van een Gemeenschapsregeling» en «de gestelde onwettige handelwijze waarop het beroep tot schadevergoeding is gebaseerd, aan een Gemeenschapsinstelling moet worden toegeschreven».⁷² Bij ontstentenis van zo'n bewijs behoort de beoordeling van het vraagstuk uitsluitend toe aan de nationale rechterlijke instanties,⁷³ oorspronkelijk op grond van hun nationaal recht; sinds 1991 met toepassing van de Europese *Francovich*-voorwaarden voor aansprakelijkheid.⁷⁴

In schadevergoedingsvorderingen ex art. 235 *juncto* art. 288 EG-Verdrag wordt, geheel in lijn met de beginselen gemeen aan het recht van de lidstaten in de regel rente gevorderd. In geval van toewijzing van de vordering ontstaat «de verplichting tot betaling der interesten (...) op de dag waarop (het) arrest, houdende vaststelling van de verplichting tot schadevergoeding, is geweest».⁷⁵ Omdat de omvang van de schade op datzelfde ogenblik wordt vastgesteld, is immers «een eventuele aanwas van de schade vanaf zijn ontstaan tot aan de dag van het arrest reeds in rekening gebracht».⁷⁶ Net als bij succesvolle nietigheidsberoepen moet de betrokken instelling de maatregelen nemen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest (art. 233 EG-Verdrag) en is een verzuim om binnen een redelijke termijn tot betaling van de al dan niet met rente toegewezen schadevergoeding, juridisch afdwingbaar via een procedure ex art. 232 EG-Verdrag, al dan niet in combinatie met een nieuwe schadeclaim.

B. De handhaving van de Gemeenschapstrouw van de lidstaten

Zoals hierboven aangegeven, is het toezicht van het Hof van Justitie niet beperkt tot de naleving van het recht bij de uitlegging en de toepassing van het Verdrag door de instellingen, maar strekt dit toezicht zich ook uit tot de lidstaten. Daarbij vormen de arresten van het Hof van Justitie ontegensprekelijk het (gerechtelijk) sluitstuk van het (permanent) toezicht op de nakoming door de lidstaten van hun verdragsrechtelijke verplichtingen, door zowel de Europese Commissie (art. 226 EG-Verdrag) als de (overige) lidstaten (art. 227 EG-Verdrag).

1° De sanctie van art. 226 en 227 EG-Verdrag: uitvoeringsplicht voor lidstaat: terstond einde maken aan niet-nakoming

De feitelijke vaststelling dat er bijna geen art. 227-arresten zijn⁷⁷ doet op geen enkele wijze afbreuk doet aan het handhavingspotentieel van deze bepaling. Deze vaststelling

⁷¹ H.v.J., 13 februari 1979, *Granaria t/ Hoofdproductschap voor akkerbouwproducten*, 101/78, *Jur.*, 1979, 638.

⁷² H.v.J., 26 februari 1986, *Krohn t/ Commissie*, 175/84, *Jur.*, 1986, 753.

⁷³ Ger., 4 februari 1998, *Landuyt t/ Commissie*, T-94/95, *Jur.*, 1998, II-213.

⁷⁴ Waarover verder meer.

⁷⁵ H.v.J., 4 oktober 1979, *Ireks-Arcady t/ Raad en Commissie*, 238/78, *Jur.*, 1979, 2975, *in casu* rentevan 6 %.

⁷⁶ O.m. aan de orde in H.v.J., 19 mei 1982, *Dumortier t/ Raad*, 64 en 113/76 *et al.*, *Jur.*, 1982, 1733; H.v.J., 19 mei 1992, *Mulder e.a. t/ Raad en Commissie*, C-104/89 en C-37/90, *Jur.*, 1992, I-3061.

wijst immers enkel op – al dan niet door balk- en splinter-overwegingen ingegeven – terughoudendheid bij de lidstaten om elkaar, tot voor het Hof van Justitie, op niet-nakoming(en) aan te spreken, maar zegt als zodanig niets over de signaleringsrol die lidstaten (willen) spelen ten behoeve van de Commissie, door buiten iedere toepassing van art. 227 EG-Verdrag om de Commissie te verzoeken «op grond van art. 226 zelf tegen (een) staat op te treden»,⁷⁸ dan wel door het formeel in werking stellen van de procedure van art. 227 EG-Verdrag. Daarbij is de eerste en verplichte stap het voorleggen aan diezelfde Commissie van de klacht die de lidstaat tegen een andere lidstaat wil indienen «op grond van een beweerde schending van de verplichtingen welke krachtens dit Verdrag op deze laatste rusten» (art. 227, tweede lid, EG-Verdrag), waarna de Commissie de betrokken staten de mogelijkheid geeft over en weer schriftelijke en mondelinge opmerkingen te maken (art. 227, derde lid, EG-Verdrag). Wanneer dit niet tot een oplossing leidt, kan de Commissie de zaak evoceren door binnen drie maanden een met redenen omkleed advies uit te brengen, waarna de zaak een art. 226-afwikkeling krijgt. Zo niet, kan de lidstaat de zaak na afloop van deze termijn «desniettemin» aanhangig maken bij het Hof (art. 227, vierde lid, EG-Verdrag), wat, zoals gezegd, uiterst zeldzaam is, en van art. 226 EG-Verdrag de standaardprocedure maakt voor het toezicht op de naleving van de Gemeenschapsrechtelijke verplichtingen van lidstaten.

De Commissie beschikt in alle fasen van de art. 226-procedure over een discretionaire bevoegdheid. Dit betekent onder meer dat de Commissie klachten omtrent niet-naleving van Gemeenschapsrechtelijke verplichtingen door lidstaten weliswaar sterk aanmoedigt,⁷⁹ maar vrij blijft bij de beoordeling en afhandeling daarvan. Particuliere klagers hebben met andere woorden niet het recht om van de Commissie te eisen dat zij een niet-nakomingsprocedure inleidt tegen een lidstaat.⁸⁰ Ook moet duidelijk zijn dat de (al bij al toch wel talrijke) niet-nakomingsarresten slechts het topje vormen van de niet-nakomingsijsberg. In meer dan 80 % van de gevallen blijken de lidstaten immers in staat een voor de Commissie (en de naleving van Gemeenschapsrecht) bevredigende oplossing te kunnen uitwerken in de loop van de administratieve fase van de art. 226-procedure, na ontvangst van of de aanmaningsbrief of het met redenen omkleed advies, zodat de gerechtelijke fase overbodig wordt en het Hof niet moet worden ingeschakeld.⁸¹

⁷⁷ H.v.J., 4 oktober 1979, *Frankrijk t/ Verenigd Koninkrijk*, 141/78, *Jur.*, 1979, 2923; H.v.J., 16 mei 2000, *België t/ Spanje*, C-388/95, *Jur.*, 2000, I-3123.

⁷⁸ H.v.J., 10 september 1996, *Commissie t. België*, C-11/95, *Jur.*, 1996, I-4115, rechtsoverweging 36.

⁷⁹ Zie voor het niet-verplicht modelformulier, <http://www.europa.eu.int/comm/sg/lexcomm>. Dit aanmoedigingsbeleid werpt duidelijk vruchten af; van de 1477 interne markt-inbreuk-zaken (stand van zaken augustus 2001), «most (58 %) were brought to the Commission's attention by means of complaints lodged by citizens or business», 9^e Internal Market Scorebord (November 2001), p. 11 ad http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/update/score/score9.htm

⁸⁰ Vaste rechtspraak, onder meer aan de orde in H.v.J., 14 februari 1989, *Star Fruit Company t/ Commissie*, 247/87, *Jur.*, 1989, 298.

Wanneer dit toch noodzakelijk blijkt en het Hof van Justitie formeel vaststelt dat de betrokken lidstaat de op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen,⁸² is deze ertoe gehouden die maatregelen te nemen, welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie (art. 228, eerste lid, EG-Verdrag). Hoewel het Verdrag geen nadere termijn voorschrijft, vereist «de rechtstreekse en eenvormige toepassing van het Gemeenschapsrecht, dat onmiddellijk een begin wordt gemaakt met de uitvoering van een arrest houdende vaststelling van een niet-nakoming door een lidstaat en dat zij zo snel mogelijk wordt voltooid».⁸³

2^o De art. 228, tweede lid, EG-Verdrag-sanctieverzwaring: vervolprocedure mét boete of dwangsom

In de pre-Maastricht-periode (1957-1993) was de daadwerkelijke afdwingbaarheid van de uitvoeringsplicht vrij gering. De enige sanctie op de niet-naleving van de juridische verplichting tot optreden was immers de inleiding door de Commissie van een nieuwe (tweede, derde ...) art. 226-procedure, wegens niet-naleving van het niet-nalevingsarrest, met als resultaat, in het beste geval, een oplossing in de loop van de administratieve fase dan wel, in het slechtste geval, een nieuwe veroordeling van de betrokken lidstaat en dus een nieuwe uitvoeringsplicht, die de lidstaat (opnieuw) al dan niet ter harte nam. De toevoeging van de financiële sanctiemogelijkheid in het raam van een vervolprocedure maakt niet-uitvoering, zeker na de oplegging van de eerste dwangsom in juli 2000,⁸⁴ beduidend minder vrijblijvend⁸⁵ en klaarblijkelijk afschrikwekkend genoeg om lidstaten alsnog⁸⁶ tot uitvoering te doen overgaan.

⁸¹ Tot en met de zevende editie (november 2000) bevatten de halfjaarlijks opgestelde Internal Market Scoreboards (ad http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/update/score) erg concrete cijfergegevens omtrent het aantal Interne Markt-inbreukzaken dat zonder verwijzing naar het Hof kon worden afgesloten. Zie voor latere (algemene) gegevens over de toepassing van art. 226 EG, 18^e *Verslag*. In 2000 daalde het aantal aanhangigmakingen in procenten uitgedrukt in vergelijking met het aantal ingebrekestellingen tot 13,05 % (1999: 16,5 %), waaruit «kan worden afgeleid dat de precontentieuze procedure (nog) doeltreffender is geworden» (p. 10). Sinds 17 januari 2001 publiceert de Commissie overigens alle besluiten inzake ingebrekestelling, het uitbrengen van een met redenen omkleed advies, aanhangigmaking en seponering op de Europa-site van het secretariaat-generaal (voor iedereen toegankelijk) (ad http://www.europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index.fr.htm#infractions).

⁸² Zo in negende op de tien interne markt-inbreuk-arresten, 9^e *Internal Market Scoreboard (november 2001)*, p. 12.

⁸³ H.v.J., 9 maart 1994, *Commissie t/ Italië*, C-291/93, *Jur.*, 1994, I-859.

⁸⁴ H.v.J., 4 juli 2000, *Commissie t/ Griekenland*, C-387/97, waarbij het Hof het voorstel van de Commissie tot oplegging van een dwangsom volgde, maar het concrete bedrag van 24.6000 euro herleidde tot 20.000 euro. De Commissie vordert de betaling van deze dagelijkse dwangsom op maandelijkse basis. In december 2000 had Griekenland evenwel nog steeds niet de vereiste maatregelen genomen en betaalde het reeds 1.760.000 euro (20.000 euro per dag voor de periode van 5 juli tot en met 30 september 2000), 18^e *Verslag*, p. 17-18.

IV. DE ONRECHTSTREEKSE EN DECENTRALE HANDHAVING VAN HET GEMEENSCHAPSRECHT

De toegang tot het Hof van Justitie is niet beperkt tot de hierboven behandelde directe beroepen. De prejudiciële procedure van art. 234 EG-Verdrag die in werking kan worden gesteld door de nationale rechterlijke instanties wanneer zij als volwaardige communautaire rechters⁸⁷ instaan voor de rechterlijke controle op de handhaving en naleving van het Gemeenschapsrecht, geeft immers evenzeer, zij het onrechtstreeks, toegang tot het Hof.

A. Taak en opdracht van de nationale rechter

De combinatie van directe werking, voorrang en de Gemeenschapstrouw van art. 10 EG-Verdrag maakt dat «elke in het kader zijner bevoegdheid aangezochte rechter als orgaan van een lidstaat tot taak heeft de door het Gemeenschapsrecht aan particulieren verleende rechten te beschermen».⁸⁸ Dit komt concreet neer op een dwingende verplichting voor de nationale rechter «het Gemeenschapsrecht integraal toe te passen en de door dit recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen, daarbij buiten toepassing latend elke eventueel strijdige bepaling van de nationale wet, ongeacht of deze van vroegere of latere datum is dan de Gemeenschapsregel»,⁸⁹ eventueel *contra legem*,⁹⁰ want «zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten».⁹¹

⁸⁵ Zie voor meer bijzonderheden de 1996-mededeling van de Commissie inzake de tenuitvoerlegging van art. 228 van het EG-Verdrag, *PB* 1996 C 242/7 en de vervolgmmededeling over de berekening van de dwangsom van art. 228 EG, *PB* 1997 C 63/2.

⁸⁶ Van de 21 art. 228, tweede lid -zaken konden er per december 2000 vijftien geseponcerd worden, *18^e Verslag* p. 18-19 (tabel met opgave van gevorderde dwangsommen). «In some cases (however), Member States deliberately drag matters out and only remove barriers shortly before the Court is ready to impose a fine. *When this happens, the rule of law is seriously tested.*», ⁹⁰ Internal Market Scoreboard (november 2001), enigszins spijtig, zonder meer concrete gegevens te verstrekken.

⁸⁷ H.v.J., 7 februari 1984, *Jongeneel Kaas*, 237/82, *Jur.*, 1984, 483; Ger., 10 juli 1990, *Tetra Pak*, T-51/89, *Jur.*, 1990, I-309, rechtsoverweging 42.

⁸⁸ H.v.J., 9 maart 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Jur.*, 1978, 629, rechtsoverweging 15.

⁸⁹ H.v.J., 9 maart 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Jur.*, 1978, 629, rechtsoverweging 21.

⁹⁰ Zie voor een recente toepassing, bv. H.v.J., 18 oktober 2001, *Gharehveran*, C-441/99, weergave *SEW (Katern)* 2001, 39, «Wanneer een lidstaat zichzelf heeft aangewezen als debiteur van krachtens (een richtlijn) gewaarborgde loonvorderingen, kan een werknemer wiens echtgenoot eigenaar was van de vennootschap waarvoor hij werkzaam was, voor een nationale rechterlijke instantie tegenover de betrokken lidstaat het recht op betaling van zijn loonvordering doen gelden, ook indien de wetgeving van die lidstaat in strijd met de richtlijn, werknemers van wie een naaste verwant eigenaar was van ten minste een vijfde van de aandelen in de vennootschap, maar die zelf geen kapitaal in die vennootschap bezaten, uitdrukkelijk uitsluit van de kring van personen die aanspraak kunnen maken op de waarborg» (cursivering toegevoegd).

⁹¹ H.v.J., 9 maart 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Jur.*, 1978, 629, rechtsoverweging 24.

Of de nationale rechter hierbij gebruik maakt van de verwijzingsmogelijkheid van art. 234 EG-Verdrag, is uitsluitend afhankelijk van zijn oordeel/vaststelling dat een beslissing van het Hof van Justitie omtrent de interpretatie van primair of secundair Gemeenschapsrecht *c.q.* de geldigheid van secundair Gemeenschapsrecht noodzakelijk is om uitspraak te doen in de zaak die voor hem aanhangig is.⁹² Door het autonome karakter van het Gemeenschapsrecht kan er bijkomend hoe dan ook geen «sprake van zijn, dat het Hof (met toepassing van art. 234 EG-Verdrag) zou weigeren de verwijzende rechter de benodigde gegevens te verstrekken op grond dat het antwoord van het Hof deze rechter ertoe zou kunnen nopen sommige nationale bepalingen nietig te verklaren en aldus in het nationale recht een rechtsvacuüm te doen ontstaan».⁹³

Geheel in lijn met de eigen rechtsbeschermingsopdracht die voor nationale rechters voortvloeit uit art. 10 EG-Verdrag, kan de verwijzingsmogelijkheid van art. 234 EG-Verdrag niet door nationale regels worden ingeperkt. Deze mogelijkheid bestaat met andere woorden óók wanneer de rechter volgens een nationale regel gebonden is aan het oordeel van een rechter in hoogste ressort «indien (hij) meent dat het rechtsoordeel van de hoogste rechter (hem) tot een met het Gemeenschapsrecht strijdig vonnis zou kunnen brengen».⁹⁴ Een beroep op art. 234 EG-Verdrag is evenzeer mogelijk wanneer «partijen in het hoofdgeding voor de nationale rechter geen vraag van Gemeenschapsrecht hebben opgeworpen»,⁹⁵ wanneer «naar het oordeel van de nationale rechter het Gemeenschapsrecht moet worden toegepast, zo nodig met voorbijgaan aan het nationale recht, of wanneer het nationale recht conform het Gemeenschapsrecht moet worden uitgelegd»⁹⁶ met dien verstande dat «het gemeenschapsrecht er de nationale rechter (evenwel) *niet* toe *verplicht* ambtshalve een middel op te werpen ontleend aan schending van Gemeenschapsbepalingen, wanneer hij voor het onderzoek van dat middel de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd».⁹⁷

Nationale procedures op grond van het Europese recht omvatten zowel verticale als horizontale geschillen. Binnen de eerste categorie wordt een bepaling (van het Verdrag, een

⁹² Dit geldt evenzeer voor de «nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep» van art. 234, derde lid, EG-Verdrag, zodat deze voorwaarde m.i. de *acte clair* en *acte éclairé*-leerstukken zonder meer omvat en overkoepelt. Zie hiervoor respectievelijk H.v.J., 6 oktober 1982, *Cilfit*, 283/81, *Jur.*, 1982, 3415 en H.v.J., 27 maart 1963, *Da Costa*, 28-30/62, *Jur.*, 1963, 63.

⁹³ H.v.J., 15 december 1994, *Stadt Lengericht t/ Helmig e.a.*, C-399/92, C-409/92, C-34/93, C-50/93 en C-78/93, *Jur.*, 1994, I-5727, rechtsoverweging 14.

⁹⁴ H.v.J., 16 januari 1974, *Rheinhöfen*, 166/73, *Jur.*, 1974, 33, rechtsoverweging 4.

⁹⁵ H.v.J., 16 juni 1981, *Salonia t/ Poidomani*, 126/80, *Jur.*, 1981, 1577, rechtsoverweging 7.

⁹⁶ H.v.J., 11 juli 1991, *Verholen e.a. t/ Sociale Verzekeringsbank*, C-87 tot C-89/90, *Jur.*, 1991, I-3757, rechtsoverweging 13.

⁹⁷ H.v.J., 14 december 1995, *Van Schijndel*, C-430 en C-431/93, *Jur.*, 1995, I-4705, rechtsoverweging 22 (cursivering toegevoegd).

verordening, een richtlijn of een beschikking) ingeroepen «*ofwel om de onverenigbaarheid aan te tonen van een nationale bepaling of overheidshandeling, onverenigbaarheid die, als zij bewezen wordt, ingevolge de primauteit van het Europese recht zal resulteren in de onrechtmatigheid van de nationale handeling of bepaling, ofwel om de onrechtmatigheid aan te tonen van de Europeesrechtelijke bepaling of handeling teneinde, als zij bewezen wordt, daaruit de onrechtmatigheid af te leiden van de nationale bepaling of overheidshandeling die op de Europese bepaling of handeling steunt*»⁹⁸ (particulier t/ overheid). Bij horizontale geschillen komt «het Europese recht, in het bijzonder (doch niet uitsluitend) het kartelrecht, ter sprake in geschillen tussen particulieren onderling in verband met gedragingen van particulieren die door het Europese verdrag of uitvoeringsregelen daarvan worden verboden»⁹⁹ (particulier t/ particulier).

**B. De sanctie voor schending van direct werkend
Gemeenschapsrecht: onmiddellijke rechtsbescherming:
voorrang Gemeenschapsrecht**

Het (verticaal) inroepen van de onverenigbaarheid van een nationale bepaling of overheidshandeling met een Europeesrechtelijk voorschrift komt in wezen neer op een exceptie van niet-toepassing van het nationale voorschrift. In volkomen overeenstemming met *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, wat in een Europese context-vertaling ertoe strekt «te voorkomen dat een staat voordeel heeft bij zijn miskenning van het Gemeenschapsrecht»,¹⁰⁰ kan de lidstaat daarbij bv. zijn omzettingfalen «niet aan de justitiabelen tegenwerpen. Wanneer dus een justitiabele die overeenkomstig de bepalingen van een richtlijn heeft gehandeld, de nationale rechter verzoekt een nationale bepaling die onverenigbaar is met die door een lidstaat – in strijd met zijn verplichting – niet in zijn nationale rechtsorde ingevoerde richtlijn, buiten toepassing te laten, dient die rechter aan dat verzoek te voldoen indien de betrokken verplichting onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is».¹⁰¹

In strafzaken is het concrete gevolg dat een «op die bepaling gesteunde strafrechtelijke vervolging zonder voorwerp wordt»; bij zaken ingeleid voor de burgerlijke rechtbank of arbeidsrechtbank kan de exceptie ertoe strekken «vanwege de overheid de betaling (of de terugbetaling) van een som geld te verkrijgen», of «de betaling van een som geld (te weigeren)».¹⁰² In zulke verticale geschillen kan bijkomend «een vordering tot schadevergoeding tegen de nationale overheid worden overwogen voor de bevoegde nationale rechtbank, als namelijk zou komen vast te staan dat de nationale overheid (...) bij het verkeerdelijk uitleggen of

toepassen van de Europeesrechtelijke voorschriften niet met de nodige omzichtigheid is tewerkgegaan en daardoor schade heeft berokkend aan de klagende partij».¹⁰³

Bij horizontale geschillen is de inroepbaarheid van Europeesrechtelijke bepalingen beperkt tot direct werkende bepalingen waaruit rechten en verplichtingen voortvloeien voor particulieren. Daarbij hanteren partijen Verdragsbepalingen,¹⁰⁴ verordeningen¹⁰⁵ of beschikkingen¹⁰⁶ naargelang het geval als zwaard dan wel als schild. Voor richtlijnen liggen de zaken anders. Zoals genoegzaam bekend, kunnen richtlijnen, die een «resultaatsplichting (opleggen) aan de lidstaten die aan het einde van de in de richtlijn vastgestelde termijn moet zijn nagekomen»¹⁰⁷ «op zichzelf geen verplichtingen opleggen aan particulieren».¹⁰⁸

**C. De sanctie voor schending van niet-direct werkend
Gemeenschapsrecht: alternatieve en onrechtstreekse
rechtsbescherming**

De directe werking is intussen een dermate fundamenteel leerstuk, dat wel eens uit het oog wordt verloren dat niet alle bepalingen van Gemeenschapsrecht directe werking hebben. Zowel in het Verdrag als in de verschillende soorten secundair Gemeenschapsrecht zijn zonder al te veel inspanningen bepalingen te vinden die *niet* voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk zijn en geen enkele uitvoeringsmaatregel vereisen. Dit neemt niet weg dat de ontwikkeling van alternatieve en onrechtstreekse rechtsbeschermingsmechanismen initieel in hoofdzaak richtlijn-georiënteerd is geweest en haar voornaamste impuls kreeg door de implicaties van de nog steeds geldende vaststelling dat «de bepalingen van een (niet- of foutief omgezette) richtlijn *als zodanig* niet tegen particulieren kunnen worden ingeroepen»¹⁰⁹ in een nationale (horizontale) procedure, voor de vraag hoe particulieren de rechten die zij in richtlijnen krijgen, kunnen afdwingen. Dit neemt niet weg dat alternatieve en onrechtstreekse rechtsbescherming op generlei wijze beperkt is tot het richtlijn-terrein.

¹⁰³ VAN GERVEN, o.c., *Procesrecht vandaag*, p. 408, nr. 4, onder verwijzing naar H.v.J., 13 februari 1979, *Granaria*, 101/78, *Jur.*, 1979, 623. Zie hiervoor ook *infra*.

¹⁰⁴ Met de mededingingsvoorschriften voor ondernemingen als voorbeeld *par excellence*.

¹⁰⁵ Binnen dezelfde sfeer, bv. Verordening nr.4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB* 1989 L 385/257, als gewijzigd door Verordening nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997, *PB* 1997 L 180/1.

¹⁰⁶ Bv. een formele ontheffingsbeschikking van de Commissie ex art. 81, derde lid, EG-Verdrag.

¹⁰⁷ Zo o.m. H.v.J., 19 januari 1982, *Becker*, 8/81, *Jur.*, 1982, 70, rechtsoverweging 18.

¹⁰⁸ Vaste rechtspraak sinds H.v.J., 26 februari 1986, *Marshall*, 152/84, *Jur.*, 1986, 723, rechtsoverweging 43.

¹⁰⁹ H.v.J., 26 februari 1986, *Marshall*, 152/84, *Jur.*, 1986, 723, rechtsoverweging 48.

⁹⁸ W. VAN GERVEN, «De rechtsbescherming van particulieren in het recht van de Europese Economische Gemeenschap», in M. STORME (red), *Procesrecht vandaag*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1980, (404), p. 405-406, nr. 3.

⁹⁹ VAN GERVEN, o.c., *Procesrecht vandaag*, p. 406, nr. 3.

¹⁰⁰ H.v.J., 14 juli 1994, *Faccini Dori t/ Recreb*, C-91/92, *Jur.*, 1994, I-3325, rechtsoverweging 22.

¹⁰¹ Vaste rechtspraak sinds H.v.J., 5 april 1979, *Ratti*, 148/78, *Jur.*, 1979, 1642, rechtsoverweging 23.

¹⁰² VAN GERVEN, o.c., *Procesrecht vandaag*, p. 407, nr. 4.

1^o Alternatieve directe rechtsbescherming: de verplichting tot EG-conforme interpretatie van het nationale recht

Het uitgangspunt bij de ontwikkeling van de alternatieve rechtsbescherming van de EG-conforme interpretatie is dat de wetgever de rechter niet tot (ongeoorloofde) rechtsweigering¹¹⁰ kan veroordelen. Met name in geval van richtlijnen geldt de verplichting «om alle maatregelen vast te stellen die nodig zijn om het door de richtlijn voorgeschreven resultaat te bereiken» immers voor «alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties».¹¹¹ Daaruit volgt «dat de nationale rechter bij de toepassing van nationaal recht, dit nationale recht zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn»,¹¹² ongeacht «of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn (of om speciaal ter uitvoering van de richtlijn ingevoerde regelingen»,¹¹³ en, ingeval de uitvoeringstermijn is verstreken,¹¹⁴ de bepalingen van de richtlijn (moet) laten prevaleren boven de daarmee in strijd zijnde nationale bepalingen.¹¹⁵ Deze verplichting van de nationale rechter tot richtlijnconforme interpretatie geldt óók in geval van wel-omzetting, indien blijkt dat «de nationale omzettingsmaatregelen niet correct of ontoereikend zijn, gelet op de richtlijn».¹¹⁶

De verplichting tot EG-conforme interpretatie kan ook voortvloeien uit een niet-nakomingsarrest van het Hof. Wanneer «particulieren hun verweer in een geding tegen een lidstaat steunen op een norm van Gemeenschapsrecht die niet rechtstreeks werkt, maar waarvan de niet-nakoming door de betrokken lidstaat in een arrest van het Hof werd vastgesteld, moet de nationale rechter als orgaan van de lidstaat de naleving van het arrest in de uitoefening van zijn

¹¹⁰ Art. 5 Ger.W. «Er bestaat rechtswegering wanneer de rechter weigert recht te spreken onder enig voorwendsel, zelfs van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet».

¹¹¹ Vaste rechtspraak sinds H.v.J., 10 april 1984, *Von Colson en Kamann*, 14/83, *Jur.*, 1984, 1891, rechtsoverweging 26. Ook aan de orde in H.v.J., 13 november 1990, *Marleasing*, C-106/89, *Jur.*, 1990, I-4135, rechtsoverweging 8; H.v.J., 24 oktober 1996, *Kraaijeveld e.a.*, C-72/95, *Jur.*, 1996, I-5403, rechtsoverweging 55; H.v.J., 18 december 1997, *Inter-Environnement Wallonie t/ Waals Gewest*, C-129/96, *Jur.*, 1997, I-7411, rechtsoverweging 40.

¹¹² H.v.J., 10 april 1984, *Von Colson en Kamann*, 14/83, *Jur.*, 1984, 1891, rechtsoverweging 26; H.v.J., 7 november 1989, *Strafzaak t/ Nijman*, 125/88, *Jur.*, 1989, 3533, rechtsoverweging 26; H.v.J., 13 november 1990, *Marleasing*, C-106/89, *Jur.*, 1990, I-4135, rechtsoverweging 8; H.v.J., 16 juli 1998, *Silhouette*, C-355/96, *Jur.*, 1998, I-4799, ro 36; H.v.J., 17 september 1998, *Kainuan Liikenne Oy*, C-412/96, *Jur.*, 1998, I-5141, rechtsoverweging 18.

¹¹³ H.v.J., 13 november 1990, *Marleasing*, C-106/89, *Jur.*, 1990, I-4135, rechtsoverweging 8. Vergelijkbaar, H.v.J., 20 maart 1997, *Phyton International*, C-352/95, *Jur.*, 1997, I-1729, rechtsoverweging 18.

¹¹⁴ Dit is wel degelijk een vereiste voor inroepbaarheid van richtlijnen voor de nationale rechter. Zie o.m. H.v.J., 5 april 1979, *Ratti*, 148/78, *Jur.*, 1979, 1645; H.v.J., 3 maart 1994, *Vaneveld*, C-316/93, *Jur.*, 1994, I-778, rechtsoverweging 16.

¹¹⁵ In dezelfde lijn, H.v.J., 5 april 1979, *Ratti*, 148/78, *Jur.*, 1979, 1642, rechtsoverweging 33.

¹¹⁶ H.v.J., 4 december 1997, *Kampelmann e.a.*, C-253 tot C-258/96, *Jur.*, 1997, I-6907, rechtsoverweging 42.

functie verzekeren door het interne recht zo toe te passen dat het verenigbaar is met de verplichtingen die – volgens dit arrest – voor de lidstaat uit het Gemeenschapsrecht voortvloeien».¹¹⁷

Bij het vervullen van zijn rechtsbeschermingsopdracht kan de nationale rechter, indien hij daar reden toe ziet, de art. 234-hulplijn naar het Hof van Justitie activeren. Directe werking is immers geen toepassingsvoorwaarde voor de samenwerkingsprocedure van art. 234 EG-Verdrag, in het raam waarvan «de nationale rechter en het Hof van Justitie – elk volgens hun eigen competentie – geroepen zijn om rechtstreeks en wederzijds bij te dragen tot het vinden van een beslissing waardoor de uniforme toepassing van het Gemeenschapsrecht in alle lidstaten wordt gewaarborgd».¹¹⁸ Een prejudiciële vraag «die is gesteld om te beoordelen of een nationale wet waarbij een richtlijn wordt omgezet, verenigbaar is met deze richtlijn, (kan dus) niet, vanwege het feit dat het hoofdgeding een geschil tussen twee particulieren betreft, nietontvankelijk worden verklaard op grond dat deze richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen».¹¹⁹

Indien en voor zover er nationale wetgeving is, die in het licht van de bewoordingen en het doel van Gemeenschapsrecht kan worden uitgelegd, biedt de EG-conforme interpretatie aan de rechtzoekenden van ingebreke blijvende lidstaten dus duidelijk een minimum aan effectieve (directe) rechtsbescherming.

2^o Onrechtstreekse rechtsbescherming: verplichting voor lidstaat tot vergoeding van de door zijn actie of passief toedoen veroorzaakte schade

Wanneer er geen nationale wetgeving is of het niet mogelijk blijkt het door bv. een richtlijn voorgeschreven resultaat door uitlegging te bereiken,¹²⁰ kan er enkel sprake zijn van een onrechtstreekse rechtsbescherming, via het leerstuk van de *overheidsaansprakelijkheid*. Dit leerstuk, dat reeds lang in embryonale vorm bestond,¹²¹ kreeg vanaf 1991 met *Franovich*¹²² een nieuw elan en een meer effectieve uitwerking. Terwijl oorspronkelijk integraal werd terug-

¹¹⁷ K. LENAERTS en D. ARTS, *o.c.*, 102, onder verwijzing naar H.v.J., 14 december 1982, *Waterkeyn*, 314-316/81 en 83/82, *Jur.*, 1982, 4337, rechtsoverweging 14.

¹¹⁸ H.v.J., 1 december 1965, *Schwarze t/ Einfuhrstelle für Getreide und Futtermittel*, 16/65, *Jur.*, 1965, 1105, 1117.

¹¹⁹ H.v.J., 7 december 1995, *Spano t/ Fiat Geotech en Fiat Hitachi Excavators*, C-472/93, *Jur.*, 1995, I-4321, rechtsoverweging 13.

¹²⁰ Zo vindt de plicht tot richtlijnconforme interpretatie «haar begrenzing wanneer een dergelijke uitlegging ertoe leidt dat aan een particulier een door een niet-omgezette richtlijn opgelegde verplichting wordt tegengeworpen of, a fortiori, wanneer zij tot gevolg heeft dat op grond van de richtlijn en bij ontbreken van een ter uitvoering ervan vastgestelde wet, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, wordt vastgesteld of verzaagd», H.v.J., 25 juli 1996, *Arcaro*, C-168/95, *Jur.*, 1996, I-4705, rechtsoverweging 42.

¹²¹ Zie hiervoor o.m. H.v.J., 7 december 1973, *Commissie t/ Italië*, 39/72, *Jur.*, 1973, 112; H.v.J., 22 november 1976, *Russo*, 60/75, *Jur.*, 1976, 57; H.v.J., 13 februari 1979, *Granaria*, 101/78, *Jur.*, 1979, 623, rechtsoverweging 12.

verwezen naar de nationale rechtsorde, communautariseerde *Francovich* de rechtsbasis voor een aansprakelijkheid van lidstaten voor de schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het Gemeenschapsrecht die hen kunnen worden toegerekend.¹²³ Deze overheidsaansprakelijkheid, die «inherent (is) aan het systeem van het Verdrag»¹²⁴ geldt «voor alle gevallen van schending van het Gemeenschapsrecht»,¹²⁵ wanneer aan drie voorwaarden is voldaan: schending van een regel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen (1), waarvan de inhoud duidelijk kan worden vastgesteld (2) en een causaal verband tussen schending en schade (3).¹²⁶

De «aard van de aan de schade ten grondslag liggende schending van het Gemeenschapsrecht», speelt daarbij in zoverre een rol,¹²⁷ dat een systeem van verzwaarde aansprakelijkheid geldt ingeval de lidstaat optrad in een materie waarin hij bij het maken van normatieve keuzen over een ruime beoordelingsmarge beschikt.¹²⁸ In zulke gevallen moet het bijkomend gaan om een *voldoende gekwalificeerde schending* van de rechtsregel van Gemeenschapsrecht.¹²⁹ Een schending is voldoende gekwalificeerd, «wanneer een instelling of een lidstaat bij de uitoefening van zijn normatieve bevoegdheid de grenzen waarbinnen de uitoefening van die

bevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft miskend. Elementen die in dit verband door de bevoegde rechterlijke instanties in de beschouwing kunnen worden betrokken, zijn onder meer de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel».¹³⁰

Wanneer een onjuist omgezet richtlijnartikel «on-nauwkeurig is en de uitlegging die de betrokken staat daaraan te goeder trouw heeft gegeven, ofschoon onjuist, niet kennelijk indruist tegen de letter of het doel van de richtlijn», kan dan ook geen sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht.¹³¹ Omgekeerd vormt het «feit dat geen enkele uitvoeringsmaatregel ter verwezenlijking van het door een richtlijn voorgeschreven resultaat binnen de daartoe gestelde termijn is genomen, op zich een voldoende gekwalificeerde schending».¹³²

In de huidige stand van het Gemeenschapsrecht moet deze communautaire grondslag voor aansprakelijkheid zijn beslag vinden in de nationale rechtsorde. Daarbij staat het aan iedere lidstaat «om in het kader van het *nationale aansprakelijkheidsrecht* de gevolgen ongedaan te maken van de schade veroorzaakt door een hem toe te rekenen schending van het Gemeenschapsrecht»,¹³³ op voorwaarde dat de vergoeding die uiteindelijk wordt toegekend hoe dan ook

¹²² H.v.J., 19 november 1991, *Francovich*, C-6-90 en C-9/90, *Jur.*, 1991, I-5357.

¹²³ Zo ook J.H. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL en R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Ars Aequi Libri, 1999, 330 «Was in de zaak *Russo* de aansprakelijkheid van de staat voor schending van Gemeenschapsrecht nog een zaak van nationaal recht, in *Francovich* maakte het Hof duidelijk dat deze aansprakelijkheid in eerste instantie wordt bepaald door Gemeenschapsrecht».

¹²⁴ H.v.J., 19 november 1991, *Francovich*, C-6/90 en C-9/90, *Jur.*, 1991, I-5357, rechtsoverweging 36; H.v.J., 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur en Factortame III*, C-46/93 en C-48/93, *Jur.*, 1996, I-1029, rechtsoverweging 31 (zie evenwel voor het nationaal vervolgarrest, waarin het Bundesgesetzhof «jeden Ersatzanspruch verneint», kritisch, P. BAUMEISTER, «Legislativ- und Exekutivunrecht im Fall Brasserie du pêcheur. Nachlese zum Urteil des BGH vom 24.10.1996», *Bayerische Verwaltungsblätter*, 2000, 225-231); H.v.J., 23 mei 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, *Jur.*, 1996, I-2553, rechtsoverweging 25; H.v.J., 8 oktober 1996, *Dillenkofer*, C-178 en 179/94, *Jur.*, 1996, I-4845, rechtsoverweging 20; H.v.J., 22 april 1997, *Sutton*, C-66/95, *Jur.*, 1997, I-2163, rechtsoverweging 31; H.v.J., 10 juli 1997, *Bonifaci en Berto t/ INPS*, C-94 en 95/95, *Jur.*, 1997, I-3969, rechtsoverweging 46; H.v.J., 10 juli 1997, *Palmisani*, C-261/95, *Jur.*, 1997, I-4025, rechtsoverweging 24; H.v.J., 10 juli 1997, *Maso*, C-373/95, *Jur.*, 1997, I-4051, rechtsoverweging 34; H.v.J., 2 april 1998, *Norbrook*, C-127/95, *Jur.*, 1998, I-1531, rechtsoverweging 107; H.v.J., 24 september 1998, *Brinkmann Tabakfabriken*, C-319/96, *Jur.*, 1998, I-5255, rechtsoverweging 24.

¹²⁵ H.v.J., 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur en Factortame III*, C-46 en 48/93, *Jur.*, 1996, I-1029, rechtsoverweging 32.

¹²⁶ H.v.J., 19 november 1991, *Francovich*, C-6 en 9/90, *Jur.*, 1991, I-5357, ro 40; H.v.J., 14 juli 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, *Jur.*, 1994, I-3325, rechtsoverweging 27; H.v.J., 7 maart 1996, *El Corte Inglés*, C-192/94, *Jur.*, 1996, I-1281, rechtsoverweging 22; H.v.J., 10 juli 1997, *Bonifaci*, C-94-95/95, *Jur.*, 1997, I-3969, rechtsoverweging 47; H.v.J., 10 juli 1997, *Palmisani*, C-261/95, *Jur.*, 1997, I-4025, rechtsoverweging 25.

¹²⁷ H.v.J., 19 november 1991, *Francovich*, C-6 en 9/90, *Jur.*, 1991, I-5357, rechtsoverweging 38; H.v.J., 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur en Factorame*, C-46 en 48/93, *Jur.*, 1996, I-1029, rechtsoverweging 38; H.v.J., 23 mei 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, *Jur.*, 1996, I-2553, rechtsoverweging 24.

¹²⁸ Omgekeerd volstaat de enkele inbreuk wanneer «een lidstaat (...) op het ogenblik van de inbreuk niet voor normatieve keuzes stond en slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge had» (H.v.J., 23 mei 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, *Jur.*, 1996, I-2553, rechtsoverweging 28; H.v.J., 2 april 1998, *Norbrook*, C-127/95, *Jur.*, 1998, I-1531, rechtsoverweging 109).

¹²⁹ H.v.J., 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur en Factortame III*, C-46 en 48/93, *Jur.*, 1996, I-1029, rechtsoverweging 51; H.v.J., 26 maart 1996, *British Telecommunications*, C-392/93, *Jur.*, 1996, I-1631, rechtsoverweging 39; H.v.J., 23 mei 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, *Jur.*, 1996, I-2553, rechtsoverwegingen 25 en 28; H.v.J., 8 oktober 1996, *Dillenkofer*, C-178-179, 188-190/94, *Jur.*, 1996, I-4845, rechtsoverwegingen 9, 17, 21 en 23; H.v.J., 17 oktober 1996, *Denkavit*, C-283,291-292/94, *Jur.*, 1996, I-5063, rechtsoverweging 48; H.v.J., 22 april 1997, *Sutton*, C-66/95, *Jur.*, 1997, I-2163, rechtsoverweging 32; H.v.J., 10 juli 1997, *Bonifaci*, C-94-95/95, *Jur.*, 1997, I-3969, rechtsoverweging 47; H.v.J., 24 september 1998, *Brinkmann*, C-319/96, *Jur.*, 1998, I-5255, rechtsoverweging 25; H.v.J., 25 februari 1999, *Carbonari*, C-131/97, *Jur.*, 1999, I-1103, rechtsoverweging 52.

¹³⁰ H.v.J., 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur en Factortame III*, C-46 en 48/93, *Jur.*, 1996, I-1029, rechtsoverweging 56; H.v.J., 26 maart 1996, *British Telecommunications*, C-392/93, *Jur.*, 1996, I-1631, rechtsoverweging 42. Vergelijkbaar, H.v.J., 2 april 1998, *Norbrook*, C-127/95, *Jur.*, 1998, I-1531, rechtsoverweging 109.

¹³¹ H.v.J., 26 maart 1996, *British Telecommunication*, C-392/93, *Jur.*, 1996, I-1631, rechtsoverweging 43.

¹³² H.v.J., 8 oktober 1996, *Dillenkofer*, C-178,188-190/94, *Jur.*, 1996, I-4845, rechtsoverweging 29; H.v.J., 24 september 1998, *Brinkmann*, C-319/96, *Jur.*, 1998, I-5255, rechtsoverweging 28.

¹³³ H.v.J., 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur en Factortame III*, C-46 en 48/93, *Jur.*, 1996, I-1029, rechtsoverweging 67; H.v.J., 23 mei 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, *Jur.*, 1996, I-2553, rechtsoverweging 31; H.v.J., 22 april 1997, *Sutton*, C-66/95, *Jur.*, 1997, I-2163, rechtsoverweging 33; H.v.J., 10 juli 1997, *Bonifaci*, C-94-95/95, *Jur.*, 1997, I-3969, rechtsoverweging 49; H.v.J., 10 juli 1997, *Palmisani*, C-261/95, *Jur.*, 1997, I-4025, rechtsoverweging 27; H.v.J., 10 juli 1997, *Maso*, C-373/95, *Jur.*, 1997, I-4051, rechtsoverweging 37; H.v.J., 2 april 1998, *Norbrook*, C-127/95, *Jur.*, 1998, I-1531, rechtsoverweging 111.

«adequaat (is) ten opzichte van de geleden schade, zodat de daadwerkelijke bescherming van de rechten van de benadeelde particulieren is verzekerd».¹³⁴

V. DE HANDHAVING VAN DE GEMEENSCHAPSTROUW VAN DE RECHTERLIJKE MACHT IN DE WETTELIJKE RESPECTIEVELIJKE WERKELIJKE WERELD

Net als de uitvoerende macht kan de nationale rechter zich bij de uitvoering van zijn cruciale rechtsbeschermings-taak en –opdracht niet uitsluitend laten leiden door (nationale en Europese) wetgeving, maar moet hij ook ten volle rekening houden met de arresten van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg. Een rechter die bewust dan wel onbewust uitspraken van deze rechterlijke instanties buiten beschouwing laat, handelt dan ook in strijd met zijn loyaleitsplicht van art. 10 EG-Verdrag. Hetzelfde geldt in geval van weigering de Europeesrechtelijke dimensie van een geschil te zien/behandelen en bij weigering een prejudiciële vraag te stellen, dan wel een uitlegging gegeven door het Hof van Justitie toe te passen. *De facto* maakt het daarbij niet uit of deze uitlegging er kwam op zijn eigen verzoek in een door hemzelf behandelde zaak, dan wel het gevolg is van prejudiciële vragen gesteld door collega-rechters in eigen land of in andere lidstaten, of nog, vervat ligt in een niet-nakomingsarrest.¹³⁵

Hoewel prejudiciële arresten in principe *enkel* de verwijzende rechter binden, hetgeen concreet betekent dat hij de voor zijn zaak gegeven uitlegging niet zonder meer¹³⁶ naast zich mag neerleggen,¹³⁷ hebben zij door hun *ex tunc* declaratoir karakter – het geven van de uitlegging die van in het begin had moeten zijn gegeven aan de betrokken bepaling¹³⁸ – in de feiten een *quasi erga omnes*-effect voor alle nationale rechters, mede omdat de «finaliteit van de prejudiciële uitlegging, namelijk om de eenheid in de toepassing

van het Gemeenschapsrecht in alle lidstaten te verzekeren, eraan in de weg (staat) dat die uitlegging buiten de betrokken zaak in het geheel geen bindende werking zou hebben».¹³⁹

Niet-nakomingsarresten hebben een vergelijkbare *quasi erga omnes*-(uit)werking. Wanneer het gaat om een veroordeling van de eigen lidstaat vloeit dit zonder meer voort uit art. 10 *juncto* art. 233 EG-Verdrag. De «rechterlijke instanties van de betrokken staat (zijn dan ook) gehouden de eerbiediging van het arrest in de uitoefening van hun functie te verzekeren (en) de consequenties van het arrest van het Hof te trekken».¹⁴⁰ Wanneer het niet-nakomingsarrest betrekking heeft op een andere dan de eigen lidstaat, leidt art. 10 EG-Verdrag tot een *de facto* identiek resultaat.

Anders dan bij de wetgevende en uitvoerende macht, is de afdwingbaarheid van deze rechterlijke loyaleitsplicht evenwel vrij onvolkomen. Dit is zeker, maar niet uitsluitend, zo ten aanzien van 'foute' arresten van de hoogste rechterlijke instanties, waartegen (op het nationale vlak) geen rechtsmiddelen meer open staan.

Op het eerste gezicht lijkt het zonder meer mogelijk rechterlijke miskenningen van het Gemeenschapsrecht rechtstreeks te (doen) beteugelen. De niet-nakomingsprocedure bevat immers géén uitzonderingsbepaling voor schending door de rechterlijke macht van haar verdragsrechtelijke verplichtingen. Toch lijkt de waarschijnlijkheid dat de Commissie of een lidstaat deze procedure ooit lanceert wegens foute rechtspraak vrijwel geheel *c.q.* uitsluitend theoretisch. In «een rechtsgemeenschap zal het essentiële beginsel van de constitutionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht tegenover de uitvoerende en de wetgevende macht (immers bijna zeker) met zich brengen dat een regering van een lidstaat die het onderspit delft in een procedure ex art. 226 op begrip kan rekenen wanneer zij niet in staat blijkt om het ingebreke blijvende rechtscollege te dwingen zijn houding te herzien. In tegenstelling tot andere «onafhankelijke» staatsorganen, waarvoor de idee voorligt dat de lidstaat zijn interne structuur zo nodig in die zin moet aanpassen dat hij steeds in de mogelijkheid verkeert de effectieve naleving van het gemeenschapsrecht door die organen te verzekeren, ook al gaat dit ten koste van hun onafhankelijkheid, bestaat terecht een zekere terughoudendheid om datzelfde idee naar voren te schuiven met betrekking tot de hoogste rechtscolleges van de lidstaten».¹⁴¹

Dat er intussen, althans voor het Hof van Justitie, niet de minste twijfel bestaat aan een lagere rechter, die volgens een nationale regel gebonden is aan het oordeel van een rechter in hoogste ressort, op geen enkele wijze het recht kan worden ontzegd een (nieuwe) prejudiciële vraag te stellen aan het Hof «indien (hij) meent dat het rechtsoordeel van de

¹³⁴ H.v.J., 10 juli 1997, *Bonifaci*, C-94-95/95, *Jur.*, 1997, I-3969, rechtsoverweging 49; H.v.J., 10 juli 1997, *Maso*, C-373/95, *Jur.*, 1997, I-4051, rechtsoverweging 36. Zie voor een concrete toepassing in de Belgische rechtsorde, Cass., 28 september 2000, ad www.cass.be/cgi_juris/jucn.htm. Belgische Staat op grond van art. 1382 B.W. veroordeeld tot betaling van schade geleden door handelsagent ten gevolge van niet-tijdige omzetting in Belgisch recht van de handelsagentuur-richtlijn (Richtlijn 86/653 van 18 december 1986, *PB* 1986 L 382/17), namelijk het bedrag dat de handelsagent anders als uitwinningvergoeding van zijn principaal had kunnen vorderen.

¹³⁵ Het arrest «waarin het Hof de schending door een Lid-Staat van zijn uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen vaststelt, (bevat immers) meestal de uitlegging van bepalingen en beginselen van dit recht», K. LENAERTS & D. ARTS, *o.c.*, 48.

¹³⁶ Dit neemt niet weg dat, wanneer dit nodig wordt geacht, een nieuwe prejudiciële vraag kan worden gesteld. Zo reeds, H.v.J., 24 juni 1969, *Milch- Fett-, und Eierkontor t/ HZA Saarbrücken*, 29/68, *Jur.*, 1969, 165, rechtsoverweging 3. Vergelijkbaar, H.v.J., 11 juni 1987, *Strafzaak t. K.*, 14/86, *Jur.*, 1987, 2565.

¹³⁷ De prejudiciële uitlegging is bindend voor «alle van het hoofdgeding kennis nemende nationale rechterlijke instanties» (H.v.J., 24 juni 1969, *Milch- Fett-, und Eierkontor t/ HZA Saarbrücken*, 29/68, *Jur.*, 1969, 165, rechtsoverweging 2). De prejudiciële procedure is immers niet bedoeld voor «het formuleren van rechtsgeleerde adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken» (vaste rechtspraak sinds H.v.J., 16 december 1981, *Foglia t/ Novello*, 244/80, *Jur.*, 1981, 3065, rechtsoverweging 18).

¹³⁸ Aan de orde in H.v.J., 27 maart 1980, *Denkavit*, 61/79, *Jur.*, 1980, 1205, rechtsoverweging 16; H.v.J., 27 maart 1980, *Salumi*, 66, 127 en 128/79, *Jur.*, 1980, 1237, rechtsoverweging 9. Het Hof gaat uiterst zelden over tot een beperking van de werking van zijn arresten in de tijd. Zo bv. wel in H.v.J., 8 april 1976, *Defrenne*, 43/75, *Jur.*, 1976, 455.

¹³⁹ K. LENAERTS & D. ARTS, *o.c.*, 124.

¹⁴⁰ H.v.J., 14 december 1982, *Waterkeyn*, 314-316/81 en 83/82, *Jur.*, 1982, 4337, rechtsoverwegingen 14 en 16.

¹⁴¹ K. LENAERTS en D. ARTS, *o.c.*, 51.

hoogste rechter (hem) tot een met het Gemeenschapsrecht strijdig vonnis zou kunnen brengen»,¹⁴² is weliswaar erg belangrijk, maar neemt niet weg dat de daadwerkelijk corrigerende invloed die daarvan kan uitgaan ten aanzien van bewust, wetens en willens, het Gemeenschapsrecht negerende rechterlijke instanties al bij al vrij gering zal zijn.

Enigszins in dezelfde lijn kan zeer zeker worden betoogd dat het Gemeenschapsrecht na *Francovich* inderdaad «ver-eist dat de lidstaten de mogelijkheid van een aansprakelij-keidsvordering tegen de overheid erkennen wanneer de schending door (bv.) een hoogste rechtscollege van zijn verplichting tot prejudiciële vraagstelling op aanwijsbare wijze het voordeel van een subjectief recht dat het Gemeenschapsrecht aan een particulier toekent, ongedaan maakt».¹⁴³ Daarbij staat het aan iedere lidstaat «om in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht de gevolgen ongedaan te maken van de schade veroorzaakt door een hem toe te rekenen schending van het Gemeenschapsrecht»,¹⁴⁴ waarbij dus «zaken als wie de bevoegde rechter is,

wat het toepasselijke procesrecht is, maar ook de eventueel in het nationale recht aanwezige regresmogelijkheden tussen overheden nationaalrechtelijk (worden) bepaald».¹⁴⁵ Ook voor de omvang van de schadevergoeding wordt aangeknoopt bij de nationale regels, met dien verstande dat de vergoeding die uiteindelijk wordt toegekend, wel degelijk «adequaat dient te zijn ten opzichte van de geleden schade, zodat de daadwerkelijke bescherming van de rechten van de benadeelde particulieren is verzekerd».¹⁴⁶ Wanneer al een nationale rechter tot het oordeel zou komen dat het optreden van een collega-rechter een schadeverwekkend feit uitmaakt, is evenwel toch maar de vraag of *c.q.* waarom «scheiding der machten»-argumenten ineens minder zwaarwegend zouden worden.

Nijmegen, 12 januari 2002

A.M. VAN DEN BOSSCHE
Hoogleraar K.U.Nijmegen
Docent Universiteit Antwerpen

¹⁴² H.v.J., 16 januari 1974, *Rheinmühlen*, 166/73, *Jur.*, 1974, 33, rechtsoverweging 4.

¹⁴³ K. LENAERTS en D. ARTS, *o.c.*, 51.

¹⁴⁴ H.v.J., 19 november 1991, *Francovich*, C-6 en 9/90, *Jur.*, 1991, I-5357, rechtsoverweging 42; H.v.J., 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur en Factortame III*, C-46 en 48/93, *Jur.*, 1996, I-1029, rechtsoverweging 67; H.v.J., 23 mei 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, *Jur.*, 1996, I-2553, rechtsoverweging 31; H.v.J., 22 april 1997, *Sutton*, C-66/95, *Jur.*, 1997, I-2163, rechtsoverweging 33; H.v.J., 10 juli 1997, *Bonifaci*, C-94-95/95, *Jur.*, 1997, I-3969, rechtsoverweging 49; H.v.J., 10 juli 1997, *Palmisani*, C-261/95, *Jur.*, 1997, I-4025,

rechtsoverweging 27; H.v.J., 10 juli 1997, *Maso*, C-373/95, *Jur.*, 1997, I-4051, rechtsoverweging 37; H.v.J., 2 april 1998, *Norbrook*, C-127/95, *Jur.*, 1998, I-1531, rechtsoverweging 111.

¹⁴⁵ J.H. JANS et al., *o.c.*, 345.

¹⁴⁶ H.v.J., 5 maart 1996, *Brasserie du Pêcheur en Factortame III*, C-46 en 48/93, *Jur.*, 1996, I-1029, rechtsoverweging 82; H.v.J., 10 juli 1997, *Bonifaci*, C-94-95/95, *Jur.*, 1997, I-3969, rechtsoverweging 48; H.v.J., 10 juli 1997, *Maso*, C-373/95, *Jur.*, 1997, I-4051, rechtsoverweging 36; H.v.J., 10 juli 1997, *Palmisani*, C-261/95, *Jur.*, 1997, I-4025, rechtsoverweging 26.