

KIESRECHT VAN VREEMDELINGEN ALS EEN FUNDAMENTEEL RECHT

I. INLEIDING

1. Deze studie wil een antwoord geven op de vraag of migranten die voor een kortere of langere periode in België wonen onder bepaalde voorwaarden rechten kunnen doen gelden op een actieve deelname in de politiek van dit land.

Tot voor de tweede wereldoorlog kwamen de problemen van de migranten als dusdanig nauwelijks aan bod. Sindsdien is in het geïndustrialiseerde Europa een beweging ontstaan waarbij arbeiders uit andere delen van de wereld, meer bepaald uit Zuid-Europa en Noord-Afrika, werden gerecruteerd. Zo opende België al in 1946 een wervingskantoor in Milaan; later werden ook in Athene (1955), Madrid (1956), Casablanca (1962) en Ankara (1963) dergelijke kantoren geopend¹. Zowel bij de ontvangende landen als bij de migranten leefde de idee dat het om een tijdelijke tewerkstelling, en dus een tijdelijk verblijf ging. Naast deze golf van immigranten heeft zich in West-Europa een tweede immigratiebeweging voorgedaan die echter voor België van minder belang is. Vele inwoners van kolonies of ex-kolonies hebben hun geboorteland verlaten en zijn zich komen vestigen in het oude moederland. Op de derde plaats is Europa steeds de bestemming geweest van een groot aantal politieke vluchtelingen uit de gehele wereld.

Vanaf het begin van de jaren 70 hebben de ontvangende staten ten gevolge van de economische crisis een andere houding aangenomen ten opzichte van de in hun land verblijvende vreemdelingen. België heeft in 1974 een immigratiestop afgekondigd en laat sindsdien in beginsel vreemdelingen nog enkel toe in het kader van een familiehereniging of wanneer zij het statuut van politiek vluchteling hebben verkregen.

Hiertegenover staat dat vreemdelingen geleidelijk minder geneigd zijn om naar hun land terug te keren en zij zich, mede ten gevolge van de integratie van hun kinderen in het gastland, meer en meer definitief in Europa blijken te vestigen. Zo komt het dat ondanks de immigratiestop het aantal vreemdelingen de laatste jaren toch nog sterk is toegenomen en dat op dit moment ongeveer 10% van de in België wonende personen de Belgische nationaliteit niet bezitten. De vraag rijst of deze groep van mensen nog langer uitgesloten kan worden van een aantal fundamentele rechten.

Politieke participatie wordt van oudsher beschouwd als één van de fundamentele rechten van de mens. De oude Grieken beleefden hun ideaal van democratie via een directe deelname van al de Atheense burgers aan het politiek leven. Al diegenen die zich niet konden beroepen op dit burgerschap, met name de slaven en de vreemdelingen, werden evenwel uitgesloten van het bestuur. In de loop van het nu volgende onderzoek zal ongetwijfeld de vraag opduiken of

de situatie in wat wij nu de «Westerse democratie» noemen, wel zoveel verschilt van de toestand in het antieke Athene, gekenmerkt door de collectieve uitsluiting van bepaalde groepen van ingezetenen van het beleid.

2. Hierna worden eerst een aantal internationale verklaringen en verdragen ter bescherming van de rechten van de mens en de daarin opgenomen garanties voor politieke rechten van naderbij bekeken. Vervolgens wordt de aandacht verlegd naar de recente ontwikkelingen, op het vlak van de toekenning van stemrecht aan vreemdelingen, binnen de Raad van Europa en de Europese Gemeenschap. Deze studie wordt afgerond met een analyse van de Belgische grondwettelijke regels betreffende de deelneming van vreemdelingen aan het kiesgebeuren.

In de hiernavolgende tekst worden als onderdanen van een land beschouwd diegenen die de nationaliteit van dat land hebben. Met ingezetenen of inwoners wordt het geheel van mensen bedoeld die in een bepaalde staat verblijven, terwijl met vreemdelingen en migranten die categorie van mensen wordt aangeduid die de nationaliteit van het land waarin ze verblijven niet bezitten.

II. HET KIESRECHT IN DE INTERNATIONALE VERKLARINGEN EN VERDRAGEN OVER DE RECHTEN VAN DE MENS

A. De Universele Verklaring van de rechten van de mens

3. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens is in 1948 ontstaan uit hetzelfde gevoel van afschuw over de tweede wereldoorlog dat eerder al geleid had tot de oprichting van de Verenigde Naties zelf.

Het pakket rechten en vrijheden dat is opgenomen verschilt nauwelijks van dat van de revolutionaire verklaringen die eind achttiende eeuw in Frankrijk en Noord-Amerika afgelegd werden. Het nieuwe bestaat erin dat de Verklaring zich voor de eerste maal in de geschiedenis tot een universeel publiek richt.

4. Artikel 21 verzekert het recht op politieke participatie in de volgende termen:

«1. Ieder persoon heeft het recht deel te nemen aan het beleid van de openbare aangelegenheden van zijn land, hetzij rechtstreeks, hetzij door bemiddeling van vrijelijk verkozen vertegenwoordigers.

2. Een ieder heeft het recht onder gelijke voorwaarden toegelaten te worden tot de openbare bedieningen van zijn land.

3. De wil van het volk vormt de grondslag van het gezag der openbare besturen; deze wil moet tot uiting komen door rechtvaardig ingerichte verkiezingen die periodiek moeten plaatsvinden volgens het stelsel van gelijk algemeen stem-

¹ SCEVENELS, M., «De politieke status van vreemdelingen», *Jura Falc.*, 1982-83, (483), 483.

recht en geheime stemming of volgens een gelijkwaardige procedure, die de vrijheid van stemming waarborgt ²»

Lid 1 erkent voor eenieder het recht op participatie in het politieke leven van zijn land. Vanuit het westers-democratisch denken kan dit reeds beschouwd worden als een erkenning van het individueel recht op vrije, regelmatige en geheime verkiezingen die in lid 3 expliciet vermeld worden. Dit lid 3 kan m.a.w. beschouwd worden als een uiting van de liberale geest die ook reeds verwoord is in de achttiende-eeuwse verklaringen van de rechten van de mens, volgens welke de wil van het volk de enige basis is voor de legiti-mering van het gezag ³.

Alhoewel de rechten opgenomen in de Universele verklaring voor alle mensen ter wereld gelijk gelden, blijkt uit de redactie van artikel 21 toch dat het recht op politieke participatie beperkt wordt: ieder heeft het recht deel te nemen aan het bestuur van «zijn» land, om op voet van gelijkheid toegelaten te worden tot de overheidsdiensten van «zijn» land. Uit die woordkeuze kan afgeleid worden dat de bedoeling van de opstellers lag in de verzekering van de politieke participatie van de onderdanen van de betreffende staat ⁴.

Nochtans zullen weinigen eraan twijfelen dat voor een vreemdeling van de tweede of de derde generatie «zijn» land in de meeste gevallen het gastland zal zijn en niet meer het land van herkomst van zijn ouders of grootouders. Zoals Groenendijk het stelt, in een historisch overzicht van de toekenning van stemrecht in Nederland, is de migrant inderdaad onderworpen aan de maatschappelijke orde en de rechtsorde van het land waarin hij woont en niet van het land waar hij vandaan komt ⁵.

5. De Universele Verklaring is opgevat als de afkondiging van een ideaal. Zij is enkel goedgekeurd door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, zonder ooit ondertekend of bekrachtigd te zijn door de lidstaten. Naar het intern recht, o.m. van België, kan de Verklaring dan ook niet beschouwd worden als een bron van subjectieve rechten, welke door het individu als zodanig voor de nationale rechtbanken ingeroepen zouden kunnen worden ⁶.

Dit laatste betekent echter niet dat de rol van de Verklaring onderschat mag worden. De Verklaring is de recht-

streekse inspiratie geweest voor al de verdragen ter bescherming van de rechten van de mens die na haar geredigeerd zijn. Aldus bewijst zij nog steeds haar waarde als leidraad bij de interpretatie van die verdragen. Met betrekking tot de verdragsbepalingen in verband met de politieke participatie zal de interpretatieve waarde van de Verklaring evenwel eerder gering zijn nu de subjecten die aanspraak kunnen maken op de bescherming van de verdragen, daarin op een preciezere manier omschreven worden dan in de Verklaring.

Of de Verklaring daarenboven ooit als een werkelijk autonome bron van internationaal recht beschouwd zal worden, kan moeilijk voorspeld worden. Vaststaat echter dat in de rechtsleer betoogd wordt dat de Verklaring thans reeds deel zou uitmaken van het internationaal gewoonterecht ⁷.

B. Het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten

6. Reeds ten tijde van het opstellen van de Universele Verklaring van de rechten van de mens lag de bedoeling voor om mensenrechten ook op te nemen in een internationaalrechtelijke, juridisch bindende verdragstekst. Uiteindelijk duurde het nog tot 19 december 1966 vooraleer in het kader van de Verenigde Naties twee verdragen ter bescherming van de rechten van de mens werden ondertekend. Anders dan bij de Universele Verklaring, werden de burgerrechten en politieke rechten enerzijds, en de economische, sociale en culturele rechten anderzijds, in onderscheiden teksten geregeld. Ten deze is enkel het verdrag over de eerste soort rechten van belang.

Het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten beoogt, net als de Universele Verklaring, een wereldwijde toepassing. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat de wereld in de tijd tussen de goedkeuring van de Verklaring en de ondertekening van het Internationaal Verdrag een ander uitzicht gekregen had. Door het proces van dekolonisatie was het aantal staten dat aan het debat deelnam quasi verdrievoudigd ⁸, en was het overwicht van de staten met een klassiek westers democratisch systeem verdwenen. Dit had natuurlijk zijn weerslag op de redactie van bepaalde artikelen.

Het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten is sinds zijn inwerkingtreding in 1976 bindend voor de staten die het hebben bekrachtigd. Wat België betreft, is het verdrag op 21 juli 1983 in werking getreden ⁹.

7. Artikel 25, dat de politieke rechten behandelt, is op dezelfde drieledige manier opgesteld als artikel 21 van de Universele Verklaring: een algemene participatieclausule, een erkenning van het recht op vrije verkiezingen en een garantie voor een gelijke behandeling bij toegang tot de overheidsdiensten. Dat artikel 25 luidt als volgt:

«Elke burger heeft het recht en dient in de gelegenheid te worden gesteld, zonder dat het onderscheid bedoeld in artikel 2 wordt gemaakt en zonder onredelijke beperkingen:

² Zie, o.m., SIEGHART, P., *The international law of human rights*, Oxford, 1983, pp. 53-55, § 6.2.1.

⁸ HENKIN, L., «The international bill of rights: the Universal Declaration and the Covenants», in *International Enforcement of Human Rights* (BERNHARDT, R., en JOLOWICZ, J.A., eds.), Berlijn, 1987, (1), 7.

⁹ Zie de goedkeuringwet van 15 mei 1981, B.S., 6 juli 1983.

² Officieuze Nederlandse vertaling in B.S., 31 maart 1949.

³ STEINER, H.J., «Political participation as a human right», *Harvard Human Rights Yearbook*, 1988, (77), 87.

⁴ In ontwerp-teksten van de Universele Verklaring was uitdrukkelijk sprake van burgers («citoyens») en onderdanen («ressortissants»). De «travaux préparatoires» van de Universele Verklaring doen niet blijken van enige bedoeling om in de definitieve tekst een andere opvatting te huldigen. (Rdplg. VERDOODT, A., *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Leuven (1964), 198-209). Later zou Cassin, een van de opstellers van de Universele Verklaring, trouwens erkennen dat artikel 21 een onderscheid maakte tussen eigen onderdanen en vreemdelingen. (Cassin, R., «La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1951, vol. 79, (237), p. 283, nr. 33.)

⁵ GROENENDIJK, C.A., «D'étranger à concitoyen. La signification symbolique du droit de vote pour les immigrés aux Pays-Bas», *MRAX-Information*, 1985, 23, geciteerd door MIGNON, E., «Politieke participatie van migranten in België», *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, 1987-88, (3), p. 13, noot 66.

⁶ Zie, o.m., Cass. 1 december 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 391; R.v.St., 7 maart 1985, *Kelders*, nr. 25.104.

a) deel te nemen aan de behandeling van openbare aangelegenheden, hetzij rechtstreeks of door middel van vrijelijk gekozen vertegenwoordigers;

b) te stemmen en gekozen te worden door middel van betrouwbare periodieke verkiezingen die gehouden worden krachtens algemeen en gelijkwaardig kiesrecht en bij geheime stemming, waardoor het vrijelijk tot uiting brengen van de wil van de kiezers wordt verzekerd;

c) op algemene voet van gelijkheid te worden toegelaten tot de overheidsdiensten van zijn land ¹⁰.

Het algemeen artikel 2 waarnaar in de aanhef van artikel 25 wordt verwezen bevat zowel een bevoegdheids- als een non-discriminatieclausule. Lid 1 van die bepaling luidt inderdaad als volgt:

«Iedere Staat die partij is bij dit verdrag verbindt zich de in dit Verdrag erkende rechten te eerbiedigen en deze aan eenieder die binnen zijn grondgebied verblijft en aan zijn rechtsmacht is onderworpen te verzekeren, zonder onderscheid van welke aard ook, zoals naar nationale of maatschappelijke afkomst...»

Uit de verwijzing naar artikel 2 mag niet afgeleid worden dat de in artikel 25 bedoelde rechten zonder onderscheid naar nationaliteit gewaarborgd worden. Artikel 25 beperkt immers zelf, op een ondubbelzinnige wijze, de categorie van personen die zich op het artikel kunnen beroepen: «Elke burger», «tout citoyen», «every citizen»...

Het betreft hier het enige artikel van het verdrag waarin het toepassingsgebied op een dergelijke wijze wordt beperkt. «Elke burger» betekent immers ook «alleen de burgers», en met dat begrip worden tot op de dag van vandaag nog steeds bedoeld de personen die de nationaliteit van het betrokken land hebben ¹¹.

8. Artikel 25 biedt aan die nationale onderdanen een uitgebreide bescherming. In tegenstelling tot het overeenstemmende artikel van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (zie infra, nr. 12), is het recht positief geformuleerd en bestond er van bij de aanvang geen twijfel over de rechtstreekse aanspraken die de burger kon doen gelden.

Noch de deelnemingsclausule, noch de kiesclausule beperken zich tot een bepaald overheidsorgaan. Een comité van experts van de Raad van Europa kwam terecht tot de conclusie dat het recht om via verkiezingen aan de behandeling van openbare aangelegenheden deel te nemen betrekking had op «(les) organes de gouvernement qui sont normalement élus dans les États démocratiques, notamment (le) législateur» ¹². Dat comité onderstreepte verder het ruime toepassingsgebied van lid b, en stelde uitdrukkelijk dat

het kiesrecht volgens die bepaling ook gold voor plaatselijke verkiezingen ¹³.

De clausule van deelname aan het bestuur laat, zoals in de Universele Verklaring, de keuze tussen rechtstreeks bestuur en bestuur via «vertegenwoordigers». Met die laatste term wordt niet enkel het bestuur via politieke verkozenen bedoeld (welk mechanisme nader geregeld wordt in littera b), doch ook het bestuur via belangenvertegenwoordigers. Aldus kan hieronder begrepen worden het o.m. in België gangbare systeem waarbij collectieve arbeidsovereenkomsten tot stand komen door tussenkomst van vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersorganisaties.

De bescherming die door de Belgische wetgever geboden wordt aan de vreemdelingen is in dit laatste opzicht ruimer dan de garanties van het Internationaal Verdrag. Sinds 1971 hebben vreemdelingen immers het recht om, via de syndicale verkiezingen, vertegenwoordigd te zijn bij de totstandkoming van die overeenkomsten.

9. Artikel 25 mag echter niet geïsoleerd worden bekeken. In samenhang gelezen met de rest van het verdrag, meer in het bijzonder met de artikelen 19, 21 en 22 (vrijheid van meningsuiting, vereniging en vergadering), kan men besluiten dat zowel de deelnemingsclausule als het kiesrecht een bepaalde graad van politiek debat en het bestaan van belangengroeperingen vooronderstellen ¹⁴.

Deze vormen van politieke participatie worden niet aan vreemdelingen onthouden. De bepalingen van non-discriminatie van artikel 2 zijn hierop ten volle van toepassing, en in een beperking van de vrijheid van meningsuiting of vergadering voor politieke activiteiten van vreemdelingen is in het Internationaal Verdrag, anders dan in het Europees Verdrag (art. 16; zie infra, nr. 16), niet voorzien.

De politieke rechten welke het Internationaal Verdrag aan de «burgers» voorbehoudt, betreffen aldus enkel het eigenlijke kiesrecht (zowel actief als passief) en de gelijke toegang tot de overheidsambten. Voor het overige voorziet het Verdrag in geen voorkeerbehandeling voor de eigen onderdanen.

C. Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

10. Het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden werd op 4 november 1950 te Rome ondertekend door de lidstaten van de Raad van Europa, en is in de loop der jaren uitgegroeid tot diens boegbeeld.

De idee van een Europees verdrag is gegroeid uit de bekommernis om de rechten en vrijheden die waren beschreven in de Universele Verklaring daadwerkelijk te erkennen en te verzekeren.

Binnen het geografisch beperkte Europa, steunende op dezelfde culturele en historische achtergrond en op een gemeenschappelijke politieke traditie, kon een strakker beschermingsmechanisme worden ontwikkeld dan mogelijk zou zijn geweest op mondiaal vlak. In tegenstelling met het Internationaal Verdrag dat in de schoot van de Verenigde Naties langzaam groeide, werd de voorbereiding van het

¹⁰ Officieuze Nederlandse vertaling volgens de bijlage bij de in de vorige noot genoemde goedkeuringswet. De authentieke versies van het verdrag zijn gesteld in het Chinees, het Engels, het Frans, het Russisch en het Spaans.

¹¹ Rdpl. Comité voor de Rechten van de Mens, algemene opmerkingen 15 van 22 juli 1986 over de toestand van vreemdelingen ten opzichte van het Verdrag, § 2, in *Rapport du Comité des droits de l'homme*, doc. A/41/40, p. 124.

¹² Comité d'experts en matière de droits de l'homme, *Problèmes découlant de la coexistence des Pactes des Nations Unies relatifs aux Droits de l'Homme et de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, doc. H(70)7, Strasbourg, 1970, p. 51, § 216.

¹³ O.c., p. 51, § 220.

¹⁴ STEINER, H.J., o.c., 88.

Europees verdrag dan ook in recordtempo afgewerkt. Minder dan twee jaar na de Universele Verklaring kon het Europees verdrag worden ondertekend en minder dan drie jaar na de ondertekening, met name op 3 september 1953, was het al in werking getreden. Wat België betreft, is het verdrag op 14 juni 1955 in werking getreden ¹⁵.

De preambule drukt het «diep geloof» van de opstellers uit in de «fundamentele vrijheden, welke de grondslag vormen voor rechtvaardigheid en vrede in de wereld, en welke handhaving vooral steunt, enerzijds op een waarlijk democratische regeringsvorm, anderzijds op het gemeenschappelijk begrip en de gemeenschappelijke eerbiediging van de rechten van de mens waarvan die rechten afhankelijk zijn.»

11. In het licht van deze verklaring is het verwonderlijk dat het verdrag geen enkel artikel bevat dat garanties inhoudt voor beleidsparticipatie en verkiezingen.

Het oorspronkelijk ontwerp bevatte wel een dergelijk artikel maar het Comité van Ministers kon zich niet verzoenen met de inhoud ervan. Om de ondertekening van het gehele verdrag niet te hypothekeren, ondertekenden de lidstaten in november 1950 reeds het verdrag met uitsluiting van de artikelen waarover nog betwisting bestond. Tegelijkertijd erkennen zij de noodzaak om het recht op beleidsparticipatie in een later protocol op te nemen. Dezelfde procedure werd gevolgd met betrekking tot het recht op onderwijs en het recht op eigendom ¹⁶. Dit protocol werd onmiddellijk voorbereid en kon reeds op 20 maart 1952 ondertekend worden. Het trad op 18 mei 1954 in werking; wat België betreft, trad het, samen met het EVRM zelf, op 14 juni 1955 in werking ¹⁷.

De tekst van artikel 3 van het (eerste) Protocol luidt als volgt: «De hoge verdragsluitende partijen verbinden zich om met redelijke tussenpozen vrije, geheime verkiezingen te houden onder voorwaarden welke de vrije meningsuiting van het volk bij het kiezen van de wetgevende macht waarborgen ¹⁸.»

De betekenis en de draagwijdte van die bepaling moeten thans o.m. gezocht worden in de uitspraken ter zake van het Europees Hof en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens.

12. Het eerste probleem waarin het Hof en de Commissie klaarheid hebben gebracht, betreft de mate waarin particulieren zich op artikel 3 van het eerste Protocol kunnen beroepen. In tegenstelling tot de meeste andere bepalingen van het Europees Verdrag, is artikel 3 van het eerste Protocol immers geformuleerd als een verplichting van elke lidstaat, en niet als een recht van de persoon.

Nadat de Commissie verschillende beslissingen gewezen had waarin het individueel kiesrecht als dusdanig niet werd

geacht beschermd te zijn ¹⁹, is ze daarop in verschillende stappen teruggekomen.

In een beslissing van 1967 aanvaardde de Commissie dat de erkenning van de verplichting van de lidstaten om vrije verkiezingen te organiseren de erkenning inhield van het universele stemrecht. Zij voegde daaraan echter onmiddellijk toe dat dit niet impliceerde dat iedereen zonder onderscheid het recht had deel te nemen aan de verkiezingen ²⁰.

Voor het eerst in een beslissing van 30 mei 1975 komt de Commissie definitief op haar oordeel terug. In het licht van artikel 5 van het eerste Protocol moet erkend worden dat de rechten opgenomen in het Protocol dezelfde garanties genieten als de rechten opgenomen in het verdrag zelf. Dit houdt in dat ook artikel 25 van het Europees Verdrag (individueel klachtrecht bij de Commissie) ter zake van toepassing is en dat artikel 3 van het Protocol derhalve een individueel recht erkent, met name het recht om te kiezen en om zich kandidaat te stellen ²¹.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft zich bij deze interpretatie aangesloten in het arrest Mathieu-Mohin en Clerfayt van 2 maart 1987. Volgens het Hof kan de redactie van het artikel verklaard worden door de bedoeling van de opstellers om het artikel, als basis voor de democratie, een plechtig karakter te geven en door het feit dat, in tegenstelling tot de meeste andere rechten in het verdrag die voor de staat vooral een verplichting van niet-interventie inhouden, artikel 3 van het eerste protocol de staat verplicht om actief op te treden om de toegekende rechten te garanderen ²². Dit neemt echter niet weg dat het Hof, met de Commissie, van oordeel is dat artikel 3 van het eerste Protocol de erkenning van subjectieve participatierechten inhoudt ²³.

13. Een tweede knelpunt betreft het soort verkiezingen waarop het artikel betrekking heeft en waarvoor het individueel stemrecht dus verzekerd is. De tekst is hier relatief duidelijk: de waarborgen gelden voor het «kiezen van de wetgevende macht». Toch hebben het Hof en de Commissie in verschillende uitspraken duidelijk moeten maken wat in de zin van het verdrag als «wetgevende macht» beschouwd kan worden.

Zo is het een eerste vereiste dat het betrokken orgaan beslissingsrecht heeft. Aldus werden de in België opgerichte Gewestraden, op een ogenblik dat zij nog een louter consultatieve bevoegdheid hadden, niet als organen van de wetgevende macht beschouwd ²⁴. Na de hervorming van de instellingen konden de Gemeenschaps- en Gewestraden daarentegen wél als organen van de wetgevende macht beschouwd worden, ook al zijn zij geen nationaal parlement ²⁵.

¹⁹ ECRM, besl. ontv., 4 januari 1960, X/Duitse Bondsrepubliek, 53/59, *Rec.*, vol. 2; ECRM, besl. ontv., 30 mei 1961, X, Y en Z/België, 1065/61, *Rec.*, vol. 6, (48), 53.

²⁰ ECRM, besl. ontv., 6 oktober 1967, X/Duitse Bondsrepubliek, 2728/66, *Rec.*, vol. 25, (38), 39.

²¹ ECRM, besl. ontv., 30 mei 1975, W, X, Y en Z/België, 6745/74 en 6746/74, *D.R.*, vol. 2, (110), pp. 112-113, § 3.

²² EHRM, 2 maart 1987, Mathieu-Mohin en Clerfayt, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 113, pp. 22-23, § 50.

²³ Geciteerd arrest, p. 23, § 51.

²⁴ ECRM, besl. ontv., 30 mei 1975, *o.c.*, p. 112, § 2.

²⁵ EHRM, 2 maart 1987, Mathieu-Mohin en Clerfayt, *o.c.*, p. 23, § 53.

¹⁵ Zie de goedkeuringswet van 13 mei 1955, *B.S.*, 19 augustus 1955; *err.*, *B.S.*, 19 juni 1961.

¹⁶ Goy, R., «La garantie européenne du droit à de libres élections législatives: l'article 3 du premier protocole additionnel à la convention de Rome», *Revue de Droit Public*, 1988, (1275), 1286.

¹⁷ Zie de hiervóór genoemde goedkeuringswet van 13 mei 1955.

¹⁸ Officiële Nederlandse vertaling volgens de bijlage bij de in de vorige noot genoemde goedkeuringswet. De authentieke versies van het protocol zijn gesteld in het Frans en in het Engels.

Zolang het Europees Parlement geen wetgevende bevoegdheid uitoefende, kon het waarschijnlijk niet beschouwd worden als een wetgevende macht, in de zin van het protocol²⁶. Sinds de uitbreiding van zijn bevoegdheid, is het minder duidelijk of de niet-toepasselijkheid van artikel 3 van het eerste protocol nog gehandhaafd kan worden²⁷.

Het moet verder gaan om de verkiezing van leden van een politiek orgaan. De deelneming aan een referendum valt derhalve niet onder de toepassing van artikel 3 van het eerste Protocol²⁸.

Wat de verkiezingen voor ondergeschikte besturen betreft, is de Commissie van oordeel dat organen die slechts over een door de nationale wetgever toegewezen bevoegdheid beschikken en die hun bevoegdheden bovendien uitoefenen onder het uiteindelijk toezicht van die wetgever, zelf niet geacht kunnen worden deel uit te maken van de wetgevende macht van de betrokken staat²⁹.

Verkiezingen voor de gemeenteraden en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn in België werden dan ook geacht niet onder toepassing van artikel 3 van het eerste Protocol te vallen³⁰.

14. Ten slotte is er de vraag in welke mate het recht op actieve en passieve deelname aan de verkiezingen beperkt kan worden.

In beginsel zijn de rechten en vrijheden, welke vastgesteld worden bij het Europees Verdrag en zijn protocollen, verzekerd aan eenieder die ressorteert onder de rechtsmacht van een Staat die partij is bij het Verdrag en de protocollen. (Zie artikel 1 van het Verdrag). Anders dan in artikel 2 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, wordt niet vereist dat die persoon zich op het grondgebied van de betrokken staat bevindt.

De in artikel 3 van het eerste Protocol bedoelde rechten zijn echter niet absoluut. Het Europees Hof erkent dat zij het voorwerp kunnen uitmaken van beperkingen, welke de vorm aannemen van voorwaarden om te kunnen kiezen en om verkozen te worden. Volgens het Hof zijn die voorwaarden niet strijdig met het protocol, voor zover zij de kiesrechten niet dermate beperken dat deze in hun essentie zelf aan-

getast worden en hun effectiviteit verliezen, voor zover zij een wettig doel nastreven, en voor zover de gebruikte middelen niet onevenredig zijn. In het bijzonder mogen die voorwaarden de «vrije meningsuiting van het volk» niet onmogelijk maken³¹. Uit artikel 14 van het Europees Verdrag, samengelezen met artikel 3 van het eerste Protocol, vloeit bovendien voort dat de beperkingen niet discriminerend mogen zijn.

De rechtspraak van de Commissie verschaft tal van voorbeelden van wettige beperkingen. Zo zag de Commissie geen schending van het protocol in de verplichting opgelegd aan de partijen die aan de verkiezingen wensen deel te nemen, om een bepaald aantal handtekeningen van kiezers te verzamelen³², noch in de uitsluiting van strafrechtelijk veroordeelden uit het kiesgebeuren³³, noch in de minimumleeftijd die door de Belgische Grondwet vooropgesteld wordt om verkozen te kunnen worden als volksvertegenwoordiger of als senator³⁴.

Een bijzondere aandacht verdient het belang dat de Commissie hecht aan de combinatie van stemrecht en verblijf. Bij herhaling heeft zij beslist dat het uitsluiten voor de verkiezingen van onderdanen die niet in het land verblijven geen beperking is die in strijd is met het Europees Verdrag³⁵.

De Commissie verantwoordt deze beperking op een viervoudige wijze. In de eerste plaats zal een niet-ingezetene minder geïnteresseerd zijn in de plaatselijke politiek en minder weten over de hangende problemen in zijn land van herkomst. Ten tweede is het veel moeilijker voor de verkiezingskandidaten om zich over de grenzen heen te profileren, wat een gevaar inhoudt voor hun vrijheid van meningsuiting. Als derde argument haalt de Commissie het risico voor verkiezingsfraude aan, dat via stemmen per brief natuurlijk veel reëler wordt. Haar laatste argument, zo oud als de moderne democratieën zelf en nog steeds even actueel, is het principe

³¹ EHRM, 2 maart 1987, Mathieu-Mohin en Clerfayt, *o.c.*, p. 23, § 52.

³² ECRM, besl. ontv., 18 mei 1976, Vereniging X, Y en Z/Duitse Bondsrepubliek, 6850/74, *D.R.*, vol. 5, (90), 98-99; ECRM, besl. ontv., 12 juli 1976, X/Oostenrijk, 7008/75, *D.R.*, vol. 6, (120), 122-123; ECRM, besl. ontv., 7 mei 1979, X/Duitse Bondsrepubliek, 8227/78, *D.R.*, vol. 16, (179), 182-183.

³³ ECRM, besl. ontv., 6 oktober 1967, X/Duitse Bondsrepubliek, 2728/66, *Rec.*, vol. 25, (38), 39-40; ECRM, besl. ontv., 5 oktober 1972, X/Duitse Bondsrepubliek, 4984/71, *Rec.*, vol. 43, (28), p. 36, § 6; ECRM, besl. ontv., 3 december 1979, X/België, 8701/79, *D.R.*, vol. 18, (250), 251-252; ECRM, besl. ontv., 4 juli 1983, H./Nederland, 9914/82, *D.R.*, vol. 33, (242), 243-244.

³⁴ ECRM, besl. ontv., 30 mei 1975, W, X, Y en Z/België, 6745/74 en 6746/74, *D.R.*, vol. 2, (110), p. 113, § 3.

³⁵ ECRM, besl. ontv., 30 mei 1961, X, Y en Z/België, 1065/61, *Rec.*, vol. 6 (48), 53-54; ECRM, besl. ontv., 11 december 1976, X/Verenigd Koninkrijk, 7566/76, *D.R.*, vol. 9, (121), 124-125; ECRM, besl. ontv., 28 februari 1979, X/Verenigde Koninkrijk, 7730/76, *D.R.*, vol. 15, (137), pp. 140-142, § 1; ECRM, besl. ontv., 10 mei 1979, Alliance des Belges de la Communauté européenne/België, 8612/79, *D.R.*, vol. 15, (259), 261-262; ECRM, besl. ontv., 6 mei 1981, X en vereniging Y/Italië, 9887/80, *D.R.*, vol. 24, (192), pp. 193-194, § 2; ECRM besl. ontv., 13 mei 1982, X/Verenigd Koninkrijk, 8873/80, *D.R.*, vol. 28, (99), 109-111.

²⁶ ECRM, besl. ontv., 8 maart 1979, Lindsay e.a./Verenigd Koninkrijk, 8364/78, *D.R.*, vol. 15, (247), p. 256, § 1; ECRM, besl. ontv., 10 mei 1979, Alliance des Belges de la Communauté européenne/België, 8612/79, *D.R.*, vol. 15, (259), 261.

²⁷ ECRM, besl. ontv., december 1987, Tête/Frankrijk, 11.123/84, *E.H.R.R.*, 1989, (91), 91-92.

²⁸ ECRM, besl. ontv., 10 juli 1975, X/Duitse Bondsrepubliek, 6742/74, *D.R.*, vol. 3, (98), p. 101, § 3; ECRM, besl. ontv., 3 oktober 1975, X/Verenigd Koninkrijk, 7096/75, *D.R.*, vol. 3, (165), p. 167, § 2.

²⁹ ECRM, besl. ontv., 12 juli 1976, X/Verenigd Koninkrijk, 5155/71, *D.R.*, vol. 6, (13), 14; ECRM, besl. ontv., 5 juli 1985, Booth-Clibborn e.a./Verenigd Koninkrijk, 11.391/85, *D.R.*, vol. 43, (236), 260-261; ECRM, besl. ontv., juli 1985, Edwards/Verenigd Koninkrijk, 11.377/85, *E.H.R.R.*, 1986, (96), 97-98.

³⁰ ECRM, besl. ontv., 17 mei 1985, Clerfayt, Legros e.a./België, 10650/83, *D.R.*, vol. 42, (212), 217. (De kwestie was destijds nog opengelaten t.a.v. de verkiezingen voor gemeenteraden in Nederland: ECRM, besl. ontv., 11 oktober 1979, Glimmerveen en Hagenbeek/Nederland, 8348/78 en 8406/78, *D.R.*, vol. 18, (187), 207). Ook de Belgische Raad van State acht artikel 3 eerste Protocol niet van toepassing op gemeenteraadsverkiezingen: R.v.St., 17 februari 1989, Gemeenteraadsverkiezingen Mons, nr. 32.026.

«No taxation without representation» en de daaruit voortvloeiende band tussen het kiesrecht en de belasting ³⁶.

15. Over de vraag of het kiesrecht tot eigen onderdanen beperkt kan worden, hebben het Hof en de Commissie nog geen uitspraak gedaan. Wel heeft de Commissie, in enkele beslissingen waar de kwestie van het verblijf aan de orde was, vastgesteld dat het burgerschap («citoyenneté»), het verblijf en de leeftijd deel uitmaken van de criteria die in de lidstaten normaal worden aangewend om de hoedanigheid van kiezer te bepalen ³⁷.

De beperking van het kiesrecht tot de eigen onderdanen is inderdaad een gegeven dat lange tijd als normaal beschouwd werd. Het kan moeilijk betwijfeld worden dat dit gegeven de opstellers van het eerste Protocol voor ogen stond, en dat dezen op dat ogenblik niet gedacht hebben aan een eventuele uitbreiding van het kiesrecht tot vreemdelingen ³⁸.

Het is echter lang niet zeker of die opvatting ook veertig jaar later nog gehuldigd kan worden.

Het Europees Verdrag is immers een levend instrument, dat geïnterpreteerd moet worden in het licht van de evoluties in de maatschappij ³⁹. Die evolutieve interpretatie is met name aangewezen waar het om artikel 3 van het eerste Protocol gaat: «Aux fins d'application de l'article 3 du Protocole n° 1, tout système électoral doit s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays. ⁴⁰»

Welnu, de evolutie van de laatste decennia heeft ertoe geleid dat veel vreemdelingen die zich thans op het grondgebied van de lidstaten bevinden, zgn. vreemdelingen van de tweede of de derde generatie zijn. Deze migranten verblijven, zoals hiervóór werd uiteengezet, reeds lang in het gastland, en hebben meestal niet meer de bedoeling om terug te keren naar hun land van oorsprong.

De motieven die de Europese Commissie ertoe aangezet hebben om de beperking van het kiesrecht tot ingezetenen aanvaardbaar te achten (zie supra, nr. 14), kunnen allemaal in het voordeel van die migranten ingeroepen worden. De interesse van een vreemdeling voor politieke problemen in het land waarin hij verblijft hoeft namelijk in niets te verschillen van de aandacht die zijn buurman, die onderdaan is van de betreffende staat, eraan zal besteden. Zij hebben beiden hetzelfde belang bij een voor hen gunstige oplossing. De vreemdeling kan zich verder op dezelfde manier informeren als elke burger, en de beslissingen van de verkozen organen zullen, een paar uitzonderingen buiten beschouwing gelaten, op hem op dezelfde wijze van toepassing zijn als op de onderdanen van het land. Tenslotte is een vreemdeling op dezelfde manier belastbaar als een onderdaan. De fiscaliteit volgt immers het principe van de territorialiteit.

Dit laatste element is ook vanuit democratisch oogpunt bijzonder belangrijk. Het is inderdaad moeilijk aanvaardbaar dat iemand verplicht wordt financieel bij te dragen,

zonder dat hij enige inspraak heeft, weze het via de volksvertegenwoordiging, in de wijze waarop de bijdragen gebruikt zullen worden.

De evolutie in het profiel van de migranten en hun actuele verbondenheid met het Europese gastland, zijn aldus gegevens die ertoe leiden dat de oorspronkelijke uitsluiting van vreemdelingen uit het toepassingsgebied van artikel 3 van het eerste Protocol thans op zijn minst aan een heroverweging toe is.

Daarbij moet opgemerkt worden dat de tekst zelf van die bepaling zich niet verzet tegen de uitbreiding van de waarborg van het kiesrecht tot vreemdelingen. Volgens artikel 3 immers moeten de verkiezingen de vrije meningsuiting van het «volk» («peuple», «people») waarborgen. Welnu, die term impliceert geenszins een uitsluiting van vreemdelingen. Integendeel, waar vreemdelingen al geruime tijd een bijdrage leveren aan het economische, het sociale en het culturele leven van het land waarin zij wonen, kunnen zij moeilijk weggedacht worden uit het «volk» van dat land ⁴¹.

Bovendien bepaalt artikel 1 van het Europees Verdrag, dat ingevolge artikel 5 van het protocol op de bepalingen van dat protocol van toepassing is, dat de hoge verdragsluitende staten aan «eenieder die ressorteert onder (hun) rechtsmacht» de fundamentele rechten en vrijheden waarborgen. Van enige uitsluiting van vreemdelingen is hier geen sprake, evenmin als in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

Ten slotte wijzen ook de pogingen om, in het kader van de Raad van Europa en de Europese Gemeenschap, tot een internationale erkenning van de politieke rechten van migranten te komen (zie infra, nrs. 17-24), op een evolutie in de houding van de Europese staten zelf.

Het is dan ook in het geheel niet uitgesloten dat de Europese Commissie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de toekomst tot de conclusie zullen komen dat artikel 3 van het eerste Protocol waarborgen bevat welke, althans in beginsel, ook door vreemdelingen ingeroepen kunnen worden.

16. Tégen de interpretatie volgens welke ook vreemdelingen de waarborgen van artikel 3 van het eerste Protocol kunnen inroepen, zou artikel 16 van het Europees Verdrag kunnen pleiten. Die bepaling, die afwijkt van artikel 1 van het Europees Verdrag, luidt als volgt: «Geen der bepalingen van de artikelen 10, 11 en 14 kan beschouwd worden als aan de Hoge Verdragsluitende Partijen te beletten, beperkingen op te leggen aan de politieke activiteit van vreemdelingen ⁴².»

Krachtens de genoemde bepaling kunnen de vrijheid van meningsuiting (art. 10), de vrijheid van vergadering (art. 11) en de vrijheid van vereniging (art. 11) beperkt worden, indien deze vrijheden door een vreemdeling worden uitgeoefend in het kader van een politieke activiteit. Bovendien is het discriminatieverbod (art. 14) voor zulke beperkingen geen beletsel.

Artikel 16 werd in het Europees Verdrag opgenomen om de goede relaties tussen de lidstaten-gastlanden en de landen van herkomst van de vreemdelingen te beschermen.

⁴¹ VAN DIJK, P., en VAN HOOF, G.J.H., o.c., 534.

⁴² Officieuze Nederlandse vertaling volgens de bijlage bij de in noot 17 genoemde goedkeuringswet.

³⁶ Zie de in de vorige noot geciteerde beslissingen van 11 december 1976 en 28 februari 1979.

³⁷ Zie de beslissingen waarnaar in de vorige noot verwezen wordt.

³⁸ VAN DIJK, P. en VAN HOOF, G.J.H., *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, 1990, 3de uitg., 534.

³⁹ EHRM, 25 april 1978, Tyrer, o.c., vol. 26, p. 15, § 31.

⁴⁰ EHRM, 2 maart 1987, Mathieu-Mohin en Clerfayt, o.c., vol. 113, p. 24, § 54.

Daartoe moest het mogelijk gemaakt worden de politieke activiteiten van vreemdelingen, met name m.b.t. de situatie in hun land van herkomst, te beperken. De tekst sluit echter niet uit dat die beperkingen ook kunnen slaan op politieke activiteiten betreffende de situatie in het gastland.

De vraag is of, door de combinatie van artikel 14 van het Europees Verdrag met artikel 3 van het eerste Protocol, ook beperkingen aan het kiesrecht van vreemdelingen onder de toepassing van artikel 16 vallen.

Die vraag kan slechts zinvol gesteld worden indien vooraf uitgemaakt is dat vreemdelingen in beginsel onder toepassing van artikel 3 van het eerste Protocol vallen en m.a.w. in beginsel het kiesrecht in het gastland genieten. Is dit inderdaad zo, dan blijkt artikel 16 van het Europees Verdrag ter zake in feite een veel geringere betekenis te hebben dan de tekst ervan zou kunnen doen vermoeden.

Voor zover artikel 3 van het eerste Protocol toepasselijk is, dient de uitsluiting van vreemdelingen van de kiesverrichtingen immers in de eerste plaats getoetst te worden aan de bepalingen van dat artikel zelf. Indien geconcludeerd wordt dat zulke uitsluiting *strijdig* is met artikel 3, dient zij niet meer getoetst te worden aan artikel 14 van het verdrag; gelet op de limitatieve opsomming van verdragsartikelen in artikel 16, kan dan ook besloten worden dat de strijdigheid met artikel 3 niet verantwoord kan worden door artikel 16⁴³. Indien daarentegen geconcludeerd wordt dat de uitsluiting van vreemdelingen *niet strijdig* is met artikel 3 van het eerste Protocol, zou deze eventueel nog getoetst kunnen worden aan artikel 14 van het verdrag, in welk geval de beperkingsmogelijkheid van artikel 16 theoretisch een rol zou kunnen spelen. Het is echter moeilijk in te zien welke bijkomende waarborgen op het vlak van het kiesrecht uit artikel 14 afgeleid kunnen worden: artikel 3 van het eerste Protocol bevat immers op zichzelf reeds een waarborg van gelijke behandeling van de kiesgerechtigden⁴⁴, zodat een op artikel 14 gesteunde grief in wezen zou samenvallen met de op artikel 3 van het eerste Protocol gesteunde grief⁴⁵.

Uit het voorgaande kan afgeleid worden dat artikel 16 van het Europees Verdrag geen autonome betekenis heeft, in zoverre het gaat om de beperking van de bij artikel 3 van het eerste Protocol gewaarborgde rechten. Artikel 16 kan dan ook moeilijk gezien worden als een beletsel voor een erkenning van de toepasselijkheid van artikel 3 van het eerste Protocol op vreemdelingen.

Maar zelfs indien artikel 16 ingeroepen zou kunnen worden ter verantwoording van een beperking van het kiesrecht van vreemdelingen, is het weinig waarschijnlijk dat een volledige uitsluiting van alle vreemdelingen de toets van die bepaling zou kunnen doorstaan. Het ganse Europees Verdrag steunt immers op de noodzaak een billijk evenwicht te bewaren tussen het algemeen belang en de fundamentele rechten van het individu⁴⁶. Toegepast op artikel 16 impliceert zulks dat de bij dat artikel toegelaten beperkingen hoe dan

ook met het evenredigheidsbeginsel verenigbaar moeten zijn⁴⁷.

De verplichting voor de lidstaten om het kiesrecht in hoofde van vreemdelingen, of ten minste in hoofde van bepaalde categorieën van vreemdelingen te erkennen, lijkt dus niet onderworpen te zijn aan een voorafgaande wijziging of opheffing van artikel 16 van het Europees Verdrag. Dit neemt niet weg dat artikel 16 een enigszins anachronistische bepaling is, waarvan de opheffing o.m. door de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa bepleit is⁴⁸.

III. DE ONTWIKKELINGEN BINNEN DE RAAD VAN EUROPA

17. De verschillende instellingen van de Raad van Europa zijn zich reeds lang bewust van de problemen welke het bestaan van een grote groep vreemdelingen in Europa met zich brengt.

De eerste aanbeveling waarin sprake is van de politieke rechten van vreemdelingen, dateert reeds van 1973.

In de aanbeveling 712 (1973) betreffende de integratie van migrerende werknemers in de samenleving van de gastlanden, suggereerde de Parlementaire Vergadering een ganse reeks maatregelen die de bedoelde integratie zouden moeten bevorderen. Op het vlak van de politieke rechten werden de volgende twee voorstellen gedaan: oprichting van gemeentelijke adviesraden van vreemdelingen, verkozen door de vreemdelingen zelf; toekenning, na vijf jaar, van actief en passief kiesrecht aan vreemdelingen voor de gemeentelijke aangelegenheden, op voorwaarde van een verblijf gedurende de laatste drie jaren in de betrokken gemeente.

De idee voor de oprichting van gemeentelijke adviesraden was reeds ter sprake gekomen op de Europese Conferentie van de lokale besturen in het kader van de Europese Gemeenschap, gehouden in 1967. In België bestonden zulke raden al vanaf 1968. Bij de verkiezingen in 1973, na een reorganisatie in het begin van de jaren 70, had 46% van de 28.000 stemgerechtigden in de betrokken gemeenten een stem uitgebracht. In 1977 zou dit cijfer teruglopen tot 30,25%⁴⁹.

De grote verdienste van deze raden is geweest dat zij zowel de Belgen als de migranten bewust gemaakt hebben van het belang van de deelname van de vreemdelingen aan het gemeentebestuur⁵⁰. Echte invloed op het beleid hebben die raadgevende raden daarentegen nooit kunnen uitoefenen. In de eerste plaats bleef hun rol steeds raadgevend, de gemeenteraad was op geen enkele manier verplicht het gegeven advies te volgen; in de tweede plaats hielden de raden

⁴³ VAN DIJK, P. en VAN HOOF, G.J.H., *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, 1990, 3de uitg., 617.

⁴⁴ EHRM, 2 maart 1987, Mathieu-Mohin en Clerfayt, o.c., vol. 113, p. 24, § 54.

⁴⁵ Geciteerd arrest, p. 26, § 59.

⁴⁶ EHRM, 23 juli 1968, Belgische taalzaak, o.c., vol. 6, p. 32, § 5.

⁴⁷ Rdpl. FROWEIN, J., tussenkomst tijdens de discussie, in *Actes du colloque sur «les droits de l'homme des étrangers en Europe»* (Funchal - Madère (Portugal), 17-19 octobre 1983), Strasbourg, 1985, (157), 158.

⁴⁸ Zie aanbeveling 799 (1977) van 25 januari 1977 betreffende de politieke rechten en het politiek statuut van de vreemdelingen, *Ann. Conv. eur. dr. h.*, 1977, 353, besproken infra, nr. 17.

⁴⁹ Comité Directeur pour les questions Régionales et Municipales (CDRM) du Conseil de l'Europe, *Rapport sur les étrangers dans la commune, 7e Conférence des ministres européens responsables des collectivités locales* (Salzburg, 8-10 octobre 1986), Strasbourg, 1986, 32.

⁵⁰ X, «Objectif 82 et les droits de vote et d'éligibilité pour les immigrés», *J.J.D.*, 1988, nr. 52, p. 2.

zich eerder bezig met problemen waarover op nationaal of regionaal niveau beslist werd (werkloosheid, tewerkstelling, huisvesting...) dan met strict gemeentelijke aangelegenheden.

Hun rol is op dit ogenblik dan ook tot het minimum herleid. De vraag naar deelname aan de eigenlijke gemeenteraadsverkiezingen wordt er des te dringender door.

Wat de toekenning van actief en passief stemrecht betreft, dient opgemerkt te worden dat de aanbeveling 712 (1973) nog geen onderscheid maakt op basis van het land van herkomst van de migranten.

De besproken suggesties werden grotendeels herhaald in de aanbeveling 799 (1977) betreffende de politieke rechten en het politiek statuut van de vreemdelingen⁵¹. Wat de toekenning van het gemeentelijk stemrecht betreft, beperkte de Parlementaire Vergadering zich evenwel tot een voorzichtige uitnodiging tot de lidstaten om de ervaringen van de bestuderen van de landen die zulk stemrecht reeds toegekend hadden en om te onderzoeken of zij ook zelf dat recht konden toekennen aan vreemdelingen die bepaalde verblijfsvoorwaarden zouden vervullen. Opmerkelijk is verder dat het Comité van Ministers ertoe aangezet werd om voorstellen te doen tot wijziging van artikel 16 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens.

18. De aanbevelingen van de Parlementaire Vergadering, in zoverre zij betrekking hadden op de oprichting van gemeentelijke adviesraden en op de bestudering van de mogelijkheden tot toekenning van gemeentelijk stemrecht, werden gunstig beoordeeld tijdens de Conferentie van de Europese ministers verantwoordelijk voor de lokale gemeenschappen, gehouden te Stockholm in 1978.

Op de conferentie die de Europese ministers hielden te Madrid in 1980 kwamen de politieke rechten van immigranten en hun deelneming aan het lokale politieke leven uitdrukkelijk aan bod. In de aanbevelingen aan het Comité van Ministers voerde de Conferentie een onderscheid in tussen de immigranten in het algemeen en de vreemdelingen die onderdaan zijn van een lidstaat van de Raad van Europa. Enkel met betrekking tot de tweede soort vreemdelingen werd voorgesteld een studie te ondernemen ter voorbereiding van een multilaterale tekst welke de minimale politieke rechten van vreemdelingen, o.m. het kiesrecht, op lokaal vlak zou bepalen.

De Parlementaire Vergadering viel de conclusies van de Conferentie nog hetzelfde jaar bij. Blijkens de aanbeveling 903 (1980) betreffende het recht van de vreemdelingen om te kiezen en om zich verkiesbaar te stellen bij plaatselijke verkiezingen, zag de Vergadering de toekenning van zulk stemrecht evenwel als een afwijking van de traditionele opvatting volgens welke het kiesrecht gebonden is aan het begrip burgerschap. Hieruit leidde de Vergadering af dat de toekenning van politieke rechten aan de volgende twee voorwaarden moest beantwoorden: een minimale periode van onafgebroken verblijf in het gastland en een ont koppeling, gedurende een te bepalen periode, van het recht om te kiezen en het recht om zich verkiesbaar te stellen. Aldus leek de Parlementaire Vergadering zich restrictiever op te stellen dan in de jaren 70.

19. Het Comité van Ministers reageerde op de aanbevelingen van de Conferentie van Europese ministers en de Parlementaire Vergadering in de aanbeveling nr. R (81)18 van 6 november 1981 betreffende de participatie op gemeentelijk niveau.

Wat de participatie van vreemdelingen betreft, sloot het Comité zich o.m. aan bij de voorstellen tot oprichting van lokale adviesraden. Inzake de toekenning van kiesrecht, kwam het Comité echter niet verder dan een vage aanbeveling tot de lidstaten die reeds aan bepaalde vreemdelingen kiesrecht voor de plaatselijke verkiezingen verleend hadden, om te overwegen dit kiesrecht tot alle onderdanen van de lidstaten uit te breiden, evenwel op basis van wederkerigheid.

20. Het zou dan nog enkele jaren duren vooraleer er, binnen de structuur van de Raad van Europa, een nieuw initiatief genomen werd m.b.t. de toekenning van politieke rechten aan vreemdelingen.

Op de 7de Conferentie van de Europese ministers verantwoordelijk voor de lokale gemeenschappen, gehouden te Salzburg in 1986, werd een verslag voorgebracht door het «Comité directeur pour les questions régionales et municipales» over de vreemdelingen in de gemeente. Dit verslag gaf o.m. een aantal redenen die konden pleiten voor de veruiming van het kiesrecht langs verdragsrechtelijke weg. Als bijlagen werden voorontwerpen van een verdrag betreffende het kiesrecht op gemeentelijk niveau in hoofde van de verblijfhoudende onderdanen van de andere lidstaten voorgesteld; deze voorontwerpen waren door het Secretariaat resp. door de Spaanse delegatie uitgewerkt⁵².

In een resolutie stelde de Conferentie vast dat een meerderheid van delegaties zich uitsprak ten gunste van het sluiten van een verdrag m.b.t. het kiesrecht van vreemdelingen voor de lokale verkiezingen, terwijl een minderheid, o.m. om grondwettelijke redenen, niet in staat bleek om zulk verdrag te aanvaarden. Aan het Comité van Ministers werd aanbevolen om aan de wens van de meerderheid het passende gevolg te geven.

Sindsdien is aan het «Comité directeur des autorités locales et régionales» opdracht gegeven om, ten behoeve van het Comité van Ministers, een ontwerp van verdrag voor te bereiden.

De aan gang zijnde werkzaamheden, welke vooralsnog vertrouwelijk zijn, beogen het opstellen van een verdrag over de deelneming van vreemdelingen aan het openbaar leven op lokaal niveau. In ontwerp-teksten is o.m. sprake van toekenning van stemrecht aan vreemdelingen die gedurende een bepaalde periode in het gastland verblijven.

Volgens de huidige stand van zaken lijkt het niet de bedoeling te zijn om het verdrag op te vatten als een protocol bij het Europees Verdrag over de rechten van de mens. Dit zou betekenen dat de eerbiediging van de in het verdrag erkende politieke rechten niet onder het toezicht van de Europese Commissie en het Europees Hof geplaatst zou worden.

⁵¹ *Ann. Conv. eur. dr. h.*, 1977, 353.

⁵² Comité Directeur pour les questions Régionales et Municipales (CDRM), *Rapport sur les étrangers dans la commune, 7e Conférence des ministres européens responsables des collectivités locales* (Salzbourg, 8-10 octobre 1986), Strasbourg, 1986, i.h.b. 47-52.

IV. DE ONTWIKKELINGEN BINNEN DE EUROPESE GEMEENSCHAP

21. Sinds 1974 bestaat er binnen de Europese Gemeenschap een groeiende aandacht voor de politieke rechten van onderdanen van een lidstaat van de Gemeenschap, die verblijven in een andere lidstaat.

Op de Conferentie van staatshoofden en regeringsleiders, gehouden te Parijs op 9 en 10 december 1974, beslisten de regeringsleiders een werkgroep op te richten, welke tot taak zou krijgen «na te gaan onder welke voorwaarden en binnen welke termijn aan de burgers van de negen Lid-Staten speciale rechten kunnen worden toegekend als lid van de Gemeenschap»⁵³.

Ter voorbereiding van de oprichting van zulke werkgroep, diende de Commissie op 3 juli 1975 een verslag bij de Raad in, handelend over de toekenning van speciale rechten. De Commissie zette daarin uiteen dat de «speciale rechten» bestonden in bepaalde burgerlijke en politieke rechten, en dat de speciale rechten van politieke aard met name waren: het actief en passief kiesrecht en het recht van aanstelling in openbare dienst⁵⁴. In haar verslag wees de Commissie ook op de vraagstukken «in verband met vorm, grondslag en rechtskracht van de teksten die de verlening van speciale rechten moeten verzekeren.» Zij vroeg zich met name af of niet in een akte ad hoc, zoals een nieuw internationaal verdrag tussen de lidstaten, voorzien moest worden⁵⁵.

In een resolutie van 16 november 1977 over de toekenning van speciale rechten aan de burgers van de Europese Gemeenschap, ter uitvoering van het besluit van de Topconferentie te Parijs van december 1974 (punt 11 van het slotcommuniqué), beschouwde ook het Europees Parlement het actief en passief kiesrecht als één van de «speciale rechten». Het verzocht de Commissie voorstellen ter zake uit te werken, en aan te sturen op een overeenkomst tussen de lidstaten op grond van artikel 235 of eventueel van artikel 236 van het EEG-Verdrag⁵⁶.

Ondertussen werd er in de Raad echter geen enkele vooruitgang geboekt. Het Comité van permanente vertegenwoordigers beperkte zich er in juni 1977 toe, «akte te nemen» van een rapport waarin een voorontwerp van resolutie van de vertegenwoordigers van de lidstaten werd voorgesteld. Een in 1979 opnieuw ingediend voorontwerp van resolutie werd niet eens in behandeling genomen. Politieke bezwaren bij een aantal delegaties lagen aan de basis van die mislukking in de Raad⁵⁷.

22. In 1983 nam het Europees Parlement de kwestie opnieuw ter harte. In een resolutie van 7 juni 1983 over het actief en passief kiesrecht bij plaatselijke verkiezingen voor

burgers van een Lid-Staat die in een andere Lid-Staat dan hun eigen land woonachtig zijn, werd de Commissie verzocht «vóór eind 1983 een officieel voorstel in te dienen om actief en passief kiesrecht bij plaatselijke verkiezingen toe te kennen aan burgers van Lid-Staten die in een andere Lid-Staat dan hun eigen Lid-Staat woonachtig zijn.» Het Parlement ging er daarbij van uit dat er reden was om artikel 235 van het EEG-Verdrag toe te passen, krachtens hetwelk de Raad, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Parlement, bepaalde maatregelen kan nemen⁵⁸. In de ontwerp-resolutie, welke tijdens de discussie in plenaire vergadering geamendeerd werd, was enkel sprake van het indienen van een «verslag» door de Commissie. Deze laatste had zich, bij monde van het bevoegde lid ervan, ertoe verbonden zulk verslag vóór eind 1983 in te dienen⁵⁹.

Op de Europese Raad van Fontainebleau van 25 en 26 juni 1984 beslisten de staatshoofden en regeringsleiders een ad hoc comité op te richten, belast met de voorbereiding en de coördinatie «van de maatregelen die nodig zijn om de identiteit en het beeld van Europa bij zijn burgers en in de wereld te verduidelijken en uit te dragen»⁶⁰. Dit comité, genoemd naar zijn voorzitter, de heer Adonnino, formuleerde in zijn verslagen o.m. de aanbeveling de eerder begonnen besprekingen over actief en eventueel passief kiesrecht bij locale verkiezingen diepgaander voort te zetten⁶¹. De aanbevelingen van het comité werden op de Europese Raad van Milaan van 28 en 29 juni 1985 goedgekeurd⁶².

De intergouvernementele conferentie welke de Europese Akte uitwerkte, kon er in het najaar van 1985 niet toe komen om een bepaling over gemeentelijk stemrecht in het EEG-Verdrag op te nemen, ook al werd een voorstel in die zin gedaan door de Deense delegatie⁶³.

Ondertussen had het Europees Parlement in een resolutie van 9 mei 1985 de Commissie herinnerd aan zijn verzoek een «officieel voorstel» in te dienen. Bij die gelegenheid opperde het Parlement ook de mogelijkheid van «deelneming door migranten uit derde landen aan het politieke leven in de gemeenten en regio's»⁶⁴. In twee resoluties van 14 november 1985 verduidelijkte het Parlement zijn inzichten, en verzocht het de Commissie in haar voorstel o.m. rekening te houden met het beginsel dat het actieve en passieve kiesrecht, zowel op gemeenteniveau als voor het Europees Parlement, ver-

⁵³ Communiqué gepubliceerd na afloop van de Conferentie, § 11, *Bull. EG*, 1974, nr. 12, punt 1104, p. 8.

⁵⁴ Verslag van de Commissie betreffende de tenuitvoerlegging van punt 11 van het slotcommuniqué van de Topconferentie van Parijs op 9 en 10 december 1974, *Bull. EG*, Suppl. 7/75, pp. 26-28, nrs. 2.1-2.3.

⁵⁵ Geciteerd verslag, o.c., p. 31, nr. 3.5.

⁵⁶ Resolutie van 16 november 1977, *PB* nr. C 299 van 12 december 1977, p. 26.

⁵⁷ Verslag van de Commissie over het kiesrecht voor burgers uit andere Lid-Staten van de Gemeenschap bij gemeenteraadsverkiezingen, *Bull. EG*, Suppl. 7/86, pp. 12-13.

⁵⁸ Resolutie van 7 juni 1983, *PB*, nr. C 184 van 11 juli 1983, p. 28.

⁵⁹ Verklaring van de heer Narjes, lid van de Commissie, *PB-Handel. EP*, Bijlage nr. 1-300, 7 juni 1983, p. 84.

⁶⁰ Conclusies van het voorzitterschap betreffende de werkzaamheden van de Europese Raad, *Bull. EG*, 1984, nr. 6, punt 1.1.9, p. 12.

⁶¹ Verslag van het Comité ad hoc «Europa van de burgers» aan de Europese Raad, *Bull. EG*, Suppl. 7/85, (19), p. 21, nr. 2.2.

⁶² Conclusies van de Europese Raad, *Bull. EG*, 1985, nr. 6, punt 1.2.3, p. 15.

⁶³ LUCCHESI, A., «Le droit de vote aux étrangers pour les élections locales en Europe», *Revue du Marché commun*, 1987, (473), 474.

⁶⁴ Resolutie van 9 mei 1985 tot besluit van de raadpleging van het Europees Parlement over de mededeling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen aan de Raad betreffende richtsnoeren voor een communautair migratiebeleid, met ontwerp-resolutie van de Raad (COM (85)48 def.), *PB*, nr. C 141 van 10 juni 1985, p. 462.

leend zou worden aan de burgers uit andere lidstaten van de Gemeenschap, die minstens vijf jaar op het grondgebied woonachtig waren ⁶⁵.

Het door de Commissie beloofde verslag werd op 7 november 1986 bij het Parlement ingediend. Daarin werd o.m. een beschrijving gegeven van de bestaande toestand in elk van de lidstaten, en werden tevens de demografische, juridische en politieke factoren geanalyseerd, die bepalend zijn voor de toekenning van kiesrecht aan onderdanen van lidstaten van de Gemeenschap. In haar conclusie liet de Commissie ook verstaan dat eraan getwijfeld kon worden of er nog wel een politieke consensus bestond over het kiesrecht in het land van de woonplaats, op grond dat er blijkbaar geen politieke wil was om dat beginsel al voor de verkiezingen van het Europees Parlement in te voeren. De Commissie nodigde het Parlement uit ter zake een «duidelijk politiek signaal» te geven ⁶⁶.

Het verslag werd door het Europees Parlement erg koel onthaald. In een resolutie van 15 december 1987 sprak het zijn afkeuring uit voor de late neerlegging van het verslag en voor het ontbreken van een voorstel van richtlijn. Het Parlement verzocht de Commissie «nogmaals met klem en met alle haar ten dienste staande duidelijkheid in de eerste helft van 1988 een voorstel voor een richtlijn voor te leggen.» De door de Commissie ingevoerde koppeling van het gemeentelijk kiesrecht aan het kiesrecht voor het Europese Parlement werd als een verdragingsmaneuver beschouwd, en van de hand gewezen. Ten slotte beval het Parlement de lidstaten aan «binnen afzienbare tijd ook aan burgers van derde landen kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen te geven ⁶⁷.»

Deze laatste aanbeveling, aan de ontwerpresolutie toegevoegd in plenaire vergadering, had voor hevige discussies gezorgd, en was er de oorzaak van dat de resolutie niet met een – aanvankelijk verhoopte – ruime meerderheid aangenomen werd ⁶⁸. Het debat had anderzijds, voor zoveel nodig, de bevestiging gegeven van de wil van het Parlement om het gemeentelijk kiesrecht bij wege van een richtlijn te erkennen.

23. Het voorstel van de Commissie voor een richtlijn van de Raad inzake het kiesrecht van onderdanen van de Lidstaten bij gemeenteraadsverkiezingen in de Lid-Staat van verblijf, werd op 24 juni 1988 bij de Raad ingediend ⁶⁹.

⁶⁵ Resoluties van 14 november 1985 over actief en passief kiesrecht voor burgers van andere lidstaten voor gemeenteraden en voor het Europese Parlement in het land waar zij woonachtig zijn, *PB*, nr. C 345 van 31 december 1985, pp. 82 en 83.

⁶⁶ Verslag over het kiesrecht voor burgers uit andere Lid-Staten van de Gemeenschap bij gemeenteraadsverkiezingen, *Bull. RG*, Suppl. 7/86, i.h.b. p. 49.

⁶⁷ Resolutie van 15 december 1987 over het kiesrecht voor burgers uit andere lidstaten van de Gemeenschap bij gemeenteraadsverkiezingen, *PB*, nr. C 13 van 18 januari 1988, p. 33.

⁶⁸ De LOBKOWICZ, W., «Un droit de vote municipal pour tous les Européens. Commentaire de la proposition de directive du 22 juin 1988», *Revue du Marché commun*, 1988, (602), 605-606.

⁶⁹ *PB* nr. C 246 van 20 september 1988, p. 3. Het voorstel is, samen met de mededeling van de Commissie aan het Parlement, eveneens gepubliceerd in *Bull. EG*, Suppl. 2/88. Zie over het voorstel de bespreking van De LOBKOWICZ, W., aangehaald in de vorige noot.

Volgens de aanhef van de voorgestelde richtlijn is de techniek van de richtlijn verantwoord, gelet op het feit dat de toekenning van het kiesrecht op gemeentelijk niveau noodzakelijk lijkt om de integratie te waarborgen, en aldus het recht van vrij verkeer (art. 8 A van het EEG-Verdrag) te verwezenlijken.

Het voorstel maakt een onderscheid tussen het actief kiesrecht en de verkiesbaarheid (passief kiesrecht). Het actief kiesrecht zou slechts toegekend worden aan EG-onderdanen die erom verzoeken, en op voorwaarde dat zij het gemeentelijke kiesrecht niet meer uitoefenen in de lidstaat waarvan zij de nationaliteit bezitten (art. 3, leden 1 en 2). Bovendien zou het kiesrecht hun slechts toegekend worden «na een ononderbroken verblijf in de Lid-Staat van ontvangst gedurende ten hoogste de mandaatsperiode van een gemeenteraad» (art. 4, lid 1). De verkiesbaarheid zou aan de kiesgerechtigden worden toegekend «na afloop van een ononderbroken verblijf in de ontvangende Lid-Staat gedurende een periode van ten hoogste twee mandaatsperiodes van een gemeenteraad» (art. 8, lid 1).

De lidstaten zouden volgens het voorstel de functies van burgemeester of loco-burgemeester of elke daarmee overeenstemmende functie mogen voorbehouden voor hun eigen onderdanen (art. 10, lid 1).

Afgezien van een aantal overgangsbepalingen, zou de richtlijn binnen drie jaar van de kennisgeving ervan in de nationale wetgeving van elke lidstaat omgezet moeten zijn (art. 14).

24. Het voorstel van de Commissie werd ter beoordeling voorgelegd aan het Economisch en Sociaal Comité en aan het Europees Parlement.

In zijn advies van 25 januari 1989 keurde het Economisch en Sociaal Comité het voorstel in grote lijnen goed. Er werden evenwel tal van opmerkingen geformuleerd. Zo zag het Comité geen aanleiding om de vereiste verblijfsduur voor de verkiesbaarheid langer te maken dan die voor de toekenning van het actief kiesrecht. Het stelde ook vragen bij de overgangsbepalingen, die de volledige inwerkingtreding van de bepalingen van de richtlijn in sommige lidstaten al te lang zouden kunnen uitstellen. Ten slotte formuleerde het Comité de wens, «ter wille van de coherentie en om verdere marginalisering van en verschillen van en spanningen tussen de burgers en werknemers van verschillende nationaliteit te voorkomen», dat de Commissie, de Raad en de lidstaten de mogelijkheid zouden overwegen «om ook aan de burgers uit derde landen te gelegener tijd... kiesrecht te verlenen, bij gemeenteraadsverkiezingen ⁷⁰...»

Het Europees Parlement, dat in het kader van de samenwerkingprocedure ingesteld door de Europese Akte zijn advies moest geven over het voorstel van richtlijn, keurde het voorstel bij een wetgevingsresolutie van 15 maart 1989 goed, behoudens een aantal wijzigingen die het erin had aangebracht. Een belangrijke wijziging betrof het weglaten van het onderscheid tussen het actief en het passief kiesrecht. Volgens het Parlement dienden beide soorten kiesrecht onder dezelfde voorwaarden toegekend te worden, waarbij de minimumperiode van ononderbroken verblijf in de betrokken gemeente teruggebracht moest worden tot ma-

⁷⁰ Advies van 25 januari 1989, *PB*, nr. C 71 van 20 maart 1989, p. 2.

ximaal vijf jaar. De Commissie werd uitgenodigd haar voorstel in de door het parlement gewenste zin te wijzigen ⁷¹.

In zijn resolutie had het Parlement het niet over de kwestie van de uitbreiding van het kiesrecht tot vreemdelingen die geen onderdaan zijn van een lidstaat. Het standpunt ter zake van het Parlement was evenwel kort voordien bekendgemaakt in diens resolutie van 14 februari 1989 over de gemeenschappelijke verklaring tegen racisme en vreemdelingenhaat en een actieprogramma van de Raad. Daarin nodigde het Parlement de lidstaten uit «om voor plaatselijke verkiezingen stemrecht toe te kennen aan alle migrerende werknemers en hun gezinsleden die binnen hun grenzen wonen en werken, ongeacht of zij afkomstig zijn uit de Gemeenschap of uit derde landen ⁷².»

Ingevolge het advies van het Europees Parlement nam de Commissie een gewijzigd voorstel van richtlijn aan. Dit voorstel, dat dateert van 27 november 1989, werd op 16 januari 1990 aan de Raad meegedeeld ⁷³.

Dat voorstel blijkt slechts in beperkte mate rekening te houden met de door het Parlement gewenste wijzigingen. Met name wat de voorwaarden voor toekenning van het kiesrecht betreft, behoudt het gewijzigd voorstel een onderscheid tussen het actief en het passief kiesrecht: om kiesgerechtigd te zijn zou een ononderbroken verblijf in de lidstaat van ontvangst gedurende ten hoogste één mandaatsperiode van een gemeenteraad vereist zijn, terwijl om verkiesbaar te zijn een zodanig verblijf gedurende ten hoogste twee mandaatsperioden vereist zou zijn (art. 4, lid 1).

Het gewijzigde voorstel ligt thans ter discussie bij de Raad. Opgemerkt moet worden dat de goedkeuring ervan, overeenkomstig artikel 235 van het EEG-Verdrag, de eenparigheid van de leden vereist. De regering van elke lidstaat heeft dus de mogelijkheid om de richtlijn tegen te houden. Wordt de richtlijn echter aangenomen, dan dient elke lidstaat het nodige te doen om zijn interne wetgeving aan te passen — en eventueel om zijn Grondwet te wijzigen —, opdat de richtlijn binnen de daarin bepaalde termijn uitwerking kan krijgen.

Het bestaan van een voorstel van richtlijn belet anderzijds niet dat het kiesrecht voor onderdanen van de Gemeenschap alsnog bij een tussen de lidstaten gesloten verdrag geregeld zou worden. De intergouvernementele conferentie, welke vanaf december 1990 bijeengeroepen zal worden om een wijziging van de Gemeenschapsverdragen voor te berei-

den, zou dit punt dus op zijn agenda kunnen plaatsen. In tegenstelling tot de formule van de richtlijn, zou bij een verdrag niet enkel de instemming van de regeringen van de lidstaten vereist zijn: een verdrag dient immers bekrachtigd te worden, hetgeen o.m. in België de voorafgaande goedkeuring ervan door de wetgever vereist.

V. HET KIESRECHT NAAR BELGISCH GRONDWETTELIJK RECHT

25. Het genot van de politieke rechten in België wordt geregeld in de artikelen 4 en 5 van de Grondwet die als volgt luiden:

Artikel 4: «De staat van Belg wordt verkregen, behouden en verloren volgens de regels bij de burgerlijke wet gesteld.

Deze Grondwet en de overige wetten op de politieke rechten bepalen welke de vereisten zijn waaraan men moet voldoen, benevens de staat van Belg, om die rechten te kunnen uitoefenen.»

Artikel 5: «Naturalisatie wordt verleend door de wetgevende macht.

Alleen de grote naturalisatie stelt de vreemdeling gelijk aan de Belg voor de uitoefening van de politieke rechten.»

Naast het recht om benoemd te worden voor politieke ambten zijn het recht om te kiezen en om verkozen te worden algemeen erkend als zijnde de politieke rechten bij uitstek. Er kan dus op het eerste gezicht geen twijfel bestaan over het feit dat vreemdelingen in België momenteel verstoken zijn van het stemrecht en van het recht om verkozen te worden.

Toch bestaat er geen eensgezindheid over de draagwijdte van het constitutioneel vereiste van de Belgische nationaliteit. Sommigen stellen immers dat, voor zover het kiesrecht betrekking heeft op de gemeenteraadsverkiezingen, het niet behoort tot de in de artikelen 4 en 5 bedoelde politieke rechten. Deze kwestie verdient een nader onderzoek omdat, naar gelang van het ingenomen standpunt, de toekenning aan vreemdelingen van het actief en het passief kiesrecht voor de gemeenteraden al dan niet een wijziging van de Grondwet vereist.

26. Volgens een traditionele opvatting verzet artikel 4 van de Grondwet zich tegen de toekenning van stemrecht aan vreemdelingen, ook indien het enkel zou gaan om de gemeenteraadsverkiezingen.

Die opvatting werd o.m. gehuldigd door Delpérée tijdens een in 1978 gehouden colloquium over de deelneming van vreemde onderdanen aan de gemeenteraadsverkiezingen. Volgens Delpérée kunnen de in de artikelen 4 en 5 bedoelde politieke rechten niet beperkt blijven tot de politieke rechten welke in de Grondwet zelf vermeld worden, d.i. — wat het kiesrecht betreft — het recht om te kiezen (artikelen 47 en 53) en om verkozen te worden (artikelen 50 en 56) bij verkiezingen van het nationale Parlement:

«La référence qui... est faite (aux articles 4 et 5 de la Constitution) «aux droits politiques» ou à «l'exercice des droits politiques» est on ne peut plus vague. Mieux encore, l'article 4 précise explicitement que «ces droits» (al. 2 *in fine*) sont exercés dans les conditions fixées sans doute par la Constitution mais aussi selon les modalités que déterminent «les autres lois relatives aux droits politiques» (al. 2 *in limine*). En clair, l'article 4 de la Constitution n'invite-t-il pas à regarder au-delà de ces droits politiques que consacrent ex-

⁷¹ Wetgevingsresolutie van 15 maart 1989, voorafgegaan door de amendementen van het Europees Parlement, *PB*, nr. C 96 van 17 april 1989, p. 101.

⁷² Resolutie van 14 februari 1989, inz. punt 9, *PB*, nr. C 96 van 20 maart 1989, p. 40.

Zeer onlangs heeft het Europees Parlement een verslag over de bevindingen van haar onderzoekscommissie «Racisme en vreemdelingenhaat» goedgekeurd, waarin aan de lidstaten eens te meer aanbevolen werd te «overwegen om in de eerste plaats aan alle burgers van de Gemeenschap en vervolgens aan alle immigranten die legaal en al vijf jaar achtereen in het land verblijven, ten minste voor plaatselijke verkiezingen, actief en passief stemrecht toe te kennen.» Zie resoluties van 10 oktober 1990 over het verslag van de Onderzoekscommissie racisme en vreemdelingenhaat en aanbeveling 64 van het verslag, voorlopig onuitgegeven.

⁷³ Document COM (89) 524 def./2. Voor de tekst van het gewijzigd voorstel, evenwel onder een andere datum, zie document COM (89) 524 def., *PB*, nr. C 290 van 18 november 1989, p. 4.

pressément des dispositions constitutionnelles particulières ? ⁷⁴»

In die opvatting behoren de kiesrechten op alle niveaus, d.i. ook op het provinciale en het gemeentelijke niveau, tot de in artikel 4 bedoelde politieke rechten ⁷⁵.

Daartegenover staat een andere opvatting, welke o.m. door Rigaux verdedigd wordt. Volgens hem slaan de in de artikelen 4 en 5 bedoelde politieke rechten enkel op de uitoefening van de nationale soevereiniteit, en betreffen zij m.a.w. slechts de verkiezingen voor de wetgevende kamers. Waar artikel 108 van de Grondwet het aan de wetgever overlaat om de verkiezingen van de leden van de provincieraden en de gemeenteraden te regelen, zonder desaanvaande enige beperking inzake nationaliteit op te leggen, zou het voor de wetgever mogelijk zijn om voor de gemeenteraadsverkiezingen van elke nationaliteitsvoorwaarde af te zien. (Voor de provincieraadsverkiezingen zou de zaak anders kunnen liggen, gelet op het feit dat de provincieraden een gedeelte van de senatoren verkiezen) ⁷⁶.

Rigaux vindt een bevestiging van die interpretatie in de Gemeentekieswet, gecoördineerd op 4 augustus 1932. Artikel 1 van die wet bepaalt inderdaad dat kiezers voor de gemeenteraad kunnen zijn «zij die Belg zijn of de naturalisatie hebben verkregen», terwijl artikel 65, eerste lid, 1°, bepaalt dat, om tot gemeenteraadslid te kunnen worden verkozen en gemeenteraadslid te kunnen blijven, men «Belg» moet zijn. Beide bepalingen voorzien weliswaar in een nationaliteitsvereiste, doch hernemen ter zake niet de beperkingen van artikel 5 van de Grondwet (Belg door geboorte of door grote naturalisatie). Hieruit zou afgeleid moeten worden dat de wetgever het gemeentelijk kiesrecht nooit beschouwd heeft als een van de politieke rechten bedoeld in artikel 5 van de Grondwet, en dat hij derhalve het gemeentelijk kiesrecht, zonder voorafgaande herziening van de Grondwet, zou kunnen uitbreiden tot vreemdelingen ⁷⁷.

27. In een belangrijk advies van 22 oktober 1980 over verscheidene wetsvoorstellen welke de toekenning van gemeentelijk kiesrecht aan vreemdelingen beoogden, heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, een duidelijk standpunt in de hiervóór besproken betwisting ingenomen; dat standpunt heeft de Raad op 16 april 1986 bevestigd ⁷⁸.

De Raad van State wijst vooreerst op de tekst zelf van artikel 4, tweede lid, van de Grondwet, en stelt vast dat die bepaling in ruime termen is gesteld. Volgens de Raad ligt het nationaliteitsvereiste voor het genot van de politieke rechten ook besloten in de economie van de Grondwet, die stoelt op het soevereiniteitsbeginsel (zie i.h.b. art. 25, eerste lid), hetwelk op zijn beurt een nationaliteitsverband veronderstelt.

⁷⁴ DELPÉRÉE, F., «Les étrangers et les élections en Belgique», *Adm. Publ. (Trim.)*, 1978-79, (34), 36; onderlijnd in de tekst.

⁷⁵ DELPÉRÉE, F., o.c., l.c.

⁷⁶ RIGAU, F., *Droit international privé*, II, Brussel, 1979, p. 112, nr. 674.

⁷⁷ RIGAU, F., o.c., p. 113, nr. 676. Zie in dezelfde zin: VAN DER AUWERMEULEN, J., *Politiek stemrecht voor vreemdelingen: analyse van de participatiemogelijkheden voor niet-Belgen aan het Belgisch openbaar leven*, Leuven, 1984, 106; MIGNON, E., «Politieke participatie van migranten in België», *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, 1987-88, (3), 10.

⁷⁸ R.v.St., afd. wetg., advies van 16 april 1986, met in bijlage het advies van 22 oktober 1980, *Parl. St., Kamer*, 1985-86, nr. 262-2.

Zo uit het voorgaande afgeleid kan worden dat de staat van Belg een vereiste is voor het genot van alle politieke rechten, inbegrepen het kiesrecht op gemeentelijk vlak, dan wordt aan die conclusie geen afbreuk gedaan door andere bepalingen van de Grondwet. Met name artikel 5, tweede lid, beoogt slechts de Belgen door geboorte of door grote naturalisatie het genot van het geheel van de politieke rechten voor te behouden, doch sluit niet uit dat bepaalde politieke rechten ook door andere Belgen genoten kunnen worden. Het is dus in overeenstemming met artikel 5, tweede lid, dat de wetgever het gemeentelijk kiesrecht tot andere categorieën van Belgen heeft uitgebreid; artikel 5 laat hem echter niet toe om buiten de perken van artikel 4 te treden.

Evenmin kan artikel 108 van de Grondwet beschouwd worden als bevattende een afwijking, i.v.m. de gemeenteraadsverkiezingen, van het bepaalde in artikel 4, tweede lid. Het is niet omdat de Grondwet het nationaliteitsvereiste uitdrukkelijk herhaalt voor de verkiezingen die het zelf regelt (wetgevende kamers), dat dit niet zou gelden voor de verkiezingen waarvan de regeling aan de wetgever wordt opgedragen (provincieraden en gemeenteraden). Het omgekeerde aannemen zou trouwens moeilijk verenigbaar zijn met de bepalingen van artikel 6, tweede lid (vereiste van Belgische nationaliteit voor alle ambten, ook op gemeentelijk vlak) en met de plaats die de gemeenteraad in de staatsstructuur inneemt (politieke macht, samengesteld door rechtstreekse verkiezingen).

Derhalve is de Raad van State van oordeel dat het recht om voor de gemeenteraden te kiezen en verkiesbaar te zijn, een politiek recht is, in de zin van artikel 4, tweede lid, van de Grondwet, en dat derhalve voor de uitoefening van dat recht de Belgische nationaliteit vereist is ⁷⁹.

28. Voor de interpretatie van de Grondwet dient ook rekening te worden gehouden met de standpunten welke, impliciet of expliciet, door de wetgevende kamers zijn ingenomen. In dit verband kunnen twee ontwikkelingen uit het recente verleden een licht werpen op de hier behandelde kwestie.

In de eerste plaats zijn er de (mislukte) pogingen geweest om artikel 4 van de Grondwet voor herziening vatbaar te verklaren. Een eerste maal gebeurde dit in 1978 ⁸⁰. Zowel in Kamer als in Senaat werden de voorstellen van verklaring tot herziening van artikel 4 verworpen. In zijn reeds genoemde advies van 22 oktober 1980 leidde de Raad van State, afdeling wetgeving, uit de besprekingen af dat er alvast geen parlementaire meerderheid was die een herziening overbodig achtte om stemrecht aan vreemdelingen te kunnen verlenen ⁸¹.

De verklaring van 1981 beperkte zich ertoe, gelet op het ontslag van de regering, die van 1978 eenvoudig over te nemen ⁸²; aan het niet-opnemen van artikel 4 in de lijst van de voor herziening vatbaar verklaarde artikelen kan dan ook geen bijzondere betekenis gehecht worden.

In 1987 werd opnieuw een verklaring tot herziening aangenomen ⁸³. Andermaal werden voorstellen om ook artikel

⁷⁹ Geciteerd advies van 22 oktober 1980, o.c., 8-10.

⁸⁰ B.S., 15 november 1978.

⁸¹ Geciteerd advies, o.c., 6-8.

⁸² B.S., 6 oktober 1981.

⁸³ B.S., 9 november 1987.

4 van de Grondwet voor herziening vatbaar te verklaren, door een meerderheid in Kamer en Senaat verworpen. Opmerkelijk is dat de regering de afwijzing gevraagd had, omdat zij niet de mogelijkheid wilde openen van toekenning van stemrecht aan vreemdelingen van buiten de Europese Gemeenschap, zonder wederkerigheid. Voor de toekenning van stemrecht aan E.E.G.-vreemdelingen achtte de regering een herziening niet nodig, omdat zulks kon gebeuren via internationale verdragen, op basis van wederkerigheid, welke aldus zouden kunnen afwijken van de bepalingen van intern (grondwettelijk) recht⁸⁴. Klaarblijkelijk gingen Kamer en Senaat er, met de regering, van uit dat artikel 4 van de Grondwet, in zijn huidige versie, het voor de wetgever onmogelijk maakt om stemrecht aan vreemdelingen toe te kennen.

De tweede ontwikkeling betreft de aan de gang zijnde herziening van de artikelen 5, 50, eerste lid, 1° en 3°, en 86 van de Grondwet. Volgens ontwerpen, door de Kamer van Volksvertegenwoordigers aangenomen op 29 maart 1990, zou elk van die bepalingen zo gewijzigd worden dat er daarin geen onderscheid meer zou bestaan tussen, enerzijds, de Belgen door geboorte of door grote naturalisatie en, anderzijds, de overige Belgen⁸⁵.

De ontworpen opheffing van artikel 5, tweede lid, zou tot gevolg hebben dat een essentieel onderdeel van de redenering van degenen die, zoals Rigaux, een enge interpretatie van het begrip politieke rechten voorstaan, zou wegvallen. Het zou immers niet meer mogelijk zijn om nog voor te houden dat de wetgever, door het stellen van het vereiste van Belg-zijn, zonder meer, voor de gemeenteraadsverkiezingen, zich klaarblijkelijk buiten het toepassingsgebied van de artikelen 4 en 5 van de Grondwet beweegt. Vanaf de opheffing van artikel 5, tweede lid, zou de Gemeentekieswet in dit opzicht integendeel zonder moeite beschouwd kunnen worden als een eenvoudige toepassing van artikel 4, tweede lid, en zou er dan ook een reden minder zijn om de gemeentekiesrechten te beschouwen als rechten welke buiten het toepassingsgebied van die bepaling liggen.

29. De recente parlementaire geschiedenis wijst dus in dezelfde richting als de traditionele rechtsleer en de Raad van State.

De conclusie kan dan ook moeilijk anders zijn dan dat, naar geldend constitutioneel recht, de toekenning van stemrecht aan vreemdelingen slechts bij wet kan geschieden nadat artikel 4, tweede lid, van de Grondwet gewijzigd is. Dit belet niet, zoals uit de besprekingen n.a.v. het opstellen van een verklaring tot herziening van de Grondwet in 1987 is gebleken (zie supra, nr. 28), dat de toekenning van zulk stemrecht wél mogelijk is, zelfs zonder voorafgaande herziening van de Grondwet, via een internationaal verdrag of ingevolge een supranationale norm.

⁸⁴ Zie verslag Delruelle-Ghobert en Weckx, *Parl. St., Senaat*, 1987-88, nr. 647-2, p. 7; verklaring van de heer Gol, Vice-Eerste Minister en Minister van Institutionele Hervormingen, *Parl. Hand., Senaat*, 1987-88, 31 oktober 1987, p. 138; verslag Tant en Klein, *Parl. St., Kamer*, 1987-88, nr. 1020-1, p. 9; verklaring van de heer Gol, Vice-Eerste Minister en Minister van Institutionele Hervormingen, *Parl. Hand., Kamer*, 1987-88, 3 november 1987, p. 159.

⁸⁵ Zie de ontwerpen overgezonden door de Kamer aan de Senaat, *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1988, nrs. 100-22/1°, 100-23/1° en 100-24/1°.

VI. ALGEMEEN BESLUIT

30. Het onderzoek van de internationale verdragen over de rechten van de mens (hoofdstuk II) lijkt erop te wijzen dat het kiesrecht van vreemdelingen (nog) niet behoort tot de fundamentele rechten welke de Staten gehouden zijn te eerbiedigen.

Het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten behoudt het genot van de politieke rechten immers voor aan de «burgers» of eigen onderdanen, en verleent ter zake dus geen rechten aan vreemdelingen.

Het eerste Protocol bij het Europees Verdrag over de rechten van de mens bevat eveneens een bepaling tot waarborging van het kiesrecht, zij het uitsluitend met betrekking tot wetgevende verkiezingen. In de tekst zelf van die bepaling is er geen sprake van een beperking van dat recht tot de kring van de eigen onderdanen, doch het kan moeilijk betwijfeld worden dat zulke beperking wel degelijk beoogd was door de opstellers van het protocol.

Zoals de opstellers van het Europees Verdrag in de preambule echter uitdrukkelijk erkend hebben, dienen de internationale verdragen over de rechten van de mens beschouwd te worden als «de eerste stappen... voor de collectieve handhaving van sommige der in de Universele Verklaring vermelde rechten.» Dit kenmerk van de bedoelde verdragen kan er in de toekomst wellicht toe leiden dat de bepalingen i.v.m. het kiesrecht, dankzij een evolutieve interpretatie ervan, geacht worden ook op vreemdelingen toepasselijk te zijn. In elk geval zou een verdere uitbreiding van de kring der kiesgerechtigden volkomen in de lijn liggen van de verplichtingen die de partijen bij de bedoelde verdragen op zich genomen hebben.

31. De pogingen om, binnen de Raad van Europa resp. de Europese Gemeenschap, te komen tot een internationaal erkend kiesrecht van vreemdelingen, althans op lokaal niveau (hoofdstukken III en IV), dienen in dat perspectief bekeken te worden. Een positieve benadering van die ontwikkelingen zou getuigen van een duidelijke bezorgdheid voor een effectieve bevordering van de fundamentele rechten en vrijheden.

Een van de discussiepunten in dit op het internationale forum gevoerde debat, is of de uitbreiding van het stemrecht tot onderdanen van de lidstaten van de betrokken internationale organisaties beperkt zou kunnen worden, dan wel of die aan alle vreemdelingen, zonder onderscheid, ten goede zou moeten komen. Vanuit het oogpunt van het discriminatieverbod kan het voorbehouden van bepaalde grondrechten aan onderdanen van staten waarmee de betrokken staat geprivilegieerde relaties heeft, wellicht verantwoord worden. Er blijft echter ook de vraag van politieke opportuniteit of er geen andere redenen zijn, zoals bijvoorbeeld de bekommernis om vreemdelingen zoveel mogelijk in de eigen samenleving te integreren, die zich tegen een zodanig onderscheid tussen de vreemdelingen onderling verzetten.

32. Is eenmaal de politieke beslissing genomen om stemrecht toe te kennen aan in België verblijvende vreemdelingen, dan moeten daartoe de nodige juridische middelen ontwikkeld worden.

Indien de wetgever uit eigen initiatief zou willen overgaan tot de toekenning van stemrecht aan vreemdelingen, dan dient artikel 4, tweede lid, van de Grondwet vooraf gewijzigd te worden. (Zie Hoofdstuk V). Indien de toekenning van

stemrecht aan vreemdelingen het gevolg zou zijn van de inwerkingtreding van een internationaal of Europees verdrag of van een Europese richtlijn, zou een voorafgaande wijziging van de Grondwet niet strikt vereist zijn; evenwel zou de interne logica van het constitutioneel recht een aanpas-

sing van de Grondwet aan de internationale verplichtingen dan wenselijk maken.

Paul LEMMENS, Docent
Liesbeth VAN SCHOUBROECK
Assistente Instituut voor de Rechten van de Mens
K.U.Leuven

DE HYPOTHEEK «VOOR ALLE SCHULDEN» BIJ KREDIETVERLENING

1. Bij de kredietverlening hebben banken steeds naar de meest adequate technieken gezocht om het risico van mogelijke insolventie van hun kredietnemers tot een minimum te beperken. De creativiteit bij de aanwending van zakelijke zekerheidsmechanismen kwam de jongste jaren onder meer tot uiting in de steeds frequenter voorkomende hypotheek «voor alle sommen»: een onroerend goed van de klant wordt met een hypotheek bezwaard teneinde de betaling te waarborgen van alle geldschulden, ongeacht de oorzaak ervan, die hij aan zijn bank verschuldigd is of ooit verschuldigd kan zijn¹.

Een dergelijke hypotheek vertoont ongetwijfeld voordelen voor de bank-schuldeiser: zij waarborgt immers alle schuldvorderingen welke de bank tegenover haar klant heeft of in de toekomst kan verkrijgen. Aangezien algemeen wordt aanvaard dat de hypotheek rang neemt op de dag van haar inschrijving, krijgt de bank hierdoor voorrang op alle andere later ingeschreven schuldeisers, ongeacht de datum waarop de gewaarborgde schuldvorderingen van de bank zijn ontstaan.

Ook de debiteur kan belang hebben bij een hypotheek «voor alle sommen»: de klant zal immers gemakkelijker nieuwe kredieten van zijn bank krijgen. De formaliteiten en de kosten die gepaard gaan met de vestiging van veelvuldige «specifieke» hypotheeken worden op die wijze vermeden. Weliswaar wordt de klant hierdoor sterker aan een zelfde bank gebonden, aangezien andere kredietverstrekkers wegens de ruime hypotheek minder geneigd zullen zijn om hun diensten aan te bieden. Aan de andere kant zou de uitbouw van een sterkere relatie tussen de bank en haar klant echter supplementaire voordelen kunnen opleveren (gunsttarieven, getrouwheidspremies...).

Men kan echter vragen stellen omtrent de geldigheid van een hypotheek «voor alle sommen». In de eerste plaats is het noodzakelijk te onderzoeken of en in welke mate een zekerheid kan worden gevestigd tot waarborg van een toekomstige schuld. In tweede instantie moet worden nagegaan

of de hypotheek «voor alle sommen» verenigbaar is met de vereisten inzake de afbakening van de hypotheek.

I. Zekerheden voor toekomstige schulden

A. Geldigheid

2. Het onderzoek van de hypotheek «voor alle sommen» betreft in de eerste plaats de vraag naar de geldigheid van de hypotheek, in de mate waarin zij betrekking heeft op toekomstige schuldvorderingen. Voor zover de hypotheek strekt tot waarborg van bestaande (eventueel in de toekomst eisbare) sommen, kan tegen haar geldigheid om deze reden geen bezwaar worden gemaakt².

3. Hoewel de meningen over de juridische grondslag van de zekerheid voor toekomstige schulden uiteenlopen³, wordt de geldigheid van zulk een zekerheid thans algemeen aanvaard⁴. De bezwaren die in het verleden werden opgeworpen, berustten voornamelijk op het accessoir karakter

² STRANART-THILLY, A.M., «L'hypothèque constituée pour sûreté de toutes sommes dues ou à devoir par un débiteur à son créancier», *Rev. Not.B.*, 1979, 552.

³ Hierbij worden voornamelijk drie visies naar voren geschoven: sommigen beroepen zich op art. 1130, eerste lid, B.W.; anderen steunen op de theorie van de oorzaak; een derde stroming baseert zich op de figuur van het voorwaardelijk contract; zie R.P.D.B., Complément V. tw. «Cautionnement», nrs. 41 e.v. met verwijzingen.

⁴ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, VII, Brussel, Bruylant, 1957, nr. 501; DIERYCK, A., *Les ouvertures de crédit*, Brussel, Bruylant, 1945, nr. 358; DIRIX, E. en DE CORTE, R., o.c., 145; GENIN, A., *Répertoire notarial*, X/2, Brussel, Larcier, nrs. 1385 e.v.; KLUYSKENS, A., *Beginnelsen van burgerlijk recht*, VI, *Voorrechten en hypotheeken*, Antwerpen, Standaard, 1951, 270; LEDOUX, J.-L., «Les sûretés réelles. Chronique de jurisprudence», *J.T.*, 1981, 337; LEDOUX, J.-L., «Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles (1981-1986)», *J.T.*, 1987, 324; R.P.D.B., Complément V, tw. «Cautionnement», nrs. 39 e.v.; SIMONT, L., en BRUYNEEL, A., «Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d'un débiteur envers son créancier» (noot onder Cass., 7 januari 1972 en Brussel, 23 februari 1973, *R.C.J.B.*, 1974, 217; STRANART-THILLY, A.M., l.c., 552 e.v.; STRANART, A.M., «De zekerheden», in *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, VAN GERVEN, W. (red.), XIII, *Handels- en economisch recht*, I, vol. B, Brussel, Story-Scientia, 1989, 677-678. *Contra* (m.b.t. hypotheeken); MOREAU-MARGRÈVE, I., «Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce», *R.C.J.B.*, 1980, 153.

¹ De hypotheekvestiging kan ook gebeuren door een derde («zakelijke borg»). Deze derde wordt hierdoor geenszins persoonlijk gehouden tot de schulden: DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, Reeks «Recht en Praktijk», Antwerpen, Kluwer, 1989, 249.

van de zekerheid. Uit het strikt bijkomende en ondergeschikte karakter van de zekerheid⁵ werd afgeleid dat deze slechts rechtsgeldig kon worden gevestigd tot waarborg van een reeds bestaande schuldvordering⁶. Deze opvatting vond eveneens weerklink in de rechtspraak⁷.

In de hierna nog te bespreken Mengal-zaak aanvaardde het Hof van Beroep te Brussel nochtans op grond van art. 1130, eerste lid, B.W. dat toekomstige zaken het voorwerp kunnen uitmaken van een verbintenis. Deze regel is volgens het hof eveneens toepasselijk op overeenkomsten tot vestiging van een zekerheid en wordt overigens algemeen aanvaard in verband met de borgtocht, de inpandgeving en de hypotheek⁸. Dit werd in minder expliciete bewoordingen bevestigd door het Hof van Cassatie⁹.

Het accessoir karakter van de zekerheid wordt in deze opvatting soepeler gedefinieerd; het bestaan van het hoofdcontract is geen noodzakelijke voorwaarde voor de vestiging van de zekerheid. Het bijkomend karakter duidt enkel op een noodzakelijke band tussen het bestaan van het hoofdcontract en de uitvoering van het bijkomend contract¹⁰: de zekerheid zal als accessoir recht slechts kunnen worden uitgeoefend indien de hoofdverbintenis bestaat op het ogenblik waarop de uitvoering van de zekerheid wordt gevraagd¹¹.

4. De verwijzing door het Hof van Cassatie naar artikel 1130 B.W. als grondslag voor het aanvaarden van een zekerheid voor toekomstige schulden heeft niet iedereen kunnen overtuigen¹². Volgens Simont en Bruyneel zou deze oplossing enkel kunnen gelden voor de borgtocht. Ze betwijfelen

of dezelfde redenering gevolgd kan worden met betrekking tot conventionele zakelijke zekerheden, aangezien het voorwerp hiervan het bezwaarde goed zelf is, en niet de gewaarborgde schulden¹³.

B. Rang van de hypotheek voor toekomstige schulden

5. In het verslag van de speciale commissie belast met de voorbereiding van de Hypotheekwet werd gesteld dat een hypotheek tot zekerheid van een toekomstige schuldvordering ten vroegste rang kan nemen op de dag van het ontstaan van de hoofdverbintenis. Bovendien zou inschrijving van de hypotheek slechts mogelijk zijn vanaf het ontstaan en de authentieke vaststelling van de hoofdverbintenis¹⁴. Deze opvatting heeft echter geen navolging gekregen. Volgens sommigen kan de inschrijving weliswaar onmiddellijk plaatsvinden, maar zou de hypotheek slechts rang nemen op de dag dat de hoofdverbintenis een tegenover derden tegenwerpbare datum verkrijgt¹⁵. Momenteel neemt de meerderheid van de rechtsleer aan dat de hypotheek rang neemt op de datum van inschrijving, welke onmiddellijk kan gebeuren¹⁶.

II. Het specialisatiebeginsel of het vereiste van formele afbakening

6. Als eenmaal vaststaat dat een hypotheek betrekking kan hebben op toekomstige schulden, rijst het probleem van de (formele) afbakening of specialisatie¹⁷ bij de hypotheek «voor alle sommen». De Hypotheekwet voorziet in ieder geval in een dubbele afbakening in de akte-hypotheekvestiging; zowel het onroerend goed waarop de hypotheek slaat als de geldsom die door de hypotheek wordt gewaarborgd, moeten duidelijk omlind worden (artt. 78 en 80 Hyp. W.). Er is echter betwisting gerezen omtrent de vraag of een geldige hypotheek bovendien de aanduiding van de gewaarborgde hoofdverbintenis vereist. Dit probleem is essentieel omdat een dergelijke afbakening bij een hypotheek «voor alle sommen» onmogelijk is¹⁸. Indien het specialisatiebegin-

⁵ Zoals verwoord in het adagium *accessorium sequitur principale*.

⁶ In dit verband wordt onder meer verwezen naar de artt. 2012, eerste lid, B.W. inzake borgtocht, 2074 B.W. betreffende inpandgeving en 41 Hyp. W.; zie DIERYCK, A., o.c., 317; zie ook R.P.D.B., Complément V, tw. «Cautionnement», nrs. 13-14, p. 138.

⁷ Dit blijkt impliciet uit Cass., 6 mei 1965, *Pas.*, 1965, I, 941; zie ook Kh. Antwerpen, 22 juni 1971, aangehaald in BRUYNEEL, A., «De borgstelling tot waarborg van alle verbintenissen van een schuldenaar tegenover zijn schuldeiser», noot onder Brussel, 23 februari 1973, *R.W.*, 1973-74, 1058.

⁸ Brussel, 25 februari 1972, *J.T.*, 1972, 246; toekomstige schuldvorderingen zijn volgens het hof niet alleen die welke bij de vestiging van de zekerheid reeds «in hun kiem» of «in principe» bestaan. Ze omvatten ook de schuldvorderingen die de mogelijkheid hebben om in de toekomst te ontstaan of die, hoewel ze nog geen juridisch bestaan hebben, op een dag in het vermogen van de begunstigde van de zekerheid kunnen vallen.

⁹ Cass., 28 maart 1974, *Pas.*, 1974, I, 776, *R.W.*, 1974-75, 339; «dat het arrest wettelijk overweegt dat, krachtens artikel 1130, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, zekerheid kan worden gesteld tot waarborg van voorwaardelijke of toekomstige schulden, onder het enkele voorbehoud dat zij bepaald zijn of kunnen worden bepaald op het tijdstip van de zekerheidstelling»; zie ook verder, nr. 11.

¹⁰ Brussel, 25 februari 1972, *J.T.*, 1972, 246; Brussel, 23 februari 1973, *R.W.*, 1973-74, 1054; Rb. Brussel, 28 mei 1984, *T.B.H.*, 1986, 599; LEDOUX, J.-L., *l.c.*, 1981, 337; MOREAU-MARGRÈVE, I., *l.c.*, 151; SIMONT, L. en BRUYNEEL, A., *l.c.*, 213-216; STRANART-THILLY, A.M., *l.c.*, 555 e.v.; STRANART-THILLY, A.M. en GRÉGOIRE, M., «Chronique de droit bancaire privé — les sûretés personnelles (janvier 1975-juni 1987)», *Bank Fin.*, 1988/2, 12.

¹¹ Volgens A. Limpens nochtans bepaalt het accessoir karakter van de borgtocht het bestaan en de draagwijdte ervan zowel op het ogenblik van de vestiging als van de uitvoering van de zekerheid; R.P.D.B., V, tw. Cautionnement, nr. 15.

¹² Zie boven, voetnoot 3.

¹³ SIMONT, L., en BRUYNEEL, A., *l.c.*, 233; inzake borgtocht is de betaling van de (toekomstige) schuld inderdaad het voorwerp van de overeenkomst; vgl. STRANART-THILLY, A.M., *l.c.*, 568; STRANART-THILLY, A.M., «Chronique de jurisprudence — les sûretés réelles et la publicité foncière (1967-1974)», *Bank Fin.*, 1975, 215. *Contra*: MOREAU-MARGRÈVE, I., *l.c.*, 151, inz. voetnoot 75.

¹⁴ Zie de passages aangehaald in GENIN, A., o.c., 549.

¹⁵ VAN DE VORST, J., «De la spécialité en matière hypothécaire», *Rev.Prat.Not.*, 1930, 548; Rb. Tongeren, 20 mei 1960, *R.W.*, 1959-60, 2003; Kh. Namen, 18 september 1980, *Rev.Rég.Dr.*, 1981, 44.

¹⁶ DELVA, W., *Voorrechten en hypotheeken*, Gent, Story-Scientia, 1977, 161, met verwijzingen; LEDOUX, J.-L., *l.c.*, 1981, 337.

¹⁷ Het specialisatiebeginsel mag niet verward worden met het specialiteitsbeginsel inzake hypotheeken. Terwijl het eerste duidt op de formele afbakening van de hypotheek in de vestigingsakte, slaat het laatste op de materiële mogelijkheid tot identificatie van de gewaarborgde schuldvorderingen, omdat de effecten van de hypotheek beperkt moeten blijven tot de schuldvorderingen die partijen hebben willen waarborgen. Beide principes worden soms met elkaar verward; zie hieromtrent STRANART-THILLY, A.M., «L'hypothèque constituée pour toutes sommes ...», *l.c.*, 562, voetnoot 105.

¹⁸ STRANART-THILLY, A.M., «L'Hypothèque constituée pour toutes sommes...», *l.c.*, 558. *Contra*: VAN DE VORST, J., *l.c.*, 547; Brussel, 9 juli 1956, *J.T.*, 1957, 167; de hypotheek «voor alle sommen» zou

sel een drievoudige afbakening van de hypotheek noodzaakt, zal de hypotheek «voor alle sommen» absoluut nietig zijn¹⁹.

7. De verplichte aanduiding van de oorzaak van de gewaarborgde schuldvordering (lening, kredietopening,...) wordt door de Hypotheekwet nergens op uitdrukkelijke wijze voorgeschreven. Volgens De Page ligt dit waarschijnlijk aan het feit dat de wetgever ervan uitging dat de vermelding van de gewaarborgde som zinloos zou zijn zonder aanduiding van de schuldvordering waarop deze som betrekking heeft²⁰. De hypotheek zou als accessoire overeenkomst slechts waarde hebben gelet op de hoofdbintenis, waardoor het logisch is dat deze laatste vermeld wordt in de vestigingsakte. Bovendien zou de hypotheek, als uitzondering op art. 8 Hyp.W., van strikte toepassing zijn, waardoor ze noodzakelijk verbonden is aan een welbepaalde schuldvordering, welke om die reden in de vestigingsakte moet worden vermeld²¹.

Een andere stroming opteerde voor een strikte interpretatie van art. 80 Hyp.W.: de vermelding van de gewaarborgde geldsom volstaat voor de geldigheid van de hypotheek²². Deze opvatting werd gedeeld door het Hof van Cassatie, dat in een arrest van 4 oktober 1963 oordeelde dat geen enkele wetsbepaling de vermelding van de oorzaak van de gewaarborgde schuldvordering voorschrijft²³. Hieruit zou blijken dat een hypotheek «voor alle sommen» dus formeel voldoende afgebakend is door de vermelding van het bezwaarde goed en van het gewaarborgde bedrag in de vestigingsakte. Dit neemt echter niet weg dat een materiële afbakening van de gewaarborgde schuld vereist is (specialiteitsbeginsel).

III. Het specialiteitsbeginsel of het vereiste van materiële afbakening

8. Overeenkomstig het specialiteitsbeginsel blijven de gevolgen van een hypotheek beperkt tot de verbintenissen waarvan ze tot zekerheid strekt. De tenuitvoerlegging van de hypotheek vereist met andere woorden de mogelijkheid tot materiële identificatie van de verbintenissen die de partijen beoogden te waarborgen door de hypotheek. Hierbij moet echter de vraag worden gesteld of een algemene bestemming van een hypotheek «voor alle sommen» volstaat

voldoen aan het (formeel) vereiste van afbakening van de gewaarborgde schuldvordering, omdat zij de (materiële) identificatie van deze schuldvorderingen toelaat. Deze houding berust op een verarring tussen specialiteit en specialisatie; zie boven, voetnoot 17.

¹⁹ DELVA, W., *o.c.*, 154. Volgens Kluyskens moet de afbakening plaatsvinden op straffe van «niet-bestaan» van de hypotheek: KLUYSKENS, A., *o.c.*, 246.

²⁰ DE PAGE, H., *o.c.*, nr. 556.

²¹ DE PAGE, H., *o.c.*, nr. 556; vgl. VAN DE VORST, J., *l.c.*, 547; GENIN, A., *o.c.*, nrs. 1198-99. De Page beklemtoont ook het belang van de vermelding ter bescherming van derden: indien de gewaarborgde schuldvordering absoluut nietig is, kunnen derden zich hierop beroepen om de vernietiging van het hypotheekcontract te vorderen. Ze moeten dus de mogelijkheid hebben om van deze schuldvorderingen kennis te krijgen.

²² KLUYSKENS, A., *o.c.*, nr. 253; zie hieromtrent eveneens STRANART-THILLY, A.M., «L'hypothèque constituée pour toutes sommes...», *l.c.*, 558, inz. voetnoot 80.

²³ Cass., 4 oktober 1963, *Pas.*, 1964, I, 112.

als materiële afbakening van de gewaarborgde schuldvorderingen.

A. De hypotheek voor alle sommen en de vrije circulatie van goederen

9. Vóór het Hof van Cassatie in 1974 een nadere omschrijving gaf van het vereiste van materiële afbakening in het kader van de inpandgeving van een handelszaak «voor alle sommen»²⁴, en de heersende rechtsleer dit arrest toepaste op het vlak van de hypotheeken, werd de stelling verdedigd dat de hypotheek «voor alle sommen» het bezwaarde goed aan de handel onttrekt en dus indruist tegen het principe van de vrije circulatie van goederen. Deze stelling, waarvan de rechtsgrond niet heel duidelijk is²⁵ en die overigens in de recente rechtspraak niet meer wordt aangetroffen, zou tot gevolg hebben dat een dergelijke hypotheek absoluut nietig is wegens strijdigheid met de openbare orde²⁶. Het bezwaarde goed zou aan de handel worden onttrokken omdat het onmogelijk zou zijn om de hypotheek op te heffen. Het onroerend goed strekt immers tot waarborg van welke schuld ook die in de toekomst tussen de partijen kan ontstaan. Indien de schuldeiser, na betaling van de openstaande schulden, de vrijwillige opheffing van de hypotheek weigert, kan men betwijfelen of de opheffing langs gerechtelijke weg kan worden afgedwongen. Zelfs de terugbetaling van alle schulden ontnemt aan de hypotheek haar bestaansreden niet, aangezien er in de toekomst steeds nieuwe schulden kunnen ontstaan²⁷.

10. Volgens Van Ryn en Heenen gaat deze redenering slechts op bij hypotheekvestiging voor onbepaalde tijd. In dit geval zou de hypotheekverlener evenwel het recht hebben te allen tijde de zekerheid op te zeggen, na terugbetaling van de bestaande schuldvorderingen²⁸.

Dit argument overtuigt niet. De algemeen aanvaarde leer van de eenzijdige opzegging van contracten voor onbepaalde tijd²⁹ heeft enkel betrekking op contracten die *persoonlijke* verbintenissen in het leven roepen. Het lijkt dan ook onjuist deze theorie toe te passen op het vlak van de conventionele zakelijke zekerheden. Door de hypotheekvestiging krijgt de begunstigde immers een *zakelijk* recht op het bezwaarde goed. Dit kan uitgeoefend worden zonder tussenkomst van de hypotheekverlener, kan door de inschrijving worden tegengeworpen aan derden, en verleent volgrecht. Vanaf de

²⁴ Zie verder, nr. 11.

²⁵ Zie bijvoorbeeld DE PAGE, H., *o.c.*, V, nr. 904.

²⁶ Luik, 28 mei 1936, *Jur. Liège*, 1936, 219: «la créance de l'intimé pourrait tirer son origine de n'importe quelle cause présente ou future, licite ou illicite, étrangère ou non au rapport contractuel des parties. Qu'il s'ensuit que ce genre d'affectation apparaît de nature à entraver la circulation des biens immobiliers et comme telle s'avère contraire à la loi et à l'ordre public».

²⁷ GENIN, A., *o.c.*, nr. 1396; DIERYCK, A., *o.c.*, 382; Moreau-Margrève neemt deze stelling over en voegt hieraan toe dat een dergelijke algemene bestemming de zuiveringsprocedure van art. 109 e.v. Hyp.W. onmogelijk maakt; MOREAU-MARGRÈVE, J., *l.c.*, 154, inz. voetnoot 87.

²⁸ VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 422.

²⁹ VAN OMMESLAGHE, P., «Les obligations. Examen de jurisprudence, 1968 à 1973», *R.C.J.B.*, 1975, 169, nr. 72, en de verwijzingen aldaar.

hypotheekvestiging is dit zakelijk recht onttrokken aan de wil van de hypotheekverlener, zodat het hem onmogelijk is de hypotheek op te zeggen³⁰.

Het principe van de vrije circulatie van goederen zou dus met zich meebrengen dat de hypotheek «voor alle sommen» in ieder geval in de tijd moet worden beperkt³¹. Dit zal eveneens blijken uit de bespreking van de cassatierechtspraak.

B. Het Hof van Cassatie en de hypotheek «voor alle sommen»

11. Het Hof van Cassatie heeft vooralsnog niet de gelegenheid gehad zich uit te spreken over de geldigheid van de hypotheek «voor alle sommen»³². Men mag evenwel aannemen dat het Hof in het arrest Mengal een aantal algemene principes betreffende de zekerheid voor toekomstige schulden heeft willen vastleggen³³, hoewel de zaak alleen betrekking had op de inpandgeving van een handelszaak³⁴. Het

³⁰ Vgl. Rb. Brussel, 3 april 1987, *T.B.B.R.*, 1988/1, 145; «La nature même du droit né de la convention d'hypothèque exclut toute faculté de rupture unilatérale dans le chef du constituant.»

De inlassing van een opzeggingsclausule in het hypotheekcontract kan evenmin een oplossing bieden: de opzegging is immers afhankelijk van de loutere wil van de schuldenaar, terwijl het principe van de vrije circulatie van goederen de openbare orde raakt en derhalve ook de belangen van derden beoogt te beschermen.

³¹ Niettemin kunnen ook bij een hypotheek voor een bepaalde tijd om twee redenen problemen rijzen. Enerzijds kan de termijn dermate ruim worden vastgelegd, dat zich in werkelijkheid hetzelfde effect voordoet als bij een hypotheek voor onbepaalde duur; het goed wordt uit de handel genomen. Indien blijkt dat de bank de intentie had de termijn zo ruim te stellen dat de ratio van de beperking in de tijd volledig tenietgedaan wordt, zou er sprake kunnen zijn van wetsontduiking.

Anderzijds kan men zich het vrij extreme geval inbeelden waarbij de klant alle betrekkingen met zijn bank wenst te beëindigen, en na vereffening van alle schulden de opheffing door de bank van de hypotheek vraagt teneinde bij een concurrerende bank nieuwe kredieten te verkrijgen. Indien de bank de doorhaling van de inschrijving weigert, zou er sprake kunnen zijn van misbruik van (contractueel) recht. Immers, zoals bevestigd door het Hof van Cassatie, is er sprake van misbruik van contractueel recht, indien de voordelen voor een contractspartij (in casu de volledig terugbetaalde bank) bij de uitoefening van haar contractueel recht manifest onevenredig zijn met de nadelen die hieruit voortvloeien voor de medecontractant (in casu de klant die bij een andere bank moeilijk krediet zal krijgen zolang de hypotheek ingeschreven blijft). Vgl. Cass., 18 juni 1987, *J.T.*, 1988, 89; zie ook DE BERSAQUES, A., «L'abus de droit en matière contractuelle», *R.C.J.B.*, 1969, 497 e.v. STIJS, S., «Abus, mais de quel(s) droit(s)?», *J.T.*, 1990, 33.

³² In tegenstelling tot het Franse Hof van Cassatie, dat de geldigheid ervan niet aanvaardt: «en vertu du principe du spécialité de la créance hypothécaire cette créance doit être déterminée expressément ou par voie de référence dans l'acte constitutif»: Cass.fr., 6 februari 1939, *Rec.Sirey*, 1941, I, 145, met noot R. RODIÈRE.

³³ STRANART, A.M., «De zekerheden», in *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, VAN GERVEN, W. (red.), *l.c.*, 679, met verwijzingen; DIRIX, E., «Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid», *T.P.R.*, 1988, 330.

³⁴ De inpandgeving strekte in casu «tot waarborg van de betaling van alle sommen welke dan ook die de cliënt aan de bank schuldig zou zijn en zou kunnen worden wegens verrichtingen die deze bank met de cliënt zou kunnen doen of hebben gedaan»: Cass., 28 maart 1974, *R.W.*, 1974-75, 341. Zie ook reeds boven, nr. 3.

Hof leidt uit artikel 1130, eerste lid, B.W. af dat een zekerheid gevestigd kan worden voor toekomstige schulden, op voorwaarde dat deze bepaald zijn of kunnen worden op het ogenblik van de zekerheidstelling. Toekomstige schulden zijn voldoende bepaald of bepaalbaar indien de overeenkomst waarbij de zekerheid wordt gesteld, het mogelijk maakt ze te bepalen en indien blijkens de gegevens van de zaak de schuldvorderingen werkelijk die zijn welke partijen hadden willen waarborgen.

12. Uit het arrest zou blijken dat de voorwaarde van bepaalbaarheid niet vereist dat de bepaling van de schuldvorderingen geschiedt op het ogenblik van de vestiging van de zekerheid. Voldoende zou zijn dat een dergelijke bepaling op het moment van uitvoering van de zekerheid kan plaatsvinden, waarbij dan wel rekening moet worden gehouden met de wil van de partijen bij de totstandkoming van de zekerheid³⁵. Volgens Simont en Bruyneel kan het echter niet de bedoeling van partijen zijn om de waarborg «voor alle sommen» uit te breiden tot verbintenissen die buiten verband staan met hun zakenrelatie³⁶. De zakenrelatie wordt hier beschouwd als een voldoende bepaald algemeen kader opdat alle verbintenissen die hieruit voortspuiten, op hun beurt voldoende bepaalbaar zouden zijn³⁷.

13. Sommige auteurs hebben zich op deze interpretatie gebaseerd om te besluiten tot de geldigheid van de hypotheek «voor alle sommen»³⁸. De vestigingsakte maakt immers mogelijk de gewaarborgde schuldvorderingen te bepalen: het betreft namelijk *alle* schulden die de hypotheekverlener tegenover de begunstigde heeft of zal hebben, voor zover het kader van de zakenrelatie niet wordt overschreden³⁹.

C. Kritische benadering

1) Toepassing van het arrest Mengal op hypotheeken?

14. Men kan zich bij dit alles echter vragen stellen. Allereerst lijkt de Hypotheekwet zich te verzetten tegen een analogische toepassing van de cassatierechtspraak op de hypotheek «voor alle sommen». Zoals Moreau-Margrève terecht opmerkt, moeten de borderellen niet alleen het bedrag bevatten van de hoofdsom en het toebehoren van de schuldvorderingen waarvoor inschrijving wordt gevorderd, maar ook de vermelding van de tijd die voor hun betaling is bepaald (art. 83, 4°, Hyp. W.). Daar de borderellen slechts uittreksels zijn van de vestigingsakte en hun gegevens putten uit deze akte, moet de vestigingsakte zelf, weliswaar niet formeel op straffe van nietigheid, de datum van betaling van de gewaarborgde schuldvordering bevatten. Dit impliceert dat de partijen moeten weten welke de gewaarborgde schuldvorderingen zijn op het ogenblik van de zekerheidstelling. Het betreft hier een grondvereiste, waarvan de niet-na-

³⁵ STRANART-THILLY, A.M., «Chronique de jurisprudence — les sûretés réelles et la publicité foncière», *l.c.*, 214-215.

³⁶ SIMONT, L., en BRUYNEEL, A., *l.c.*, 220.

³⁷ Vgl. Brussel, 23 februari 1973, *R.W.*, 1973-74, 1054; Rb. Brussel, 28 mei 1984, *T.B.H.*, 1986, 599.

³⁸ DIRIX, E., *l.c.*, 323; STRANART-THILLY, A.M., «L'hypothèque constituée pour toutes sommes...», *l.c.*, 565; VAN RYN, J., en HEENEN, J., *o.c.*, IV, 420.

³⁹ Vgl. Rb. Doornik, 9 mei 1984, en Bergen, 6 mei 1986, *Tijd. Not.*, 1987, 211; Luik, 15 mei 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1223.

leving wel tot nietigheid leidt ⁴⁰. Van Ryn en Heenen daarentegen menen dat aan de materiële geldigheidsvoorwaarden voor de conventionele hypotheek, opgesomd in art. 80 Hyp. W. geen voorwaarden mogen worden toegevoegd die worden afgeleid uit de formele vereisten betreffende de inschrijving. Indien de wetgever de hypotheekvestiging voor schulden met onbekende vervaldatum had willen verbieden, dan zou hij dit expliciet gedaan hebben ⁴¹. Deze argumentatie gaat er echter van uit dat de Hypotheekwet een logisch opgebouwde regeling heeft ingevoerd met betrekking tot de geldigheids- en publiciteitsvereisten inzake hypotheeken. Dat dit niet het geval is, wordt onder meer aangetoond door de reeds oude onenigheid over de geldigheid van een hypotheek voor toekomstige schulden en de rang van een dergelijke hypotheek. Ook De Page heeft de gebrekkige opstelling van deze wet gehekeld: de verplichting tot vermelding van de voorwaarde (art. 80) en van de tijd van betaling (art. 83) in de inschrijving zouden in hetzelfde artikel moeten voorkomen, aangezien ze beantwoorden aan een zelfde fundamentele idee. Bovendien veronderstelt iedere vermelding in de inschrijving een voorafgaande vermelding in de vestigingsakte ⁴².

15. De zoëven vermelde opvatting van Moreau-Margrève moet genuanceerd en aangevuld worden. Gezien de noodzaak tot strikte interpretatie van de Hypotheekwet kan men opwerpen dat art. 83, 4°, Hyp. W. enkel de vermelding voorschrijft van de *tijd* die voor de betaling van de gewaarborgde schuldvordering is bepaald. Het is dus voldoende in de vestigingsakte te vermelden dat de hypotheek, gevestigd op goed X, ten belope van bedrag Y, alle sommen waarborgt die verschuldigd zullen zijn op datum Z. Het lijkt echter te verregaand om hieruit af te leiden dat partijen op het ogenblik van de hypotheekvestiging de gewaarborgde schuldvorderingen moeten kennen ⁴³.

Hieraan moet worden toegevoegd dat het arrest Mengal geen uitspraak heeft gedaan omtrent art. 4 van de wet van 25 oktober 1919, dat inzake in pandgeving van een handelszaak een letterlijke kopie is van art. 83, 4°, Hyp. W. Immers, geen enkel van de voor het Hof van Cassatie opgeworpen middelen betrof de schending van deze bepaling, terwijl het Hof alleen uitspraak kan doen over de opgeworpen middelen. Derhalve moet worden aangenomen dat het Hof voortsnog geen stelling heeft ingenomen omtrent de draagwijdte van de betrokken bepaling inzake de zakelijke zekerheid «voor alle sommen».

Op grond van voorgaande redenering, kan men dus stellen dat de hypotheek «voor alle sommen», zo zij al voldoende

de bepaalbaar zou zijn, in ieder geval in de tijd moet worden beperkt.

2) «Bepaalbaarheid» van toekomstige schuldvorderingen

16. Een tweede bedenking betreft de interpretatie van de voorwaarde van bepaalbaarheid in het arrest Mengal door de rechtsleer en de rechtspraak van de hoven en rechtbanken. Het Hof van Cassatie zegt immers uitdrukkelijk dat toekomstige schulden bepaald of bepaalbaar moeten zijn *op het ogenblik van de zekerheidstelling*. Aan dit vereiste is voldaan indien de overeenkomst waarbij de zekerheid is gevestigd, het mogelijk maakt ze te bepalen en indien blijkens de gegevens van de zaak de schuldvorderingen werkelijk die zijn welke partijen *hadden willen waarborgen*. In casu werd de voorziening tegen het bestreden arrest verworpen, omdat het hof van beroep uit de feitelijke gegevens van de zaak kon afleiden dat de toekomstige schulden wel die waren welke de partijen beoogden te waarborgen.

17. De beoordeling van de vraag of een schuldvordering onder de zekerheid valt, gebeurt uiteraard op het moment van de uitvoering van de zekerheid. Hiervoor worden twee criteria gehanteerd: de bewoordingen van de akte (objectief element) en de wil van partijen bij de zekerheidstelling (subjectief element). De formulering van de hypotheek «voor alle sommen» laat weliswaar toe de gewaarborgde schuldvorderingen te bepalen, namelijk *alle* schuldvorderingen. Ze zullen echter maar onder de hypotheek vallen indien partijen bovendien op het ogenblik van de zekerheidstelling de bedoeling hadden ze te waarborgen ⁴⁴. De beoordeling hiervan is een feitenkwestie die onder de onaantastbare appreciatie van de feitenrechter valt. Bij ontstentenis van duidelijke gegevens omtrent de subjectieve wil van partijen, zullen objectieve elementen moeten helpen bij de bepaling van deze wil. Aangezien nu partijen geacht worden zich te gedragen als redelijke en voorzichtige personen, is het logisch dat ze enkel die schuldvorderingen hebben willen waarborgen die op het ogenblik van de hypotheekvestiging *redelijk voorzienbaar* waren.

18. De automatische verwijzing naar een algemeen kader zoals de zakenrelatie ⁴⁵ lijkt willekeurig. De beoordeling van de wil van partijen moet immers van geval tot geval gebeuren, rekening houdend met de feitelijke gegevens van de zaak. Het is best mogelijk dat partijen, ondanks de formulering in het contract, slechts de bedoeling hadden om beperkte verrichtingen binnen hun zakenrelatie te waarborgen. Indien op het ogenblik van de zekerheidstelling de relatie zich bijvoorbeeld beperkte tot het verlenen van een krediet, en het in concreto niet voorzienbaar was dat de relatie zou worden uitgebreid tot andere vormen van kredietverlening, dan is het moeilijk verdedigbaar dat deze andere kredietvormen voldoende bepaalbaar waren om onder de hypotheek te vallen. Het lijkt bovendien artificieel om de hypotheek «voor alle sommen» louter te willen situeren binnen het kader van de zakenrelatie, indien voor de beoordeling van de bepaalbaarheid geen rekening wordt gehouden met de redelijke voorzienbaarheid van de schuldvorderingen.

⁴⁰ MOREAU-MARGRÈVE, I., *l.c.*, 153. Dit blijkt volgens de auteur eveneens uit art. 80, tweede lid, Hyp. W., dat in verband met voorwaardelijke schuldvorderingen de vermelding van de voorwaarde in de inschrijving oplegt. Een analoge redenering wordt gevolgd door een deel van de Franse doctrine: zie hieromtrent STRANART-THILLY, A.M., «L'hypothèque constituée pour toutes sommes...», *l.c.*, 565.

⁴¹ VAN RYN, J., en HEENEN, J., *o.c.*, IV, 422.

⁴² DE PAGE, H., *o.c.*, 498; vgl. DEKKERS, R., *Handboek burgerlijk recht*, II/2, Brussel, Bruylant, 1971, nr. 1618, p. 911.

⁴³ Een dergelijke conclusie lijkt het onderscheid tussen specialisatie (vermelding in de akte van de tijd van betaling) en specialiteit (materiële identificatie van de schuldvorderingen) te miskennen: zie boven, voetnoot 17.

⁴⁴ Vgl. art. 1163 B.W.

⁴⁵ Ook de recente rechtspraak verwijst bijna automatisch naar het kader van de zakenrelatie, zonder specifiek onderzoek naar de concrete wil van partijen: zie boven, voetnoot 39.

Het is in dit geval onjuist op algemene wijze te beweren dat iedere schuld buiten de zakenrelatie noodzakelijk buiten de wil van partijen valt ⁴⁶, aangezien de beoordeling van de intentie van partijen van geval tot geval moet gebeuren. Door de uitwerking van de zekerheid te beperken tot de zakenrelatie lijken de auteurs impliciet gebruik te maken van een abstract criterium van redelijke voorzienbaarheid. Bijgevolg moet ook worden aanvaard dat in sommige gevallen, blijkens de gegevens van de zaak, het kader van de zakenrelatie als te ruim moet worden beschouwd.

Het is ten slotte niet voldoende dat de redelijke voorzienbaarheid betrekking heeft op de vraag of het geheel van de schuldvorderingen binnen een redelijk voorzienbaar kader valt. Aan het criterium van de redelijke voorzienbaarheid moet integendeel worden voldaan door elke schuldvordering afzonderlijk ⁴⁷.

⁴⁶ Anders: SIMONT, L. en BRUYNEEL, A., *l.c.*, 221; STRANART-THILLY, A.M., «L'hypothèque constituée pour sûreté de toutes sommes...», *l.c.*, 570.

⁴⁷ Ook VAN GERVEN benadrukt dat binnen het kader van de zakenrelatie alleen die verbintenissen bepaalbaar zijn welke door de zekerheidsgever redelijkerwijze konden worden voorzien bij het sluiten van het zekerheidscontract: VAN GERVEN, W., *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht, XIII, Handels- en economisch recht*, I, Antwerpen, Standaard, 1975, 479. De verwijzing hiernaar door STRANART («L'hypothèque constituée pour toutes sommes...», *l.c.*, 570) is mis-

IV. Conclusies

19. Uit de voorafgaande analyse blijkt dat ernstige vragen kunnen worden gesteld bij de heersende leer inzake de hypotheek «voor alle sommen». Allereerst moet de uitwerking van een dergelijke hypotheek van geval tot geval beoordeeld worden: enkel de schuldvorderingen die op het ogenblik van de hypotheekvestiging redelijk voorzienbaar waren zullen door de hypotheek worden gewaarborgd. Deze interpretatie dringt zich des te meer op daar iedere hypotheek in wezen een restrictief op te vatten uitzondering vormt op het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers (art. 8 Hyp.W.). Het is echter duidelijk dat zelfs de toepassing van deze principes tot ernstige interpretatieproblemen kan leiden. Het is daarom van essentieel belang dat algemene formuleringen in de vestigingsakte worden vermeden. Bovendien werd erop gewezen dat de hypotheek «voor alle sommen» in ieder geval een beperking in de tijd moet inhouden.

Deze oplossing beschermt bovendien de economisch zwakkere partij in de relatie tussen de bankier en zijn klant. Ze kan tevens bijdragen tot een beter evenwicht tussen de aanspraken van de bank en die van andere schuldeisers.

Joan WILLEMEN
R.U.Gent

leidend, omdat ze suggereert dat Van Gerven de zakenrelatie als een voldoende bepaald algemeen kader beschouwt, waarbinnen *ipso facto* alle schuldvorderingen voldoende bepaalbaar zouden zijn.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

21 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Sarot

Rapporteurs: de hh. Wathélet en Suetens

1. Grondwet – Gelijkheids- en niet-discriminatiebeginselen – a) Financiering van de politieke partijen – Beperking tot in parlement vertegenwoordigde partijen – b) Controlecommissie – Samenstelling en bevoegdheid – 2. Arbitragehof – Bevoegdheid *ratione temporis*

1.a) De wetgever vermag de financiering van de politieke partijen afhankelijk te stellen van het bewijs van een zekere representativiteit. Door de politieke partijen te financieren op grond van de jongste verkiezingsuitslagen, hanteert hij een objectief criterium. De verschillen in de steun van de kant van de kiezers verantwoorden de verschillen in behandeling tussen de politieke partijen. De centrale rol van het nationale Parlement in onze rechtsorde kan de wetgever ertoe brengen slechts financiële steun toe te kennen aan die partijen die in de twee nationale vergaderingen vertegenwoordigd zijn door ten minste een rechtstreeks verkozen parlementslid. Die beperking kan niet worden be-

schouwd als overdreven in het raam van het Belgisch kiesstelsel, dat gegrond is op de evenredige vertegenwoordiging en een mechanisme van *apparentering* bevat.

b) Naar luid van art. 1, 4°, van de wet van 4 juli 1989 is de Controlecommissie «paritair samengesteld uit leden van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en van de Senaat, onder het voorzitterschap van de voorzitters van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en van de Senaat». Het is niet strijdig met het gelijkheidsbeginsel dat een commissie, die de emanatie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat is, wordt belast met het doen naleven van de bij wet vastgestelde financieringsvoorwaarden.

De bepaling van art. 14, § 2, die elke vervolging in geval van een misdrijf bedoeld in het Strafwetboek begaan in het kader van de toepassing van deze wet, afhankelijk stelt van een klacht van de Controlecommissie, schendt daarentegen de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie.

2. Krachtens art. 3, § 2, van de bijzondere wet op het Arbitragehof is een beroep strekkende tot de gehele of gedeeltelijke vernietiging van een wet slechts ontvankelijk indien het wordt ingesteld binnen een termijn van zestig dagen na de bekendmaking van de wet.

Arrest nr. 40/90

Onderwerp

Bij verzoekschrift van 3 januari 1990, aan het Hof gezonden bij aangetekende brief ter post afgegeven op 4 januari 1990, heeft de v.z.w. «Parti communautaire national européen», afgekort «P.C.N.», de vernietiging gevraagd van de wet van 4 juli 1989 betreffende de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven, de financiering en de open boekhouding van de politieke partijen (B.S., 20 juli 1989), en van de wet van 1 augustus 1985 houdende fiscale en andere bepalingen (B.S., 6 augustus 1985).

...

Onderwerp van de bestreden wet

Hoofdstuk I (artikel 1) van de wet van 4 juli 1989 bevat enkele algemene bepalingen, onder meer de omschrijving van wat voor de toepassing van de wet moet worden verstaan onder een politieke partij.

Hoofdstuk II (artikelen 2-14) bevat regels inzake de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven voor de parlements- en provincieraadsverkiezingen. In dat kader wordt een controlecommissie opgericht die paritair samengesteld is uit leden van beide Kamers.

Hoofdstuk III (artikelen 15-21) heeft betrekking op de financiering van de politieke partijen. Centraal in dit hoofdstuk is artikel 15, dat bepaalt dat een politieke partij in beide Kamers door ten minste één rechtstreeks verkozen parlements lid vertegenwoordigd moet zijn om voor financiering in aanmerking te komen.

Hoofdstuk IV (artikelen 22-25) betreft de boekhouding van de politieke partijen.

Hoofdstuk V tenslotte bevat enkele overgangsbepalingen en bepalingen betreffende de inwerkingtreding.

...

In rechte

Betreffende het eerste, tweede en vierde middel

1. Het eerste, tweede en vierde middel kunnen samen worden onderzocht: zij betwisten de financieringscriteria die in de artikelen 1 en 15 van de bestreden wet zijn vastgesteld.

Volgens het eerste middel schendt de wet van 4 juli 1989 artikel 6 van de Grondwet doordat zij aan alle partijen die aan de verkiezingen deelnemen dezelfde verplichtingen oplegt, terwijl zij de financiering voorbehoudt «aan de traditionele partijen die in het Parlement vertegenwoordigd zijn en bewust de ideologische minderheden en hun electorale uitdrukkingen uitsluiten».

Volgens het tweede middel schendt de bestreden wet van 4 juli 1989 artikel 6bis van de Grondwet, dat de bescherming van de ideologische en filosofische minderheden organiseert. De aangevoerde discriminatie vloeit voort uit het feit dat de bestreden wet een restrictieve definitie van een politieke partij geeft en automatisch uitschakelt «alle ideologische minderheden die niet in het Parlement vertegenwoordigd zijn en hun electorale uitdrukkingen», alsmede «alle ideologische minderheden die niet rechtstreeks aan de verkiezingen deelnemen maar door middel van electorale akkoorden hun kandidaten naar andere lijsten delegeren».

Volgens het vierde middel schendt de wet artikel 6bis van de Grondwet, omdat zij «de financiering van uitsluitend de

traditionele partijen doet dragen door de collectiviteit en dus door alle kiezers».

Volgens de verzoekende partij «zou de wet juist en goed zijn, indien zij aan alle partijen die aan de verkiezingen deelnemen een financiering zou toekennen op basis van het aantal behaalde stemmen».

2. De wetgever heeft als eerste bedoeling het beperken en controleren van de verkiezingsuitgaven van de politieke partijen. Dat is een op zich gewettigd doel; het strekt ertoe het gelijkheidsbeginsel te doen prevaleren door met een strikte regeling de feitelijke ongelijkheden tussen de politieke partijen, ongelijkheden die inzonderheid nadelig zijn voor de kleine partijen zoals de verzoekende partij, te verminderen.

De afbakening van het toepassingsgebied moet worden beoordeeld op grond van het nagestreefde doel. De pertinentie van die afbakening staat vast: de wetgever legt enkel aan de partijen die daadwerkelijk aan de verkiezingen deelnemen, beperkingen op en houdt rekening met het institutionele kader van de Belgische Staat aangezien hij slechts de partijen beoogt die in alle kiesarrondissementen van een Gemeenschap of een Gewest aan de verkiezingen deelnemen.

3. De wetgever streeft een tweede doel na dat ertoe strekt een stelsel voor de financiering van de politieke partijen in te voeren, door financiële hulp te bieden aan diegenen die naar de gunst van de kiezer dingen, onder de voorwaarden bepaald door artikel 1, 1°, van de wet van 4 juli 1989.

Die doelstelling lijkt niet in strijd met de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie voor zover de financiering strekt tot de goede werking van de democratische instellingen met inachtneming van het pluralisme in de opinie en rekening houdend met het evenwicht van de politieke krachten dat in de verkiezing tot uiting komt, wat inhoudt dat het de grote partijen niet bevoordeelt of de kleine partijen niet benadeelt. De toekenningscriteria dienen dus objectief, aangepast en evenredig met het nagestreefde doel te zijn.

4.1. Om aanspraak te kunnen maken op de financiering moeten tegelijkertijd twee voorwaarden door een politieke partij vervuld zijn:

a) Een politieke partij zijn in de zin van artikel 1, 1°, van de wet, dat wil zeggen een vereniging zijn van natuurlijke personen, al dan niet met rechtspersoonlijkheid, die aan door de Grondwet en de wet bepaalde verkiezingen deelneemt, die overeenkomstig artikel 117 van het Kieswetboek kandidaten voordraagt voor de mandaten van volksvertegenwoordiger en senator in elk kiesarrondissement van een Gemeenschap of een gewest en die, binnen de grenzen van de Grondwet, de wet, het decreet en de ordonnantie, de uitdrukking van de volkswil beoogt te beïnvloeden op de wijze bepaald in haar statuten of haar programma».

b) In beide nationale vergaderingen door ten minste één rechtstreeks verkozen parlements lid vertegenwoordigd zijn.

De verzoekende partij betwist die dubbele beperking: volgens haar heeft die tot gevolg dat de kleine partijen van het voordeel van de financiering worden uitgesloten.

4.2. Die voorwaarden lijken niet van die aard te zijn dat zij een miskenning van het gelijkheidsbeginsel inhouden.

De wetgever vermag de financiering van de politieke partijen afhankelijk te stellen van het bewijs van een zekere representativiteit. Door de politieke partijen te financieren op grond van de jongste verkiezingsuitslagen, hanteert hij een

objectief criterium. De verschillen in de steun van de kant van de kiezers verantwoorden de verschillen in behandeling tussen de politieke partijen.

Indien de deelneming aan de verkiezingen terecht als een vereiste kan worden opgelegd om in aanmerking te komen voor financiering, dan kan de wetgever geldig oordelen dat die deelneming daarentegen niet voldoende is voor het verkrijgen van een financiering.

De centrale rol van het nationale Parlement in onze rechtsorde kan de wetgever ertoe brengen financiële steun toe te kennen aan die partijen die in de twee nationale vergaderingen vertegenwoordigd zijn door ten minste een rechtstreeks verkozen parlements lid. Die beperking kan niet worden beschouwd als overdreven in het raam van het Belgisch kiesstelsel, dat gegrond is op de evenredige vertegenwoordiging en een mechanisme van apparentering bevat.

Overigens moet worden opgemerkt dat aan die partijen specifieke verplichtingen worden opgelegd met betrekking tot de openheid en de transparantie van hun boekhouding; zij kunnen het voordeel van de financiering verliezen indien zij de in de wet vastgestelde regels met betrekking tot de verkiezingsuitgaven niet in acht nemen.

Ten slotte leidt de bestreden wet evenmin tot een statu quo, zoals de verzoekende partij beweert. Na elke wetgevend-verkiezing moet immers eventueel worden overgegaan tot een aanpassing aan de nieuwe machtsverhoudingen.

5. In die omstandigheden, kan de beperking tot alleen die partijen die in beide Kamers door ten minste één rechtstreeks verkozen parlements lid vertegenwoordigd zijn, beschouwd worden als evenredig aan het nagestreefde doel.

Het eerste, tweede en vierde middel zijn niet gegrond.

Betreffende het derde middel

1. Volgens het derde middel schendt de wet artikel 6 van de Grondwet, omdat zij een «Controlecommissie» instelt, die is samengesteld uit leden van de traditionele, in het Parlement vertegenwoordigde partijen «die uitsluitend beschikken over alle bevoegdheden voor de uitvoering van de wet en de controle van haar bepalingen».

Het middel doet bovendien gelden dat artikel 14, § 2, van de wet uitsluitend aan de Controlecommissie de mogelijkheid geeft om de misdrijven die in het kader van de toepassing van de wet worden begaan, te laten vervolgen: «Zowel de kiezer als de benadeelde kandidaat of de ideologische minderheid die het onderwerp is van een discriminatie worden aldus ontdaan van een recht dat formeel door het Kieswetboek is gewaarborgd».

2. Naar luid van artikel 1, 4°, van de wet van 4 juli 1989 is de Controlecommissie «paritair samengesteld uit leden van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en van de Senaat, onder het voorzitterschap van de voorzitters van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en van de Senaat».

De Controlecommissie heeft wezenlijk als opdracht:

a) op tegenspraak uitspraak doen over de juistheid en de volledigheid van de verslagen van de voorzitters van de hoofdbureaus, na onderzoek van die verslagen en de opmerkingen van de kandidaten en de kiezers;

b) een eindverslag opstellen dat onder meer de inbreuken op de artikelen 2 en 5 van de wet vermeldt.

De verzoekende partij voert aan dat die Commissie, die uitsluitend uit leden van de in het Parlement vertegenwoor-

digde partijen is samengesteld, niet voldoende waarborgen van onpartijdigheid biedt.

3. De beslissing van de Controlecommissie en haar eindverslag kunnen tot twee soorten sancties leiden:

1) het verlies voor een politieke partij (in het Parlement vertegenwoordigd door ten minste één rechtstreeks verkozen in de Kamer en in de Senaat), van het recht op de in artikel 15 bepaalde dotatie gedurende vier kwartalen;

2) de strafsancities voorgeschreven bij artikel 14, § 1, van de bestreden wet.

De eerste van die sancties — tijdelijk verlies van de financiering — kan enkel door de Kamer van Volksvertegenwoordigers of de Senaat worden opgelegd, vermits zij de financiering toekennen; het is niet strijdig met het gelijkheidsbeginsel dat een commissie, die de emanatie van die instellingen is, wordt belast met het doen naleven van de bij wet vastgestelde financieringsvoorwaarden.

Wat betreft de in artikel 14, § 1, van de wet van 4 juli 1989 bedoelde strafsancities, komt het uitsluitend aan de strafrechtbanken toe die toe te passen.

De beweerd discriminatie zou slechts kunnen worden aangehouden indien de strafrechter gebonden zou zijn door de inhoud van het eindverslag van de Controlecommissie.

Het Hof stelt vast dat de rechter noodzakelijkerwijze alle vrijheid behoudt om de constitutieve elementen van de in artikel 14, § 1, bedoelde inbreuk te beoordelen: de bepalingen van de artikelen 12 en 14, § 1, van de wet van 4 juli 1989 schenden de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet niet.

4. Artikel 14, § 2, stelt elke vervolging in geval van inbreuk op het Strafwetboek begaan in het kader van de toepassing van deze wet, afhankelijk van een klacht van de Controlecommissie.

Die afwijkende regeling, die elke vervolging afhankelijk stelt van een klacht van de Controlecommissie, belet zowel het openbaar ministerie als benadeelde personen, waaronder de verzoekende partij, de strafvordering op gang te brengen overeenkomstig de regels vastgelegd in het Wetboek van Strafvordering en schendt bijgevolg de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie. Voor die discriminatie bestaat immers geen objectieve en redelijke verantwoording met betrekking tot het door de wet nagestreefde doel.

Ten aanzien van het vijfde middel

1. Het vijfde middel betwist de overeenstemming met de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet van artikel 27 van de bestreden wet dat de door de wet van 1 augustus 1985 aan de ideologische minderheden opgelegde discriminatie verergert en versterkt, een discriminatie die door artikel 71, § 1, 4°, i, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen wordt geïnstitutionaliseerd.

2. Artikel 27 van de bestreden wet bepaalt:

«§ 1. Artikel 71, § 1, 4°, i, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, ingevoegd door de wet van 1 augustus 1985, wordt aangevuld met de volgende bepaling: 'De betrokken instelling legt jaarlijks ter inzage op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg van het arrondissement waar de zetel van de instelling gevestigd is, een document neer houdende weergave van het totaalbedrag van de ontvangen giften'.

«2. In artikel 71, § 2, derde lid, van hetzelfde wetboek, gewijzigd bij de wet van 2 juli 1981 en de wet van 1 augustus

1985, worden de woorden 'twee miljoen' vervangen door de woorden 'driehonderdvijftig duizend'.

3. Die bepaling bevat niet de discriminatie die door de verzoekende partij wordt aangevoerd. De erkenning als politieke partij die, via een instelling die financiële steun verleent, giften kan ontvangen die van het netto belastbaar inkomen aftrekbaar zijn, is door de wet van 1 augustus 1985 afhankelijk gesteld van de aanwezigheid van vijf parlementsleden in een of beide Kamers samen. Dat vereiste kan in het kader van het huidige beroep niet door het Hof worden getoetst, want het is vervat in de wet van 1 augustus 1985, die in het Belgisch Staatsblad van 6 augustus 1985 is bekendgemaakt. De termijn van zes maanden vanaf de bekendmaking van de bestreden wet, voorgeschreven bij artikel 3, § 1, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, is dus reeds lang verstreken.

Om die redenen, vernietigt artikel 14, § 2, van de wet van 4 juli 1989 betreffende de beperking en de controle van de verkiezingsuitgaven, de financiering en de open boekhouding van de politieke partijen; verwerpt het beroep voor het overige.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 15 OKTOBER 1990

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Arbeidsongeval — Vergoedingen — Prothesen en orthopedische toestellen — Begrip

Voor de toepassing van de bepalingen van de Arbeidsongevallenwet hebben de begrippen prothesen en orthopedische toestellen de betekenis van kunst- en hulpmiddelen die een valide persoon niet behoeft en die als gevolg van het ongeval nodig zijn om aangetaste of verzwakte lichaamsdelen te steunen of te vervangen dan wel het gebruik of de functies ervan te bevorderen.

N.V. R.B. t/ S.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

Aan de orde is de vraag wat moet worden verstaan onder prothese in de zin van artikel 28 van de Arbeidsongevallenwet.

In mijn conclusie bij het arrest van 18 maart 1985¹ heb ik gewezen op de verschillende betekenissen welke aan die term worden gegeven. Weliswaar gaat het in die zaak over artikel 26, dat de getroffen recht geeft op de herstellings- en vervangingskosten van de prothesen, terwijl artikel 28 het recht op de prothesen zelf regelt. Maar in beide bepalingen heeft deze term vanzelfsprekend dezelfde betekenis.

Eiseres neemt aan dat prothese in de Arbeidsongevallenwet een ruime betekenis heeft.

In de door haar voorgestelde omschrijving vinden wij de essentie terug van hetgeen het Sociaalrechtelijk Woorden-

boek, naar Nederlands voorbeeld², onder «kunst- en hulpmiddelen» verstaat, m.n. «voorwerpen bestemd om het gebruik van menselijke organen welke verzwakt zijn te bevorderen, of ledematen te steunen of te vervangen». Hoofdzakelijk voegt zij er de beperking aan toe dat het moet gaan om vervanging, steun of verbetering van het lichaamsdeel «in zijn onmiddellijke functie, die gemeenschappelijk is voor alle mensen.» Hiermee wil zij aantonen dat de voorwerpen die het arbeidshof als prothese in aanmerking neemt, daaronder niet vallen, omdat het ofwel om behandelings toestellen ofwel om gebruiksvoorwerpen of de aanpassing ervan gaat.

Behandelings toestellen noemt eiseres de rugsteun en de standingtoestellen, omdat «het gebruik ervan bestemd is tot het in stand houden van een onaangetaste lichaamsfunctie». Gebruiksvoorwerp is de auto.

Het arbeidshof stelt vast dat de rugsteun noodzakelijk is «voor de noodzakelijk uit te voeren buikspieroefeningen» en deze oefeningen «onontbeerlijk (zijn) voor de instandhouding van de urine- en ontlastingsfunctie».

Uit deze vaststellingen blijkt dat het arbeidsongeval het normaal functioneren van bepaalde organen onmogelijk heeft gemaakt, althans bemoeilijkt, en dat de rugsteun dat functioneren helpt verbeteren. Weliswaar is het geen rechtstreeks hulpmiddel, maar toch een onmisbaar; want het toestel is noodzakelijk voor de oefeningen en de oefeningen zijn onontbeerlijk voor de instandhouding van de functies.

Weliswaar zijn de buikspieren niet aangetast, maar het functioneren van de urine- en ontlastingsfunctie is dat wel. Indirect is de rugsteun niettemin onontbeerlijk volgens het arrest voor het normaal functioneren van die organen. In dat functioneren zijn deze dus wel aangetast of verzwakt.

Dan is er ook geen reden om het toestel niet als hulpmiddel in de hiervoor omschreven zin aan te merken. Dat het slechts indirect functieverbeterend is, doet daaraan niets af. De door eiseres voorgestelde beperking dat het moet gaan om verbetering van een lichaamsdeel «in zijn onmiddellijke functie» behoort niet tot de wezenlijke inhoud van het begrip «hulpmiddel».

De standingtoestellen zijn, volgens het arbeidshof, noodzakelijk «tot instandhouding, zoveel als mogelijk, van de normale functie van armen en romp.»

Hier is geen sprake van indirecte werking. Zonder die toestellen kunnen armen en romp niet normaal functioneren, althans niet normaal blijven functioneren. Ook al zijn de betrokken lichaamsdelen misschien niet als zodanig aangetast, het functioneren ervan is door het arbeidsongeval ten minste toch aangetast of verzwakt.

De vergelijking kan worden gemaakt met de bril en het hoorapparaat. Het oog of oor als zodanig is niet aangetast, maar het functioneren ervan is verzwakt. In de toelichting bij het middel neemt eiseres aan dat de bril een prothese is, omdat het een kunstmiddel is «bestemd om de verzwakte ogen te verbeteren teneinde optimaal te kunnen zien, zoals een ieder kan.» De standingtoestellen dragen ertoe bij het functioneren van de weliswaar niet verminkte armen en romp te verbeteren teneinde de getroffen in de mogelijk-

¹ AR 4665 (A.C., 1984-85, nr. 435).

² Zie mijn conclusie van 18 maart 1985, *op. cit.*, blz. 985.

heid te stellen deze lichaamsdelen enigermate te kunnen gebruiken zoals validen dat kunnen.

Kunst- en hulpmiddelen zijn ook de voorwerpen die het gebruik bevorderen van lichaamsdelen die weliswaar als zodanig niet aangetast zijn, maar die niet normaal functioneren en in die zin als verzwakt of zelfs aangetast kunnen worden aangemerkt.

Als functieverbeterend hulpmiddel vallen de standing-toestellen onder het ruime begrip «prothese».

De aanpassing van de auto ten slotte is volgens eiseres geen hulpmiddel, omdat de auto een gebruiksvoorwerp is en de aanpassing ervan «er niet toe strekt een lichaamsdeel te vervangen of een verzwakt of aangetast lichaamsdeel te steunen of te verbeteren in zijn onmiddellijke functie die gemeenschappelijk is aan alle mensen». Als gemeenschappelijke functie noemt het middel de mogelijkheid te gaan; en de toelichting voegt er nog het staan aan toe.

Eiseres neemt wel aan dat de rolstoel een kunstmiddel is «bestemd om de geamputeerde of verlamde benen te vervangen teneinde hun onmiddellijke en aan een ieder gemeene functie, met name staan of gaan, te herstellen»; de rolstoel biedt de minder-valide de mogelijkheid «zoals de benen dit voor een valide persoon toelaten, zich overal te begeven, te staan, te keren, enz., zowel binnens- als buitenshuis.»

Terecht maakt eiseres de vergelijking tussen de auto en de rolstoel. Beide verruimen de bewegingsvrijheid van de mens. De auto maakt het mogelijk langere afstanden af te leggen dan de mens normaal te voet kan afleggen. Maar de gesofistikeerde rolstoel kan dat ook, hoewel natuurlijk in mindere mate. Hij kan ten minste afstanden overbruggen waarvoor de valide eventueel de fiets zal gebruiken. De minder-valide met geamputeerde of verlamde benen kan niet fietsen. Zijn rolstoel zal de fiets vervangen; dan neemt de rolstoel de functie van de benen over, niet om te gaan, maar om te trappen.

Naar gelang van de handicap zal de minder-valide echter de fiets wel kunnen gebruiken. Maar dan moet deze worden aangepast, inzonderheid door de pedalen te vervangen door een motor. Ook in dat geval neemt de motor een functie van de benen over; en dat is niet de mogelijkheid om te gaan, maar om te duwen. De aanpassing van de auto beoogt precies hetzelfde; het duwen op gas-, rem- en koppelingspedaal vervangen door automatische versnelling en handbewegingen.

Neemt de rolstoel de gaan- en staanfunctie van de benen over, dan biedt hij de minder-valide echter niet de mogelijkheid om zich overal te bewegen. Hij kan er bijvoorbeeld niet mee de trap op- en afdalen. Daarvoor is een ander, aangepast toestel nodig.

Uit de vergelijking tussen de auto en de rolstoel blijkt dat de benen nog andere functies hebben dan gaan en staan en dat voor elke functie een of meer onderling verschillende toestellen beschikbaar zijn of de aanpassing van door valide personen gebruikte toestellen of voorwerpen het mogelijk maken de daarvoor bestemde functie van de benen over te nemen.

Deze aanpassingen — o.m. die van de auto — zijn even goed hulpmiddelen als de speciaal voor de minder-valide ontworpen toestellen, zoals de rolstoel. Alleen de aanpassing en niet het aangepaste toestel zelf is evenwel hulpmid-

del, omdat de aanpassing de functie van de ledematen vervangt.

Aangezien de benen in het gewone leven niet alleen worden gebruikt om te staan of te gaan, is het niet relevant de hulpmiddelen te beperken tot die welke dienen tot vervanging van aan alle mensen gemeenschappelijke functies.

Zonder schending van enige wetsbepaling kan het arbeidshof ook de aanpassing van de auto als prothese in de zin van de Arbeidsongevallenwet aanmerken.

Het middel faalt.

Conclusie: verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 7 december 1989 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

Over het middel: schending van artikel 28, inzonderheid het tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, inzonderheid van het bij deze bepaling bedoelde wettelijk begrip «prothese» (artikel 28 als van kracht na de wijziging bij de wet van 24 december 1976), en voor zoveel nodig van artikel 35 van het koninklijk besluit van 21 december 1971 houdende uitvoering van sommige bepalingen van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, als vervangen bij koninklijk besluit van 30 december 1987 en van kracht vanaf 1 januari 1988,

doordat het arbeidshof, door bevestiging van de beslissing van de eerste rechter, de rugsteun voor de noodzakelijk uit te voeren buikspieroefeningen, de standingtoestellen tot instandhouding van de normale functie van armen en romp, en de aanpassingen in de auto tot herstel in bepaalde mate van de verplaatsingsmogelijkheden van de getroffene, als prothesen in de ruimere zin opvat waarvan de bekostiging ten laste van de verzekeraar wordt gelegd, op de volgende gronden:

«Overeenkomstig artikel 28 van de Arbeidsongevallenwet heeft de getroffene recht, onder de voorwaarden bepaald door de Koning, op de prothesen en orthopedische toestellen die ten gevolge van het ongeval nodig zijn. Overeenkomstig artikel 35 van het koninklijk besluit van 21 december 1971 houdende uitvoering van sommige bepalingen van de Arbeidsongevallenwet, worden als prothese of orthopedisch toestel aangemerkt: de eigenlijke prothese of het eigenlijk orthopedisch toestel en alle functionele bijhorigheden. Te dezen merkt (verweerder) terecht op dat het bekostigen van de prothesen en orthopedische toestellen niet afhankelijk kan worden gesteld van de voorwaarde dat het gebruik ervan de arbeidsongeschiktheid doet verminderen. De vraag is echter of deze toestellen, wegens het ongeval, nodig zijn»; de rugsteun en de standigtoestellen komen noodzakelijk voor: «de rugsteun voor de noodzakelijk uit te voeren buikspieroefeningen — onafhankelijk van elke behandeling daar ze onontbeerlijk zijn voor de instandhouding van de urine- en ontlastingsfunctie, en de standingtoestellen, tot instandhouding, zoveel mogelijk, van de normale functie van armen en romp. De aanpassingen van de auto, nl. aanpassing met automatische gangwissel, de manuele bediening voor gas geven en remmen, veiligheidsharnas, versterkte buitenbekleding, opvulling van de holte in de bodem, aanpassing inzake verschuiving van de rechter voorzetel en verwijdering van de opbergruimte tussen de voorste stoelen, stellen de getroffene in staat zich, zij het met grote inspanning, zelfberedde-

rend te verplaatsen, verder dan in de onmiddellijke omgeving van zijn woning. Deze aanpassingen bevorderen derhalve eveneens de functie van de getroffene wat betreft het gaan of het zich verplaatsen, en een dergelijke verplaatsing kan ten huidige dage en gelet op de standing van de getroffene niet als een luxe worden beschouwd. De aanpassingen in de auto, (en niet de auto zelf), zijn technische hulpmiddelen tot herstel in beperkte mate van de verplaatsingsmogelijkheden van de getroffene. Deze technische hulpmiddelen kunnen derhalve als een prothese in de ruime zin worden toegekend».

terwijl, overeenkomstig artikel 28, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, als van kracht na de wijziging bij de wet van 24 december 1976, de kosten voor prothesen en orthopedische toestellen waarvan het gebruik als noodzakelijk is erkend, tot de datum van homologatie van de overeenkomst of de bij artikel 24 bedoelde beslissing, ten laste van de verzekeraar vallen; overeenkomstig artikel 35 van het koninklijk besluit van 21 december 1971 houdende uitvoering van sommige bepalingen van de Arbeidsongevallenwet, als vervangen bij koninklijk besluit van 30 december 1987, met uitwerking op 1 januari 1988, als prothese of orthopedisch toestel worden aangemerkt: 1° de eigenlijke prothese of het eigenlijk orthopedisch toestel; 2° alle functionele bijhorigheden; 3° het reservetoestel, naar gelang van de aard van de letsels; als prothese in de zin van de Arbeidsongevallenwet moeten worden opgevat, zoals door eiseres aangevoerd bij conclusie, de kunstleden en kunstmiddelen, dat wil zeggen voorwerpen binnen of buiten het lichaam, die bestemd zijn om een anatomisch deel van het lichaam, lidmaat of ander lichaamsdeel, te vervangen of een verzwakt of aangetast lichaamsdeel te steunen of te verbeteren in zijn onmiddellijke functie, die gemeenschappelijk is voor alle mensen; derhalve niet als prothese kunnen worden opgevat de aanpassingen van gebruiksvoorwerpen waardoor het gebruik ervan door de minder-valide mogelijk wordt, of deze aangepaste gebruiksvoorwerpen zelf; de aanpassing van een auto, waardoor voor een minder-valide persoon het mogelijk wordt zich te verplaatsen middels dit voertuig, niet als een prothese kan worden opgevat, nu de aanpassing van het voertuig ertoe strekt het binnen de gebruiksmogelijkheden van de minder-valide te brengen, doch er niet toe strekt een lichaamsdeel te vervangen of een verzwakt of aangetast lichaamsdeel te steunen of te verbeteren in zijn onmiddellijke functie die gemeenschappelijk is aan alle mensen; de mogelijkheid te gaan, gemeenschappelijk aan alle mensen, niet wordt hersteld noch aangepast door het ter beschikking stellen of hebben van een aangepast autovoertuig; een autovoertuig evenmin voor de valide ertoe strekt te «gaan», doch zich motorisch al rijdend te verplaatsen, en derhalve een gebruiksvoorwerp uitmaakt; evenmin als prothese kunnen worden opgevat toestellen of voorwerpen waarvan het gebruik bestemd is tot het in stand houden van een onaangestaste lichaamsfunctie; derhalve niet als prothese kan worden opgevat de rugsteun, die noodzakelijk is voor het uitvoeren van buikspieroefeningen, waarvan wordt vastgesteld dat zij onontbeerlijk zijn voor de instandhouding van bepaalde lichaamsfuncties, of de standingtoestellen waarvan het gebruik eveneens slechts het in stand houden van bepaalde lichaamsfuncties beoogt; dergelijke toestellen door hun gebruik slechts strekken tot het in stand houden van bepaalde lichaamsfuncties, en derhalve behandelings toestellen uitma-

ken, veeleer dan prothesen; het arbeidshof derhalve niet zonder miskennis van de in het middel vermelde wetsbepalingen kan oordelen dat de rugsteun, standingtoestellen en aanpassing van het autovoertuig prothesen waren in de zin van de Arbeidsongevallenwet:

Overwegende dat het arrest beslist dat, met toepassing van de Arbeidsongevallenwet, eiser recht heeft op de volgende prothesen: 1. een rugsteun voor de noodzakelijk uit te voeren buikspieroefeningen die onontbeerlijk zijn voor de instandhouding van de urine- en ontlastingsfunctie; 2. standingtoestellen, tot instandhouding, zoveel mogelijk, van de normale functie van de armen en de romp; 3. de aanpassingen van de auto van eiser, die de functies van eiser bevorderen wat betreft het gaan of het zich verplaatsen;

Overwegende dat, luidens artikel 28 van de Arbeidsongevallenwet, de getroffene recht heeft, onder de voorwaarden bepaald door de Koning, op de prothesen en orthopedische toestellen die ingevolge het ongeval nodig zijn;

Dat artikel 35 van het koninklijk besluit van 21 december 1971 houdende uitvoering van sommige bepalingen van de Arbeidsongevallenwet bepaalt dat als prothese of orthopedisch toestel worden aangezien: «1° de eigenlijke prothese of het eigenlijke orthopedisch toestel; 2° alle functionele bijhorigheden; 3° (...)»;

Overwegende dat voor de toepassing van die bepalingen, prothesen en orthopedische toestellen de betekenis hebben van «kunst- en hulpmiddelen» die een valide persoon niet behoeft en die als gevolg van het ongeval nodig zijn om aangetaste of verzwakte lichaamsdelen te steunen of te vervangen dan wel het gebruik of de functies ervan te bevorderen;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de litigieuze rugsteun en standingtoestellen noodzakelijk zijn voor de instandhouding van de lichaamsfuncties die het vermeldt en dat de aanpassingen aan verweerders auto in beperkte mate de verplaatsingsmogelijkheden van de getroffene herstellen;

Dat het aldus de beslissing dat die steun, toestellen en aanpassingen prothesen zijn in de zin van de Arbeidsongevallenwet, naar recht verantwoordt;

...

NOOT – Het in deze zaak op 9 mei 1988 gewezen vonnis van de Arbeidsrechtbank te Gent, bevestigd bij arrest van het Arbeidshof te Gent van 7 december 1989, is gepubliceerd in *R.W.*, 1989-90, 962.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 22 OKTOBER 1990

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Simont

Werkloosheid – Controle – Gedeeltelijke werkloosheid – Slecht weder – Normale arbeidshervatting – Controlekaart – Bewijs gedeeltelijke werkloosheid – Voorafgaande schrapping

De werknemer die, na een periode van gedeeltelijke werkloosheid wegens slecht weder, het werk ter uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst normaal heeft hervat, hoeft op zijn bewijs van gedeeltelijke werkloosheid dat als controlekaart geldt, de vakjes niet te schrappen die overeenstemmen met de arbeidsdagen na de dag waarop hij het werk heeft hervat.

R.V.A. t/ L.

Gelet op de bestreden arresten, op 10 maart 1987 en 8 november 1988 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over de twee middelen samen,

...

Overwegende dat de middelen berusten op de stelling dat de werknemer die gedeeltelijk werkloos is geworden, met toepassing van artikel 153, § 4, eerste lid, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, verplicht is om, wanneer hij het werk normaal heeft hervat, op het bewijs van gedeeltelijke werkloosheid voor de lopende maand elk vakje dat met zijn activiteitsdagen overeenstemt te schrappen;

Overwegende dat voornoemd artikel 153, § 4, uitdrukkelijk bepaalt dat het toepasselijk is op de «werkloze» en bijgevolg, in geval van gedeeltelijke werkloosheid, zoals te dezen, op de werknemer die, volgens de omschrijving van artikel 131, § 1, derde lid, met een werkgever door een arbeidsovereenkomst verbonden blijft maar wiens arbeidsprestaties tijdelijk verminderd of geschorst zijn;

Dat daaruit volgt dat die bepaling niet van toepassing is wanneer het werk ter uitvoering van die overeenkomst normaal is hervat, aangezien de werknemer vanaf dat ogenblik geen gedeeltelijke werkloze meer is;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 12 NOVEMBER 1990

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. De Gryse

Burgerlijke rechtspleging – Bewijs – Deskundigenonderzoek – Vordering op eenzijdig verzoekschrift – Geldigheid

Een deskundigenopdracht gegeven door de vrederechter op grond van de artt. 594, 1°, 1025 e.v. Ger. W., is geldig in zoverre ze materiële vaststellingen tot voorwerp heeft, niettegenstaande dezelfde opdracht nietig is wat de oorzaak en de omvang van de schade betreft.

C. t/ B.

Gelet op het bestreden vonnis, op 24 maart 1989 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk;

...

Over het tweede onderdeel van het middel: schending van de artikelen 1317, 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek en 594, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het vonnis het hoger beroep van de eisers ongegrond verklaart en het vonnis van de eerste rechter bevestigt, derhalve het door verweerder aangetekend derdenverzet (tegen de beschikking van de Vrederechter van Harelbeke van 9 september 1985 waarbij op eenzijdig verzoekschrift van de eisers met toepassing van artikel 594, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek een deskundige werd aangesteld m.b.t. huurschadeposten) ontvankelijk en gegrond verklaart en de genoemde beschikking van 9 september 1985 nietig verklaart, zegt dat deze vernietiging geldt ten aanzien van alle in het geding betrokken partijen en voor zoveel nodig zegt dat de vordering door de eisers ingesteld bij verzoekschrift van 2 september 1985, als onontvankelijk had dienen te worden afgewezen op grond van de volgende overwegingen: «Het petitum van het inleidend verzoekschrift (dat leidde tot de genoemde beschikking van de vrederechter te Harelbeke van 9 september 1985) – waarin expressis verbis wordt verwezen naar artikel 594, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek – is echter dermate geformuleerd dat in tegenstelling tot wat artikel 594, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek toelaat, gevraagd wordt de aanstelling van een deskundige met als opdracht te zeggen of er huurschade is en zo ja die huurschade te beschrijven en te ramen (= oorzaak en omvang van de schade). De vrederechter had aldus van meetaf aan de vordering wegens schending van artikel 594, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek onontvankelijk moeten verklaren en dit is hetgeen in het bestreden vonnis wordt gezegd. Daar de vordering of verzoekschrift zelf onontvankelijk is, kan daarop – in strijd met hetgeen eisers beweren – ook geen gedeeltelijk geldige beschikking volgen. Het hoofdberoep is derhalve ongegrond»;

...

Overwegende dat de eisers in hun eenzijdig verzoekschrift uiteenzetten dat «ter zake dringende 'vaststellingen' nodig zijn om de huidige toestand (in verband met huurschade) vast te leggen» en de vrederechter vorderden, met toepassing van artikel 594, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek, een deskundige aan te stellen met opdracht «te zeggen of er huurschade is en zo ja, deze huurschade te beschrijven» en verder de huurschade te ramen en de duurtijd en de kostprijs van de herstellingen te bepalen; dat aldus blijkt dat de eisers ook «materiële vaststellingen» in verband met de schade in een huurwoning vorderden;

Overwegende dat de vrederechter die krachtens artikel 594, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek, uitspraak doet op een verzoekschrift als bedoeld in artikel 1025 van dat wetboek, nu een dergelijk verzoekschrift slechts eenzijdig is, de deskundige enkel mag belasten met materiële vaststellingen, maar geen adviezen mag vragen omtrent de oorzaak en de omvang van de schade;

Dat een deskundigenopdracht gegeven door de vrederechter op grond van de artikelen 594, 1°, 1025 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek, geldig is in zoverre ze materiële vaststellingen tot voorwerp heeft, niettegenstaande dezelfde opdracht nietig is wat de oorzaak en de omvang van de schade betreft;

Dat het onderdeel gegrond is;

...

NOOT – Zie Vanderper, K., «De vordering tot aanstelling van een deskundige», in *IUS* 8, Expertise, 1987, (31), 37-42; vgl. Rb. Antwerpen, 9 maart 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 579.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 17 JANUARI 1991

Voorzitter: de h. Vandeplas

Raadsheren: de hh. Luyckx en Renaers (rapporteur)

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Robben, Fissette, Corthouts en Geyskens

1. Wetten, decreten en besluiten – Overgangsrecht – Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Ouders – Minderjarigheid – Wet van 19 januari 1990 – 2. Prejudicieel geschil – Arbeidsongeval

1. Tenzij de wetgever er anders over heeft beslist, wordt de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de ouders voor de delictuele of de quasi-delictuele schade aangericht door hun minderjarige kinderen, bepaald door de wet die gelding heeft op de dag dat deze schade ontstaat, daar deze aansprakelijkheid door de wetgever in art. 1384, vierde lid, B.W. wordt vastgelegd en de beslissing van de rechter dienaangaande slechts een declaratoir karakter heeft.

De wet van 19 januari 1990, die in werking is getreden na het plegen van de schadeverwekkende feiten, bevat geen bepalingen met retroactieve uitwerking zodat aan de bestaande juridische toestand niet wordt getornd.

Deze wet, die de burgerlijke meerderjarigheid verlaagt, heeft derhalve geen invloed op het herstel van de schade veroorzaakt vóór haar inwerkingtreding door kinderen beneden de leeftijd van 21 jaar en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de ouders op grond van art. 1384, vierde lid, B.W. blijft ongewijzigd.

2. De betwisting over het feit of een ongeval al of niet een arbeidsongeval uitmaakt, is een prejudicieel geschil dat luidens art. 8 van de wet van 7 juli 1978, nl. art. 74, tweede lid, van de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, dient te worden beslecht door het arbeidsgerecht.

T. t/ L. e.a.

Wat de vordering van de burgerlijke partijen tegen Julien T. en Paula M. als aansprakelijke ouders voor hun minderjarige zoon betreft

Overwegende dat Alain T., geboren op 26 februari 1970, nog minderjarig was op 11 juli 1988, de dag waarop de hem ten laste gelegde feiten werden gepleegd; dat zijn ouders derhalve overeenkomstig artikel 1384, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek, civielrechtelijk aansprakelijk waren voor hun minderjarige zoon;

Overwegende dat de wet van 19 januari 1990 tot verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid tot achttien jaar, inmiddels in werking is getreden op 1 mei 1990; dat aldus de vraag rijst of de ouders alsnog civielrechtelijk aansprakelijk zijn voor de schade aangericht door hun kinderen die minderjarig waren volgens de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek zoals deze gelding hadden op het ogenblik van de schadeverwekkende feiten, maar die meerderjarig waren volgens de huidige normen;

Overwegende dat, tenzij de wetgever er anders over heeft beslist, de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de ouders voor de delictuele of de quasi-delictuele schade aangericht door hun minderjarige kinderen, wordt bepaald door de wet die gelding heeft op de dag dat deze schade ontstaat, daar deze aansprakelijkheid door de wetgever in artikel 1384, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek wordt vastgelegd en de beslissing van de rechter dienaangaande slechts een declaratoir karakter heeft;

Overwegende dat de wet van 19 januari 1990, die in werking is getreden na het plegen van de schadeverwekkende feiten, geen bepalingen met retroactieve uitwerking bevat zodat aan de bestaande juridische toestand niet wordt getornd; dat deze wet, die de burgerlijke meerderjarigheid verlaagt, derhalve geen invloed heeft op het herstel van de schade veroorzaakt voor haar inwerkingtreding door kinderen beneden de leeftijd van 21 jaar en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de ouders op grond van artikel 1384, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek, ongewijzigd blijft;

...
NOOT – Zie P. Roubier, *Le droit transitoire*, 2e ed., p. 188; Couchez, «La fixation à dix-huit ans de l'âge de la majorité», *J.C.P.*, 1975, I, 2684; Massip, «L'abaissement de l'âge de la majorité et ses conséquences», *Defrénois*, 1975; Cass. fr., 18 juni 1975, *Gaz.Pal.*, 1975, 2, 661.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

18 SEPTEMBER 1989

Voorzitter: de h. Vandenorpe

Advocaten: mrs. Schuyesmans en Oppalfens

Verjaring – Reeds verkregen verjaring – Afstand

Van de bevrijdende verjaring die is ingesteld door art. 102 van de wet van 8 juli 1976 op het O.C.M.W. kan afstand worden gedaan, hetzij stilzwijgend, hetzij uitdrukkelijk.

De omstandigheid dat de schuldenaar aan de schuldeiser gevraagd heeft in termijnen te mogen afbetalen, wijst op een stilzwijgende afstand van de verjaring.

O.C.M.W. Oostende t/ S.

Uit de door eiseres overgelegde stukken blijkt dat zij op 8 april 1981 verweerster aangetekend in gebreke heeft gesteld om een bedrag van 67.942 frank terug te betalen, zijnde 15.593 frank als uitbetaald bestaansminimum en 52.349 frank als verschaft aanvullende financiële hulp in de periode van 1 december 1978 tot 31 december 1980. Het motief hiervan was dat verweerster in de betrokken periode een verhoogd pensioen had ontvangen.

Op grond van artikel 102 van de wet van 8 juli 1976 op het O.C.M.W. verjaart de vordering tot terugbetaling overeenkomstig artikel 2277 B.W. Het komt erop neer dat de verjaringstermijn vijf jaar bedraagt en dat die termijn begint te lopen vanaf de datum van verstrekking van hulp.

Van die bevrijdende verjaring kan evenwel worden afstand gedaan, hetzij stilzwijgend, hetzij uitdrukkelijk.

De omstandigheid dat verweerster zelf aan eiseres heeft gevraagd om met maandelijkse afkortingen (1.000 frank) te mogen afbetalen wijst op een stilzwijgende afstand van de verjaring (De Page, VII, 2, blz. 1130 e.v.; R.P.D.B., V° «Prescription en matière civile», nrs. 332-338).

Gelet op het voorafgaande is de vordering van eiseres gegrond.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE VEURNE

7 NOVEMBER 1990

Voorzitter : de h. Handschoewerker

Advocaten : mrs. Vandamme en Dobbelaere

Burgerlijke rechtspleging – Materiële bevoegdheid – Akkoord tussen partijen – Verwijzing

Wanneer de partijen in het geding akkoord gaan om de zaak te verwijzen naar de rechter die zij als materieel bevoegd aanwijzen, verwijst de rechtbank waarbij de zaak is ingeleid, de zaak naar die rechter.

N.V. V. t/ T.

Overwegende dat partijen ter zitting een nota neerleggen waarbij zij akkoord gaan dat de zaak verwezen wordt naar de Arbeidsrechtbank te Veurne.

Om die redenen, geeft akte van het akkoord tussen partijen ; verwijst de zaak naar de Arbeidsrechtbank te Veurne, met toepassing van art. 661 Ger.W.

NOOT – Dergelijke beslissingen, waarbij de rechter naar een door de partijen aangewezen rechter verwijst, komen meer voor.

Weliswaar bepaalt artikel 1043, eerste lid, van het Gerrechtelijk Wetboek dat «de partijen de rechter kunnen verzoeken akte te nemen van de overeenkomst die zij gesloten hebben», zoals de rechtbank het hier deed, doch dit geldt slechts ter oplossing van een geschil en niet voor de volstrekte bevoegdheid.

Over de volstrekte bevoegdheid wordt geen overeenkomst gesloten (Arrondrb. Brussel, 6 november 1972, J.T., 1973, 144).

De geadieerde rechter moet zelf, zelfs ambtshalve, zijn volstrekte bevoegdheid nagaan (Cass., 27 december 1900, Pas., 1901, I, 84, met conclusie Van Schoor ; Cass., 29 januari 1925, Pas., 1925, I, 122 ; Cass., 16 september 1948, Pas., 1948, I, 490). De volstrekte bevoegdheid is immers van openbare orde (zie o.m. Cass., 1 maart 1957, Pas., 1957, I, 786 ; Cass., 5 april 1962, Pas., 1962, I, 876 ; Cass., 25 januari 1963, Pas., 1963, I, 598).

In het onderhavige geval had de rechtbank, indien zij aan haar volstrekte bevoegdheid twijfelde, de zaak naar de arrondissementsrechtbank moeten verwijzen om over het middel van onbevoegdheid te beslissen (art. 640 Ger.W.). De arrondissementsrechtbank had dan moeten oordelen welke rechter bevoegd was voor een geschil tussen een verzekeraar en een zelfstandige nopens een privaatrechtelijke invaliditeitsverzekering.

Het lijkt weinig waarschijnlijk dat de arbeidsrechtbank bevoegd zou zijn verklaard.

Ingevolge het geannoteerde vonnis moet de arbeidsrechtbank noodgedwongen kennis nemen van het geschil (art. 660, tweede lid, Ger. W.).

J.P.

VREDEGERECHT TE SINT-NIKLAAS

1e KANTON 8 JANUARI 1990

Rechter : de h. Van Gysel

Advocaten : mrs Tollenbeeck loco Jegers, Pieters loco Due-rinck, en Van der Graesen

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Aansteller voor daden van aangestelde – Verhuring van graafmachine met arbeider

Als een onderneming een graafmachine samen met een werknemer tijdelijk ter beschikking stelt van een andere onderneming, is deze laatste op grond van art. 1384, derde lid, B.W. slechts aansprakelijk voor de schade door die werknemer aan een derde veroorzaakt, als de werkgever aan die onderneming in feite het gezag, de leiding en het toezicht op de werkzaamheden van de ter beschikking gestelde werknemer heeft overgedragen. Bovendien is nog vereist dat die ter beschikking gestelde werknemer zich akkoord heeft verklaard met die tijdelijke overdracht van het gezag en dat hij aanvaard heeft te werken onder het gezag van de onderneming waaraan hij ter beschikking is gesteld.

C.V. I. t/ Van M. en N.V. M.

1. Niet betwist wordt dat rond 9 juli 1986 Hector Van M. en de N.V. M. Bouwbedrijf een werk uitvoerden in de Breedstraat te Sint-Niklaas. Het wordt ook niet betwist dat op die dag een zekere Maurits B. werknemer van Van M., met een graafmachine, een kabel van de eiseres heeft door-gestoken. Evenmin wordt betwist dat rond die periode N.V. M. een arbeider met graafmachine van Van M. heeft gehuurd, waarvoor een factuur is opgesteld. Die factuur is het enige stuk dat door Van M. wordt voorgebracht ; ze is gedateerd 31 juli 1986 en vermeldt :

Huur van kraan met machinist, volgens bon nr. 1968	
32 u. à 1.100	35.200
+ verplaatsing	2.000
	37.200

Maurits B. ondertekent de aangifte van het schadegeval, en op de vraag wie zijn werkgever is, wordt door hem geantwoord dat dit Van M. is. Van M. wil echter de schade niet betalen en daarop heeft de eiseres, na een hele reeks aanmaningen, Van M. gedagvaard.

Ingevolge ons bevelschrift van 11 september 1989 werd de zaak overeenkomstig art. 750 Ger. W. vastgesteld voor de terechtzitting van 23 oktober 1989. Tegen die datum heeft Van M. de N.V. M. Bouwbedrijf tot tussenkomst en vrijwaring gedagvaard, want aldus Van M., op 9 juli 1986 handelde

B. in opdracht en voor rekening en onder toezicht van de N.V. M.

...

2. De N.V. M. werpt de onontvankelijkheid van de vordering tot tussenkomst en vrijwaring op, omdat Van M. de inschrijving in het handelsregister niet heeft vermeld.

In een aanvullende conclusie heeft Van M. dan die inschrijving wel vermeld, zodat er geen reden is om te concluderen tot de onontvankelijkheid van de vordering in tussenkomst (Cass., 4 maart 1943, *Pas.*, I, 1943, 84).

3. Om de vordering van de eiseres te bekampen, roept Van M. slechts één argument in, nl. dat M.B. op het ogenblik van het schadegeval niet in zijn dienst was, maar handelde in opdracht en voor rekening van de N.V. M.

De N.V. M. betwist dat B. op 9 juli 1986 in haar dienst zou hebben gehandeld.

Andere argumenten om de vordering van de eiseres te bekampen, worden noch door Van M. noch door N.V. M. ontwikkeld.

Hieruit kan dan ook besloten worden dat zowel Van M. als de N.V. M. hun aansprakelijkheid voor het ongeval aanvaarden, zo zou beslist worden dat B. op 9 juli 1986 in zijn (haar) dienst zou hebben gehandeld.

Subsidiar voegt de N.V. M. daaraan toe dat het schade cijfer haar niet kan worden tegengeworpen, omdat zij nooit is aangemaand de schade vast te stellen.

4. Na briefwisseling tussen de verzekeraar van Van M. en eiseres, schrijft de verzekeraar van Van M. op 27 februari 1987 dat de verantwoordelijkheid van het schadegeval berust bij N.V. M.

Het is natuurlijk dat eiseres op 2 maart 1987 antwoordt dat zij dat standpunt niet kan volgen en dat zij niet weet vanwaar de N.V. M. komt opdagen.

De verzekeraar van Van M. verduidelijkt daarop het standpunt: ten tijde van het schadegeval heeft de N.V. M., een *machine met arbeider* gehuurd van Van M.

Die gehuurde arbeider zou M.B. geweest zijn, d.w.z. de persoon die op 9 juli 1986 de hoogspanningskabel heeft doorgestoken.

Eiseres heeft daarop ook de N.V. M. aangemaand om de schade te regelen en zoals bekend, heeft dit tot geen resultaat geleid.

5. Beide verweerders doen geen enkele inspanning om ons in te lichten, wat er op 9 juli 1986 precies is gebeurd.

Het enige wat wij weten is dat Van M. en waarschijnlijk ook de N.V. M. een werk aan het uitvoeren waren en dat M.B., die als werknemer bij Van M. is ingeschreven, een kabel heeft doorgestoken.

Van M. beperkt er zich toe te stellen dat B. op dat ogenblik met machine gehuurd was door de N.V. M. (cf. de factuur) en dat derhalve niet hij maar N.V. M. de schade moet regelen.

6. De door Van M. voorgebrachte factuur bewijst echter niet dat het precies B. was die door N.V. M. was gehuurd.

De factuur vermeldt geen naam van een werknemer en door de N.V. M. wordt betwist dat B. op 9 juli 1986 in haar opdracht en voor haar rekening, onder haar leiding en toezicht handelde.

Indien dat toch zo geweest zou zijn, wist B. blijkbaar niet dat hij voor enkele dagen (32 uren) was gehuurd door de

N.V. M., want B. vult de aangifte van het schadegeval in en hij geeft zijn werkgever op, nl. Van M.

7. Ook indien aanvaard zou worden dat, toen B. op 9 juli 1986 met de machine de kabel doorstak, hij gehuurd was door de N.V. M. dan kan N.V. M. nog niet zo maar aansprakelijk gesteld worden (L. Cornelis, *Beginnelsen van het Belgisch buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, nr. 219, blz. 365).

Van M. zou alsdan nog moeten bewijzen dat hij in feite het gezag, leiding en toezicht op de werkzaamheden van B. aan de N.V. M. had overgedragen.

Bovendien moet dan nog blijken dat B. zich akkoord had verklaard met die tijdelijke overdracht, met name dat hij praktisch voor een beperkte duur arbeider werd van de N.V. M., zodat de N.V. M. hem de nodige directieven mocht geven, zoals een gewone werkgever dat kan aan zijn werknemers.

Tevens moet uit de feiten blijken dat de aangestelde zich bij dit gezag en toezicht zou hebben neergelegd (Cornelis, L., *o.c.*, blz. 365). In casu is van een dergelijke overdracht geen bewijs geleverd.

Bij gebreke van precisering denken wij dat Van M. en de N.V. M. bij het uitvoeren van het werk hebben vastgesteld dat bepaalde werkzaamheden dienden te worden uitgevoerd door de N.V. M., die daarvoor op dat ogenblik geen manschappen had en geen machines. Zij – de werkgevers – hebben dan een regeling getroffen, waarbij Van M. een arbeider met machine afstaat aan de N.V. M., tegen betaling.

De aldus getransfereerde werknemer, die toch verder door Van M. werd betaald, is van die transfer kennelijk niet ingelicht; het is dan ook niet bewezen dat B. heeft aanvaard onder leiding en toezicht te werken van de N.V. M.

In een goede arbeidsverhouding laat het zich raden dat B., om zijn werkgever Van M. ter wille te zijn, die overdracht zou hebben aanvaard.

Men had hem niettemin moeten inlichten, om zijn evident akkoord te krijgen; pas dan werkte hij op 9 juli 1986 in dienst en onder leiding en toezicht van de N.V. M.

Nu blijkt uit niets dat B. die leiding en toezicht had aanvaard.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 10 mei 1990

Burgerlijke rechtspleging – Uitvoerbaarverklaring – Buitenlands verstekvonnis – Art. 271, § 3, Grieks Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – Verenigbaar met de internationale openbare orde

Het bestreden arrest (Hof Bergen, 16 december 1987) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest de vordering tot uitvoerbaarverklaring van het op 14 september 1976 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Athene gewezen vonnis afwijst, op grond dat de rechter die bij verstek uitspraak doet, alle middelen die de niet verschijnende partij had kunnen voordragen, ambtshalve moet toepassen, dat dit beginsel de

openbare orde raakt, dat in artikel 271, § 3, van het Griekse Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging een totaal ander beginsel is neergelegd, en dat het vonnis waarvan de uitvoerbaarverklaring wordt gevorderd, alleen maar de regel ervan weergeeft; dat het arrest oordeelt dat, luidens voormeld artikel 271, 'de verweerder, wanneer hij verstek laat gaan, vermoed wordt akkoord te gaan met de beweringen van de eiser (en) dat aldus blijkt dat de beslissing waarvan de uitvoerbaarverklaring wordt gevorderd, gegrond is op een beginsel dat in strijd is met de openbare orde, in de zin van artikel 570, tweede lid, 2, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek';

«Overwegende dat, zoals blijkt uit de stukken die door de procureur-generaal bij het Hof in het geding zijn gebracht en waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren, artikel 271, § 3, van het Griekse Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging het volgende bepaalt: in geval van berechting bij verstek van de verweerder, worden de zakelijke beweringen van de eiser in verband met de burgerlijke rechtsvordering als erkend beschouwd, tenzij het gaat om feiten waarvoor de bekentenis niet is toegestaan, en de burgerlijke rechtsvordering wordt aangenomen wanneer zij naar recht gegrond wordt verklaard en door de rechter geen enkele exceptie ambtshalve wordt opgeworpen;

«Overwegende dat, gelet op de voorwaarden en het voorbehoud waarvan artikel 271, § 3, de toewijzing van de vordering, bij verstek van de verweerder, doet afhangen, de bepaling van dat artikel over de erkenning van de beweringen van de eiser niet in strijd is met de Belgische internationale openbare orde; dat het arrest, nu het de afwijzing van de vordering tot tenuitvoerlegging van eiseres op die strijdigheid doet steunen, artikel 570 van het Gerechtelijk Wetboek schendt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaten: mrs. Kirkpatrick en Van Ommeslaghe – In de zaak: Helleense Republiek t/ N.V. U.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 29 november 1990

Inkomstenbelastingen – Voorziening voor het hof van beroep – Nieuw bezwaar – Overtreding van de wet – Buiten de oorspronkelijke betwisting – Ontvankelijk

Het verzoek van verweerder tot kwijtschelding van verhogingen, dat voor het eerst voor het hof van beroep was ingediend, is door het bestreden arrest (Hof Luik, 8 maart 1989) ingewilligd. Eiser voert een schending van art. 278 W.I.B. aan op grond dat de in die bepaling bedoelde nieuwe bezwaren betrekking moeten hebben op de oorspronkelijke betwisting.

«Overwegende dat onder het stelsel van de wet van 16 maart 1976, die artikel 278 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen heeft aangevuld, het hof van beroep, waarbij een voorziening van een belastingschuldige tegen de beslissing van de directeur der directe belastingen aanhangig is, niet zonder bevoegdheidsoverschrijding, buiten verval of het rechterlijk gewijsde, kennis kan nemen van een bezwaar dat niet overeenkomstig artikel 273 van dat wetboek aan de directeur is voorgelegd of waarover de directeur niet heeft beslist, ook al had hij het ambtshalve moeten onderzoeken; het hof van beroep echter kennis kan nemen van bezwaren

die niet in het bezwaarschrift zijn aangevoerd of door de directeur niet ambtshalve zijn onderzocht, voor zover ze een overtreding van de wet of een schending van de op straffe van nietigheid voorgeschreven procedurevorm aanvoeren;

«Overwegende dat de in het middel aangewezen wetsbepaling het begrip 'overtreding van de wet' niet beperkt tot bezwaren die betrekking hebben op het voorwerp van de oorspronkelijke betwisting;

«Dat het middel faalt naar recht.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: mevr. Liekendaal – In de zaak: Belgische Staat t/ M.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 17 december 1990

Bestaansminimum – Verhaal van O.C.M.W. op onderhoudsplichtige – Excepties – Als tegen degene die levensonderhoud vraagt

Het bestreden vonnis (Rb. Bergen, 9 juni 1989) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat de rechtsvordering tot terugvordering waarover het centrum voor maatschappelijk welzijn ingevolge artikel 13 van de wet van 7 augustus 1974 beschikt, krachtens een eigen recht en niet krachtens een indeplaatsstelling wordt uitgeoefend; dat het tweede lid, 1°, van dat artikel evenwel bepaalt dat het verhaal wordt uitgeoefend op de onderhoudsplichtigen 'tot beloop van het bedrag waartoe zij gehouden zijn gedurende de tijd dat het bestaansminimum is uitgekeerd'; dat daaruit volgt dat diegenen die onderhoud zijn verschuldigd aan de ontvanger van het bestaansminimum, alleen het voorwerp van verhaal kunnen zijn in zoverre zij onderhoudsplichtigen waren tijdens de periode waarvoor de uitkering is betaald; dat die onderhoudsplichtigen bijgevolg aan het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn de excepties kunnen tegenwerpen die zij hadden kunnen tegenwerpen aan de onderhoudvragende partij in een rechtsvordering tot levensonderhoud die hij voor die periode tegen hen zou hebben ingesteld; dat het bestreden vonnis bijgevolg, door te beslissen dat eiseres die excepties niet aan verweerder kon tegenwerpen, artikel 13 van de wet van 7 augustus 1974 schendt.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Verheyden – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaat: mr. Bützler – In de zaak: I. t/ O.C.M.W. Bergen)

BOEKEN

Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek – Een rapport van de Commissie herijking Wetboek van Strafvordering, Gouda Quint B.V., Arnhem, 1990, 316 pp.

Op 13 september 1988 werd door de Nederlandse minister van Justitie een Commissie herijking Wetboek van Strafvordering ingesteld, die o.m. tot taak had de minister van advies te dienen over de vraag of de regeling inzake het gerechtelijk vooronderzoek in het Wetboek van Strafvordering een wijziging behoeft, «in het bijzonder wat betreft het aantal gevallen waarin thans de instelling daarvan

voorwaarde is voor toekenning aan het openbaar ministerie van de bevoegdheid om bepaalde handelingen te verrichten».

Het voorzitterschap van de commissie werd waargenomen door mr. Ch.M.J.A. Moons, oud-president van de Hoge Raad der Nederlanden.

De voorliggende uitgave is een neerslag van het commissierapport. Na een overzicht van de taakopdracht, samenstelling en werkwijze van de commissie wordt een samenvatting gegeven van de huidige opzet van het gerechtelijk vooronderzoek als geconcentreerd in het Wetboek van Strafvordering van 1926. Hierbij werden aan de rechter-commissaris als leidinggever aan het gerechtelijk vooronderzoek drie taken opgedragen: feitelijk leiding te geven (bij de toepassing van dwangmaatregelen en aan verhoren); de procesgang te bewaken (het uitnodigen van de advocaat bij een verhoor, het zorg dragen voor de verstrekking van afschriften van processtukken, de voortgang en sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek); te beslissen op vorderingen van het O.M. en op verzoeken van de verdading.

Vervolgens geeft de commissie een overzicht van het gerechtelijk vooronderzoek in cijfers, waaruit o.m. blijkt dat voor het jaar 1987 in 3% van de strafzaken een gerechtelijk vooronderzoek heeft plaatsgevonden.

Als knelpunten met betrekking tot het gerechtelijk vooronderzoek worden door de resac-voorzitters aangemerkt: de regeling van de huiszoeking ter inbeslagneming en de krappe termijnen na sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek. Ook de rechtsliteratuur formuleert bezwaren tegen de uitholling van de centrale rol van de rechter-commissaris door tal van bijzondere wetten, de regeling van de spoedhuiszoeking in art. 97 Sv., de duur en de gecompliceerdheid van het gerechtelijk vooronderzoek, de cumulatie van de onderzoekende en rechterlijke taak door de rechter-commissaris.

Stemmen gaan op om het vooronderzoek (meer) accusatoir te maken en de rechter-commissaris een meer lijdelijke rol toe te bevelen.

De commissie nam ook kennis van de wijze waarop het voorbereidend onderzoek in de omringende Europese landen gevoerd wordt, meer bepaald in het Duitse recht, in Engeland en Wales en in Frankrijk.

Een ander opzet van het gerechtelijk vooronderzoek is een evenwicht te bereiken tussen het «crime-control-belang» en het «due-process-belang». De commissie is van oordeel dat de fundamentele regeling van het gerechtelijk vooronderzoek niet los kan worden gezien van het gehele strafrechtelijke bestel. Zij vreest ook dat de exclusieve overdracht van de leiding van het voorbereidend onderzoek aan de officier van justitie ten koste zal gaan van de rechtsbescherming van de verdachte. Zij acht ten slotte het voortbestaan van het gerechtelijk vooronderzoek noodzakelijk in verband met de beklag-procedure overeenkomstig de artikelen 12 en volgende Sv.

De commissie overweegt in dit verband de mogelijkheid van invoering van mini-instructies door de rechter-commissaris met het nadeel dat het voorbereidend onderzoek door talrijke mini-instructies diffuus wordt. Ook zullen verschillende vormvoorschriften in acht moeten worden genomen, wat vanuit het oogpunt van deregulering ongewenst is.

Het afsluiten van telefoongesprekken zou dienen plaats te vinden binnen het kader van een gerechtelijk vooronderzoek.

De commissie opteert voor het moderniseren en stroomlijnen van het gerechtelijk vooronderzoek. Zij is van oordeel dat het gerechtelijk vooronderzoek de meeste garantie biedt dat het onderzoek ter terechtzitting zijn verificatieve en tevens doelmatige karakter zal behouden, zonder dat tegelijkertijd afbreuk wordt gedaan aan de «fairness» van het onderzoek ter terechtzitting zelf. Gegeven de noodzaak van ingrijpende dwangmiddelen is een centralisering van het onderzoek om redenen van efficiency gewenst. De rechter-commissaris mag niet in een te strak keurslijf worden gedrongen. Sommige dwangmiddelen grijpen zo diep in de grondrechten en andere fundamentele rechten van de burger in dat een optreden van de rechter-commissaris noodzakelijk is.

Als uitgangspunt bij de herziening van het gerechtelijk vooronderzoek is de commissie dan ook voorstander van de handhaving in grote lijnen van de positie van de officier van justitie en de rechter-commissaris.

Naar het oordeel van de commissie kan thans geen nieuwe strafproceswetgeving worden voorbereid zonder dat aandacht wordt besteed aan de grenzen die te dien aanzien door de internationale ver-

dragen op het gebied van de rechten van de mens worden getrokken. De commissie onderzoekt dan ook de betekenis van de internationale verdragen voor de inrichting van het gerechtelijk onderzoek en meer bepaald de artikelen 6, 8 en 13 van het E.V.R.M.

De commissie geeft vervolgens in haar rapport toelichting bij de belangrijkste voorstellen die als volgt kunnen worden samengevat:

- De verdachte jegens wie door of vanwege de Staat een behandeling is verricht waaraan hij in redelijkheid de verwachting kan ontleenen dat tegen hem ter zake van een bepaald feit in Nederland vervolging zal worden ingesteld, wordt het recht verleend de rechter-commissaris te verzoeken bepaalde onderzoekshandelingen te verrichten.

- De procedure betreffende de sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek dient te worden vereenvoudigd. De commissie bepleit een regeling, inhoudende dat de sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek door de rechter-commissaris zowel voor de verdachte als voor de officier van justitie onherroepelijk is.

- De regeling van de parallelle en opgedragen opsporing dient te worden verbeterd. De commissie stelt voor, ingeval ter zake van een feit waarop een gerechtelijk vooronderzoek betrekking heeft, de officier van Justitie wettelijk te verplichten zorg te dragen dat de rechter-commissaris hieromtrent ten spoedigste wordt ingelicht.

- Ingeval de wet voorschrijft dat de uitoefening van een bepaalde strafvorderlijke bevoegdheid door de officier van justitie of, bij diens verhindering, de hulpofficier, gekoppeld is aan de voorwaarde dat door de officier van justitie de instelling van een gerechtelijk vooronderzoek wordt gevorderd, dient deze koppeling naar het oordeel van de commissie uit het Wetboek van Strafvordering te verdwijnen en dient hetzij de uitoefening van die bevoegdheid door de (hulp)officier van justitie te worden verbonden aan een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris hetzij deze bevoegdheid te worden verzelfstandigd.

- Het algemene en uitdrukkelijke verlov van de rechtbank dient eveneens te vervallen, met uitzondering van het verlov ter zake van de terbeschikkingstelling van de door de rechter-commissaris in het kader van de internationale rechtshulp in beslag genomen stukken van overtuiging aan de officier van justitie.

De wettelijke regeling van de bevoegdheden ter inbeslagneming dient naar het oordeel van de commissie te worden herzien. Zij stelt voor aan de opsporingsambtenaar een algemene bevoegdheid tot het betreden van plaatsen ter inbeslagneming alsmede een algemene beslagnemingsbevoegdheid te verschaffen.

- De term huiszoeking dient vervangen te worden door de term «doorzoeken». In geval van het doorzoeken van een woning waarvan de toegang door de bewoner wordt geweigerd, is de rechter-commissaris de centrale autoriteit. Bij het doorzoeken van andere plaatsen dan een woning waarvan de toegang door de bewoner wordt geweigerd, is de officier van justitie de centrale autoriteit. Het doorzoeken van vervoermiddelen in geval van ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit of in geval van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv. kan naar het oordeel van de commissie aan een gewone opsporingsambtenaar worden opgedragen.

- In geval van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv. dient naar het oordeel van de commissie een gewone opsporingsambtenaar de bevoegdheid te bezitten een persoon die redelijkerwijs moet worden vermoed houder te zijn van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp, te bevelen dat hij dit ter inbeslagneming zal uitleveren.

- De telefoontap dient in de wet losgekoppeld te worden van het gerechtelijk vooronderzoek. Het bevel door de rechter-commissaris gegeven op vordering van de officier van justitie, wordt aan welomschreven voorwaarden verbonden.

- De commissie is verder van oordeel dat voor de officier van justitie in geval van een afwijzing van zijn vordering tot het doen verrichten van een bepaalde onderzoekshandeling alleen het rechtsmiddel van hoger beroep dient open te staan.

- De commissie stelt ook voor in geval van een beperking van het verkeer tussen raadsman en verdachte een vervangende raadsman aan de verdachte toe te voegen.

- De commissie vindt geen termen aanwezig om aan de officier van justitie enige bevoegdheid toe te kennen tot het geven van bevelen ex artikel 30 of artikel 50 Sv.

- De algemene bevoegdheid tot het houden van een schouw dient te worden overgedragen aan de officier van justitie of de hulp-officier.

Ten slotte stelt de commissie ook voor de officier van justitie een bevoegdheid tot het bevelen van een onderzoek door vaste gerechtelijke deskundigen te verschaffen.

Indien de rechter-commissaris bevoegd is enig onderzoek te doen, dient hij naar het oordeel van de commissie de gewenste onderzoekshandelingen zelf binnen het rechtsgebied van een andere rechtbank te kunnen verrichten. Alleen bij dringende noodzakelijkheid kan de rechter-commissaris een bepaalde onderzoekshandeling aan een collega in een ander arrondissement overdragen.

Zij stelt voor de rechter-commissaris te verplichten een tolk te benoemen, indien een verdachte, getuige of deskundige de Nederlandse taal onvoldoende beheerst.

De commissie bepleit ook een verlenging van de termijn voor klinische observatie.

Het commissie-rapport bevat ter afsluiting een afdruk van de bestaande en voorgestelde wetsartikelen.

De bijlagen bevatten: een lijst van aangehaalde literatuur, kamersstukken, wetten en besluiten; aangehaalde rechtspraak; het instellingsbesluit; het gewijzigde instellingsbesluit; de installatiereed van de minister van Justitie; de antwoordrede van mr. Ch.M.J.A. Moons; een lijst van voetnoten.

J. Luyckx

A. PRIMIS (red.), **De juridische samenwerkingsverbanden van ziekenhuizen. Groepering, fusie, vereniging**, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1990.

Dit boek is de bundeling van de referaten van twee studiedagen georganiseerd door het Centrum voor ziekenhuiswetenschap van de K.U. Leuven in 1987 en 1989. Deel 1 bevat de «theorie», deel 2 enkele gevallenstudies, terwijl het boek wordt afgesloten met enkele bijlagen waaronder relevante wetteksten. Theorie en praktijk zijn overigens nooit ver van elkaar verwijderd. Zo bijvoorbeeld de bijdrage van R. Bossens, in deel 1, over de praktische toepassing van de aanvullende erkenningsnormen in de Vlaamse Gemeenschap. Voor wie zich snel wil inwerken in de drie meest gangbare vormen van samenwerking tussen ziekenhuizen, zijn de bijdragen van C. Decoster over de ziekenhuisgroepering, K. Geens over de fusie van ziekenhuizen en L. Oleffe en G. Paternoster over de ziekenhuisvereniging heel goede inleidingen. Wat de laatste betreft, moet men er wel een nogal nadrukkelijk aanwezig O.C.M.W.-vooordeel bij nemen.

Herman Nys

A. PRIMIS, **De wet van 23 december 1963 op de ziekenhuizen gecoördineerd op 7 augustus 1987**, UGA, Heule, 1990, derde bijgewerkte uitgave

Deze publikatie bevat de tekst van de ziekenhuiswet en van de uitvoeringsbesluiten op datum van 15 januari 1990. Het werk is opgebouwd rond de indeling van de ziekenhuiswet zelf, nl. algemene bepalingen, de nationale raad voor ziekenhuisvoorzieningen, de programmatie, financiering en erkenning van ziekenhuizen, specifieke bepalingen betreffende het beheer van de ziekenhuizen en het statuut van de ziekenhuisgeneesheer. Behalve de ziekenhuiswet en haar uitvoeringsbesluiten (zowel de nationale als die genomen door de Vlaamse Executieve) is ook het decreet van de Vlaamse gemeenschap van 15 december 1982 houdende oprichting van een Vlaamse Commissie voor Ziekenhuisprogrammering opgenomen.

Herman Nys

AANGEKONDIGD

C. FIJNAUT, **Afschaffing of herziening van het gerechtelijk vooronderzoek: een discussie over het rapport van de commissie Moons**, Arnhem, Gouda Quint, ca. 150 p.

R.L.H. IJZERMAN, **Het leerstuk der wetsontduiking in het belastingrecht**, (diss. Tilburg), Deventer, Kluwer, ca. 352 p.

Liber amicorum prof. em. E. Krings, Brussel, Story, ca. 1.200 fr.

H. Nys, *Geneeskunst*, in *A.P.R.*

Tien jaar toepassing van de dwangsom, Brussel, Editions Créatif, 360 p.

J.A.M. VAN DEN BERG, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 284 p.

Verspreid werk van prof. mr. H.C.F. Schoordijk, Deventer, Kluwer, 645 p.

MEDEDELINGEN

Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht – Voorjaarsbijeenkomst

De Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht organiseert haar voorjaarsbijeenkomst op donderdag 30 mei 1991 te 19u30 in het Hotel Sofitel te Den Haag, met als thema: «Nieuwe ontwikkelingen in het internationaal overeenkomstenrecht (meer in het bijzonder: de internationale koop)».

Spreekers zijn: mr. F.J.A. Van der Velden (Rijksuniversiteit Utrecht) en mr. R.I.V.F. Bertrams (Vrije Universiteit Amsterdam).

Ook niet-leden zijn welkom.

Vlaamse juristendag

Op zaterdag 1 juni 1991 organiseert de Vlaamse Juristenvereniging in het Cultureel Centrum, Melaan, Mechelen, haar jaarlijks congres met als thema: «Wat verwacht de maatschappij van de jurist, naar een samenwerking tussen de juridische beroepen?».

Inlichtingen: notaris L. Weyts, Goswin de Stassartstraat 9, 2800 Mechelen (tel. 015/21.81.60; fax: 015/21.90.16).

Summer School in Comparative Industrial Relations te Bologna

De Summer School in Comparative Industrial Relations, georganiseerd door Sinnea (Research & Training Institute), Via Della Beverara 6 te Bologna (Italië, in samenwerking met diverse buitenlandse universiteiten waaronder de K.U. Leuven, is dit jaar gewijd aan «Labor-management relations in a pan-european perspective». De lessen vinden plaats van 24 juni tot 12 juli 1991.

Inlichtingen: prof. dr. R. Blanpain, Instituut voor Arbeidsrecht, Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.52.02; fax: 016/28.52.50).

«Workshop in law and economics» te Maastricht

De Rijksuniversiteit Limburg organiseert van 25 tot 27 april 1991 de vierde «Workshop in law and economics», met o.m. de volgende voordrachten:

- Law and economics: the institutionalist perspective door A. Allen Schmid (Michigan State University)
- Ökonomisch-Ökologische Rechtslehre door R. Weimar (Un. Siegen)
- Jurisprudence and interdisciplinary research door G. Leidig (Frankfurt)
- Die Berücksichtigung von alternativen Unfallwahrscheinlichkeiten bei der Bestimmung des Umfangs eines zu ersetzenden Unfallschadens – zur Effizienz der juristischen Differenzhypothese bei der Schadensbemessung door K. Ott en H.B. Schäfer (Un. Hamburg)
- On the suitability of the placement monopoly of the Federal Employment Services door U. Walwei (Nürnberg)
- Erosion der Mitbestimmung und EG-Kommissionsentwürfe zur Europa AG door B. Nagel (Un. Kassel)
- An economic analysis of EC-bankregulation door A. Schwartz (Un. Hannover)
- The Rome Convention. Application to contracts door G. Miller (Berlin)
- The lack of economic instruments in Dutch manure policy door

F. Dietz (Rotterdam)

- A note on fiscal policy coordination in the European monetary system door G. Bjerkan, W. Horstmann en L. Tajoli (Kiel)
- Vertical price fixing door Ph. Clarke (Deakin University)
- Economic effects of Dutch accounting legislation for registered accountants in public accounting door St. Majoor (Un. Limburg)
- Law and economics research in Switzerland : an overview door G. Hertig (Un. Geneva)
- Law and economics research in the Netherlands : an overview door J. Backhaus (Un. Limburg)

Inlichtingen: prof. dr. J. Backhaus, Rijksuniversiteit Limburg, Tongersestraat 53, Maastricht (tel. 043/88.88.88; fax: 043/21.09.99).

XIVe Internationaal congres van de Gerechtsdeurwaarders en Gerechtelijke Officieren

Het veertiende internationaal congres van de Internationale Unie van Gerechtsdeurwaarders en Gerechtelijke Officieren wordt dit jaar gehouden te Brussel. Het vindt plaats van 14 tot 17 mei 1991 in het Paleis voor Congressen, zaal Albert I, Coudenberg 3, Brussel, en is georganiseerd door de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders van België.

Het programma van de vergadering van 15 mei 1991 voorziet o.m. in een voordracht van prof. R. Joliet, rechter in het Gerechtshof der Europese Gemeenschappen, over «Het systeem van de juridische bescherming in de E.E.G.» en in de bespreking van de verslagen van de rapporteurs J.P. Faget (Frankrijk) en L. Claes (België) over de rechtsvergelijkende studie van het statuut en de bevoegdheden van de gerechtsdeurwaarder.

Onderwerp van de vergadering van 16 mei 1991 zijn o.m. het verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken en het verdrag van 15 november 1965 betreffende de betekening en kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en handelszaken.

Nadere inlichtingen bij de heer J. Gielen, gerechtsdeurwaarder, Henri Jasparlaan 93, 1060 Brussel (tel. 02/538.00.92; fax: 02/539.41.11).

Lessencyclus Jean Monnet - «De integratie van de Europese Financiële Markten»

Het Instituut voor Financieel Recht van de Rijksuniversiteit Gent organiseert een lessencyclus Jean Monnet, gespreid over vijf studiedagen, telkens van 14u00 tot 18u30.

- 17 april 1991: Bankreglementering
- 24 april 1991: Naar een financiële-consumentenrecht?
- 8 mei 1991: Verzekeringen en beleggingen
- 22 mei 1991: Integratie inzake effectenverrichtingen
- 29 mei 1991: De economische en monetaire unie

De lessen vinden plaats in de Academieraadzaal, Volderstraat 9 te Gent, met uitzondering van de les van 22 mei 1991, die zal plaatsvinden in het Auditorium van de Rechtsfaculteit aan de Universiteitstraat 4.

Inlichtingen: Instituut voor Financieel Recht, mevrouw N. Kransfeld, Universiteitstraat 4, 9000 Gent (tel. 091/64.68.27; fax: 091/33.28.46).

Internationaal congres te Antwerpen over het vervoer van gevaarlijke goederen en overdracht van gevaarlijke afvalstoffen

Het Tijdschrift voor Europees Vervoerrecht organiseert op 25 en 26 april 1991 te Antwerpen, in het Provinciehuis aan de Koningin Elisabethlei 22-24, een internationaal congres over het vervoer van gevaarlijke goederen en overdracht van gevaarlijke afvalstoffen.

Het congres staat onder de hoge bescherming van de heer Karel Van Miert, lid van de Europese Commissie van de E.G.

Inlichtingen en inschrijving: Tijdschrift voor Europees Vervoerrecht, Marie-Henriettelei 1, 2018 Antwerpen (tel. 03/231.36.55; fax: 03/234.23.80; telex: 32.544).

Seminarie over «De invloed van de coöke-ratio's op het beheer van de banken»

De Belgische Vereniging van Banken organiseert in samenwerking met het Centre de Formation de la Profession Bancaire (Parijs) hierover een seminarie op 24 april 1991 te Brussel.

Nadere inlichtingen bij: Belgische Vereniging van Banken, Ravensteinstraat 36, B 5, 1000 Brussel (tel. 02/507.68.11).

Voordracht: «Arbeidsallocatie en V.D.A.B.-werking: actuele problematiek»

Het Seminarie voor Sociaal Recht van de R.U.G. en de alumnivereniging Associare organiseren een voordracht op dinsdag 23 april 1991 om 17u00 in het cultureel centrum van de Kredietbank, «Het Toreken», Vrijdagmarkt, Gent.

De heer Yvan Bostyn, administrateur-generaal van de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding, zal er spreken over: «Arbeidsallocatie en V.D.A.B.-werking: actuele problematiek».

Belangstellenden zijn welkom na voorafgaande melding aan het Seminarie voor Sociaal Recht, Universiteitstraat 4, 9000 Gent (tel. 191/64.68.43; fax: 091/64.69.94).

Seminarie «Informaticageschillen» te Leuven

Het Interdisciplinair Centrum voor Recht en Informatica organiseert onder leiding van prof. dr. J. Dumortier, een seminarie over informaticageschillen, gespreid over vier namiddagssessies, op 16, 23 en 29 mei en 4 juni 1991, in het Auditorium Arenbergkasteel, Kardinaal Mercierlaan 94, 3001 Heverlee.

Inlichtingen: I.C.R.I., mevrouw N. Verbiest, tel. 016/28.52.73; fax: 016/28.52.75.

Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid

Bij de wetenschappelijke uitgeverij E. Story-Scientia verscheen een nieuw tijdschrift: «Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid», kortweg T.O.R.B..

De hoofdredacteur van dit driemaandelijks tijdschrift is dr. Jan De Groof, regeringscommissaris Universiteit Antwerpen en L.U.C.. Het redactieadres is gevestigd te Antwerpen aan de Arthur Goemaerelei 52.

Kansspelen

In Nederland werd op 6 maart 1991 op initiatief van de staatssecretaris van Justitie een commissie ingesteld die tot taak heeft advies uit te brengen over een betere coördinatie en harmonisatie van het kansspelbeleid (commissie HAARS).

De relatief kleine Nederlandse markt kent een zeer gevarieerd aanbod van kansspelen, waarbij uiteenlopende sectoren een eigen belang hebben. Nog afgezien van de betrokkenheid van gemeentelijke overheden bij sommige (kleine) kansspelen, zijn op rijksniveau vijf ministeries betrokken bij het kansspelbeleid.

Gestreefd wordt naar een betere afstemming van de regelgeving van de verschillende kansspelen bij die lopende en op stapel staande wetgevingsprojecten. Maar verdergaande coördinatie en harmonisatie is nodig. Zeker als de technische ontwikkelingen, in het bijzonder op het gebied van telecommunicatie en elektronische data-processing, het steeds eenvoudiger maken vanuit het buitenland kansspelen in Nederland aan te bieden. Daarnaast zijn er juridische ontwikkelingen gaande in internationaal verband. In diverse lidstaten van de EG wordt gediscussieerd over de vraag of bestaande monopolies en verbodsbepalingen verenigbaar zijn met huidige of toekomstige communautair recht.

In de Tweede Kamer is het idee geopperd te komen tot een Raad voor de Kansspelen: een overkoepelend beheersorgaan.

J. Luycx