

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

L. HUYBRECHTS, Vragen over de werking van artikel 127 Wetboek van Strafvordering 1281

J. BAERT en G. DEBERSAQUES, Het behoud van belang na pensionering voor de Raad van State: een eis van daadwerkelijke rechtshulp? 1287

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Raad van State** – Beroep tot nietigverklaring – Belang – Oppensioenstelling in de loop van de procedure

Arbitragehof 10 november 1999 (*met noot*) 1293

1. Subjectief recht – Tuchtmaatregel – Stakingsrecht – Rechtsmacht – Raad van State – **2. Bevoegdheid en aanleg** – Arbeidsrechtbank – Geschillen tussen N.M.B.S. en haar personeelsleden – Verhouding tot annulatiebevoegdheid van de Raad van State

Cass. 10 september 1999 1294

Recht van antwoord – 1. Verjaring – Stuiting – 2. Omvang van wederwoord – Beoordeling in feite – 3. Derden zonder noodzaak in de zaak betrekken – Beoordeling in feite

Cass. 5 oktober 1999 (*met noot van A. Vandeplas*, «Over de omvang van het wederwoord») 1296

Collectieve schuldenregeling – Voorwaarden – Aantal schuldeisers

Cass. 16 maart 2000 1297

Onrechtmatige daad – **Schade en schadeloosstelling** – Compensatoire interest – Stilzitten van beide partijen op procedureel gebied – Gevolg

Hof Antwerpen 23 juni 1998 (*met noot van P. Geuens*, «Omtrent de aanspraak op vergoedende interesten bij inertie van het slachtoffer») 1298

Sociale zekerheid werknemers – Bijdragen – Bijdragegrondslag – Loonbegrip – Uitgesloten sommen – Bewijslast – Kosten ten laste van de werkgever – Begrip – Forfaitaire onkostenvergoeding – Verfrissingsvergoeding

Arbh. Antwerpen 27 april 1999 1300

Arbitrage – Concessieovereenkomst – Verdrag van New York – Arbitreerbaarheid

Kh. Leuven 14 september 1999 (*met noot van M. Neut*, «De beoordeling door de Belgische rechter, ten tijde van het opwerpen van de exceptie van onbevoegdheid, van de arbitreerbaarheid van een geschil inzake de eenzijdige beëindiging van een alleenverkoopconcessie») 1302

Europese rechtspraak in kort bestek

Mededinging – Concentratiecontrole – Verwijzing door lidstaat – Rechten van de verdediging – Inwinnen van informatie door de Commissie per telefoon

Gerecht van eerste aanleg 28 april 1999 (*door Y. Montangie*) 1308

Rechtsbescherming – Werking van nietigheidsarrestet jegens derden (art. 176 EG-Verdrag, thans art. 233 EG)

H.v.J. 14 september 1999 (*door J. Bocken*) 1309

Vrij verkeer van personen (art. 48 EG-Verdrag, thans na wijziging, art. 39 EG) – Gelijke behandeling niet-ingezetenen – Inkomstenbelasting

H.v.J. 14 september 1999 (*door J. Bocken*) 1310

Jaarrekening – Forfaitaire voorzieningen voor waarborgverplichtingen – Beginsel van getrouw beeld en voorzichtigheidsbeginsel

H.v.J. 14 september 1999 (*door T. Wustenberghs*) 1310

Boeken

P.J. Boon, J.G. Brouwer en A.E. Silder, Regelgeving in Nederland (*door P. Popelier*) 1312

E.H. Hondius (red.), De meerwaarde van de rechtsvergelijking (*door W. Pintens*) 1312

A. Ghuyts, Les collèges d'urbanismes et d'environnement en Région de Bruxelles-Capitale (*door E. Brewaeys*) 1312

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931.

Hoofdredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993), Camiel Caenepeel (1993-1998)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: A. Van Oevelen (hoofdredacteur),
E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws,
M. van Damme, A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar
van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
F. Aps
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
M. Gelders
P. Humblet
W. Lambrechts
R. Leysen
J. Meeusen
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
H. Vanhees
S. Van Overbeke
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: **N.V. INTERSENTIA**, Churchilllaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..

VRAGEN OVER DE WERKING VAN ARTIKEL 127 WETBOEK VAN STRAFVORDERING

I. INLEIDING

1. Het nieuwe art. 127 Sv. draagt de raadkamer op de rechtspleging te regelen na een gerechtelijk onderzoek. De wetbepaling regelt bovendien de bijkomende onderzoekshandelingen. Allereerst erkent ze het recht van de procureur des Konings om ook na een beschikking tot mededeling van het dossier een bijkomende onderzoekshandeling te vorderen. Vervolgens geeft ze aan de inverdenkinggestelde en aan de burgerlijke partij het recht om eveneens een bijkomende onderzoekshandeling te verzoeken en regelt ze de procedure daarvan.

Bij de regeling van de rechtspleging wordt het dossier gedurende ten minste vijftien dagen - drie dagen indien een van de inverdenkinggestelden zich in voorlopige hechtenis bevindt - op de griffie, in origineel of in kopie, ter inzage gesteld van de inverdenkinggestelde, de burgerlijke partij en hun advocaten. Ze kunnen er inzage van hebben en ervan kopie opvragen. Binnen deze termijn kunnen een inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij de onderzoeksrechter overeenkomstig art. 61quinquies Sv. verzoeken een bijkomende onderzoekshandeling te verrichten. Wanneer het onderzoek volledig is, wordt het dossier opnieuw, ten minste vijftien dagen vóór de zitting - drie dagen indien een van de inverdenkinggestelden zich in voorlopige hechtenis bevindt - op de griffie, in origineel of in kopie, ter visie gelegd.

Sommigen zijn de mening toegedaan dat na afloop van een procedure met toepassing van art. 61quinquies Sv., of nu bijkomende onderzoekshandelingen werden verricht, dan wel geweigerd, het dossier opnieuw ter inzage moet worden gelegd overeenkomstig art. 127, derde lid, Sv. en de inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij aldus het recht hebben om gedurende de nieuwe termijn van inzage bijkomende onderzoekshandelingen te verzoeken. Wanneer het antwoord bevestigend zou zijn, kan aldus een *perpetuum mobile* of een carroussel op gang komen die de verdere rechtspleging gewoon verlamt.¹ Ik sluit me echter aan bij de rechtspraak² en de doctrine³ die oordelen dat de wet helemaal geen *perpetuum mobile* heeft gecreëerd.

Dit aangenomen zijnde, rijzen er echter nog steeds vragen over de werking van vragen art. 127 Sv. Sommige geven aanleiding tot discussie. Het betreft onder meer de vragen 1) wat de termijn is voor het hoger beroep van de procureur

des Konings tegen een weigeringsbeschikking; 2) of, wanneer een van de inverdenkinggestelden zich in voorlopige hechtenis bevindt, een langere inzage termijn dan drie dagen kan worden verleend; 3) welke de bijkomende onderzoekshandelingen zijn die de inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij kunnen verzoeken; 4) of een potentiële verdachte zijn inverdenkingstelling kan verzoeken; 5) of art. 127 Sv. ook moet worden nageleefd bij ontslag van een onderzoek met toepassing van art. 479 e.v. Sv.; 6) of na een aanvullend onderzoek de onderzoeksrechter het dossier opnieuw moet mededelen aan de procureur des Konings en 7) wat er moet gebeuren indien de procureur des Konings in een aanvullende rechtsvordering de vervolgingen uitbreidt naar andere personen.

II. DE VROEGERE REGELING

2. Om het huidige art. 127 Sv. goed te begrijpen, moet men teruggaan naar de vroegere regeling. Deze lag verspreid over de vroegere versie van art. 61 Sv., de oorspronkelijke versie van art. 127 Sv. en het thans opgeheven art. 1, XV van de Wet van 25 oktober 1919 tot tijdelijke wijziging van de rechterlijke inrichting van de rechtspleging voor de hoven en rechtbanken. Deze artikelen werden in de praktijk als volgt begrepen en toegepast.⁴

A. Beschikking tot mededeling

3. Wanneer de onderzoeksrechter zijn onderzoek volledig acht, deelt hij het dossier mede aan de procureur des Konings, eventueel aan de arbeidsauditeur. De mededeling gebeurt door een beschikking tot mededeling. Tegen de beschikking tot mededeling zelf heeft het openbaar ministerie geen rechtsmiddel.

B. Vordering tot het verrichten van onderzoeksverrichtingen, inclusief bijkomende onderzoekshandelingen

4. De beschikking tot mededeling ontslaat de onderzoeksrechter niet van het onderzoek. Zolang hij daarvan niet is ontslagen, kan hij nog steeds bijkomende ambtsdaden verrichten en kan de procureur des Konings het verrichten daarvan vorderen. De procureur des Konings kan trouwens, zolang de onderzoeksrechter niet is ontslast, het dossier in mededeling vragen en elke vordering nemen die hij nuttig acht.

5. De vorderingen die de procureur des Konings tot de onderzoeksrechter kan richten, zijn velerlei. Allereerst kan hij de inverdenkingstelling van een verdachte eisen. Vervol-

¹ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1999, 808.

² K.I. Antwerpen, 27 november 1998, R.W. 1998-99, 785.

³ R. DECLERCO, *Beginselen van Strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1999; C. VAN DEN WYNGAERT, o.c., 808. Cf. o.m. J. DE COT, «Le pendule de Franchimont», Specifieke opleiding voor magistraten, Ittre 18 en 19 december 1999, Ministerie van Justitie, Directoraat-generaal Rechterlijke Organisatie, Vorming van de Magistraten, onuitg.

⁴ R. DECLERCO, «Onderzoeksgerechten», in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 1993, nrs. 79-116 en 418-445.

gens kan hij maatregelen omtrent de persoon van de verdachte vorderen, nl. een bevel tot verschijning, tot medebrenging, tot aanhouding of tot weigering van vrij verkeer.

Andere vorderingen betreffen onderzoekshandelingen, dit zijn handelingen die ertoe strekken de waarheid aan het licht te brengen. Een laatste categorie betreft veeleer het administratief in staat stellen van het dossier.

C. Hoger beroep van de procureur des Konings tegen een weigeringsbeschikking

6. De onderzoeksrechter kan hetzij aan de vorderingen tot bijkomende onderzoeksverrichtingen gevolg geven, hetzij een met redenen omklede weigeringsbeschikking afgeven. De jurisprudentie aanvaardt dat de procureur des Konings tegen deze weigeringsbeschikking hoger beroep kan instellen bij de kamer van inbeschuldigingstelling. Sommigen noemden dit rechtsmiddel «verzet». Dit appèlrecht wordt gegrond op het algemeen vorderingsrecht van het openbaar ministerie.⁵

7. De rechtspraak geeft voorbeelden van gevorderde onderzoeksverrichtingen waaraan, naar het oordeel van de kamer van inbeschuldigingstelling, de onderzoeksrechter gevolg moest geven. Omdat ze toch alle door de procureur des Konings werden gevorderd, bekommerde de rechtspraak zich niet om het juiste soort onderzoeksverrichting te kwalificeren. Voorbeelden zijn: ⁶ een wedersamenstelling, ⁷ een beslag, ⁸ het voorstellen aan de raadkamer van een beschikking tot onderzoek aan het lichaam ⁹ en een ondervraging. ¹⁰ De onderzoeksrechter moet ook gevolg geven aan een vordering tot het verwijderen uit het dossier van inlichtingenbulletins van andere dan de vervolgte personen. ¹¹ Een dergelijke vordering betreft volgens mij geen eigenlijke onderzoeksverrichting, maar heeft veeleer betrekking op de regelmatigheid van de samenstelling van het dossier.

8. Er wordt aangenomen dat het hoger beroep, *in casu* dat van de procureur des Konings, moet worden ingesteld door een verklaring ter griffie van de correctionele rechtbank, zulks naar analogie met de regeling van art. 203 Sv. betreffende het hoger beroep tegen correctionele vonnissen. Over de termijn bestaat discussie: hetzij 24 uur naar analogie met de vroegere versie van art. 135 Sv. betreffende het hoger beroep tegen de beschikkingen van de raadkamer, hetzij vijftien dagen naar analogie met de regeling van art. 203 Sv. betreffende het hoger beroep tegen correctionele vonnissen, hetzij, wegens het gebrek aan dwingende norm, zolang het gerechtelijk onderzoek niet is afgesloten. In de regel wordt deze laatste stelling gevolgd.¹²

⁵ Cass. 22 maart 1994, *A.C.* 1994, nr. 140; *TRD&I* 1994, 549, noot; *Pas.* 1994, I, nr. 140.

⁶ R. DECLERCO, «Onderzoeksgerechten», *o.c.*, nr. 419.

⁷ K.I. Antwerpen, 9 april 1976, *R.W.* 1976-77, 684.

⁸ K.I. Brussel, 30 januari 1969, *Pas.* 1969, II, 684.

⁹ K.I. Antwerpen, 13 juni 1975, *R.W.* 1975-77, 748.

¹⁰ K.I. Antwerpen, 18 september 1981, *R.W.* 1981-82, 2896; K.I. Antwerpen, 8 oktober 1982, *R.W.* 1983-84, 1365.

¹¹ K.I. Antwerpen, 9 april 1976, *R.W.* 1976-77, 85.

¹² R. DECLERCO, «Onderzoeksgerechten», *o.c.*, nr. 427.

D. Verzoeken tot het verrichten van bijkomende onderzoekshandelingen

9. De verdachte noch de burgerlijke partij hebben het recht de onderzoeksrechter om bijkomende onderzoekshandelingen te verzoeken. De onderzoeksrechter kan er echter steeds «willig» of «gracieu» toe overgaan. De verdachte en de burgerlijke partij hebben evenmin appèlrecht tegen de weigering van de onderzoeksrechter om over te gaan tot de door hen gevraagde onderzoekshandelingen.

E. Eindvordering

10. Wanneer de procureur des Konings het onderzoek als volledig beschouwt, neemt hij een eindvordering. Theoretisch moet hij dit doen binnen drie dagen. Deze termijn blijkt in de praktijk meestal niet haalbaar.

11. Het is niet onnuttig de eindvordering te ontleden. Ze is een tot de raadkamer gerichte vordering tot regeling van de rechtspleging. In feite beoogt ze drie zaken: 1) de vaststelling dat het gerechtelijk onderzoek is voltooid; 2) het ontslag van de onderzoeksrechter van zijn gerechtelijk onderzoek; 3) de verdere richting die aan de rechtspleging moet worden gegeven.

12. De verdere richting kan bestaan in een beschikking tot het verzenden van het dossier aan procureur-generaal met het oog op een verwijzing naar het hof van assisen of in een beschikking tot verwijzing naar de correctionele rechtbank of de politierechtbank, eventueel na correctionalisatie of contraventionalisatie. Ze kan ook bestaan in een beschikking tot beëindiging van het gerechtelijk onderzoek, omdat het feit geen misdrijf blijkt op te leveren of tot buitenvervolginstelling, omdat er tegen de verdachte geen bewaren blijken te bestaan.

13. Bij de beëindiging van het onderzoek kan de procureur des Konings in bepaalde gevallen de raadkamer ook vorderen om zelf recht te spreken als vonnisgerecht. Ze doet dit wanneer zij de internering van de verdachte gelast of hem een opschorting van de uitspraak van de veroordeling verleent. Voor een en ander gelden bijzondere voorschriften.

14. Bij een onderzoek met toepassing van de art. 479 e.v. Sv. wordt een ontslag van onderzoek gevorderd, omdat het gerechtelijk onderzoek is voltooid. Het oordeel over de verdere richting die aan de rechtspleging moet worden gegeven, komt echter het onderzoeksgerecht niet toe. In een dergelijk geval geschiedt de behandeling voor de kamer van inbeschuldigingstelling overeenkomstig art. 217 e.v. Sv.¹³ Deze artikelen voorzien in een contradictoire procedure, vergelijkbaar met die van art. 127 Sv. Krachtens art. 223 Sv. is de termijn van inzage van het dossier evenwel bepaald op tien dagen.

15. Soms vordert de procureur des Konings een ontslag van onderzoek zonder dat het onderzoek is voltooid. Dit kan onder meer met het oog op de voortzetting van het onderzoek in een ander gerechtelijk arrondissement of met het oog op de voeging van het dossier bij een ander onderzoek. De verzending naar een ander gerechtelijk arrondissement ge-

¹³ *LES NOVELLES, Procédure pénale*, dl. II, vol. II, v° *Crimes commis par les juges*, nr. 267.

beurt zonder verdere formaliteiten.¹⁴ Men beweert dat de in verdenking gestelde en de burgerlijke partij moeten worden gehoord in geval van ontlasting met het oog op voeding.¹⁵ Ik durf dit te betwijfelen.

F. Rechtspleging over de eindvordering

16. Nadat de procureur des Konings het dossier met zijn eindvordering aan de onderzoeksrechter heeft teruggezonden, is het deze laatste die het initiatief neemt om het dossier aan de raadkamer te bezorgen teneinde verslag te doen. Vaak werd aangenomen dat de zaak door dit verslag bij de raadkamer aanhangig wordt gemaakt.¹⁶ Het is echter de eindvordering van de procureur des Konings die de zaak aanhangig maakt.¹⁷

17. De raadkamer oordeelt enkel op stukken. Het debat voor de raadkamer verloopt echter contradictoir. De griffier moet de verdachte en zijn raadsman ten minste 48 uur vooraf op de hoogte brengen van de vaststelling; in de praktijk brengt hij ook de burgerlijke partij op de hoogte. De eindvordering wordt samen met het dossier ter beschikking gesteld van de partijen.

18. De voorschriften ter beveiliging van het contradictoire karakter van de rechtspleging zijn substantieel. De nietnaleving ervan leidt tot nietigheid van de beschikking tot verwijzing en van de daaropvolgende rechtspleging.¹⁸ Nietig is b.v. de beschikking van de raadkamer die de verdachte naar de correctionele rechtbank verwijst, zonder dat hij werd opgeroepen¹⁹ of wanneer hij werd opgeroepen voor een latere terechtzitting.²⁰ Ook de omstandigheid dat de kennisgeving aan de verdachte op een verkeerd adres is geschied, leidt tot vernietiging van de rechtspleging en van de daaropvolgende beslissingen.²¹ De doctrine koppelt de eventuele nietigheid echter aan de feitelijke miskenning van het recht van verdediging.²²

19. De verdachte en de burgerlijke partij zijn er niet toe gehouden in persoon te verschijnen. Ze kunnen zich laten vertegenwoordigen door een advocaat. De raadkamer mag echter hun persoonlijke verschijning bevelen. Tegen deze beslissing staat geen hoger beroep open. De wet regelt de procedure. Verschijnt de partij van wie de persoonlijke verschijning werd bevolen, niet, dan wordt ten hare opzichte uitspraak gedaan bij verstek. Wanneer de raadkamer de persoonlijke verschijning van de verdachte heeft bevolen en

deze niet verschijnt, kan - *rebus sic stantibus* - de advocaat niet voor hem optreden. Tegen de beslissing van het onderzoeksgerecht die de rechtspleging regelt, staat geen verzet open.²³

20. De wet voorziet in een vereenvoudigde procedure wanneer er geen burgerlijke partij is of wanneer de raadkamer, conform de vordering van de procureur des Konings, een beslissing neemt van hetzij buitenvervolginstelling, hetzij van verwijzing naar de politierechtbank. Sommige rechtsleer acht dit laatste geval een flagrante miskenning van het recht van verdediging.²⁴

G. Beschikking van niet in staat van wijzen

21. De raadkamer moet van ambtswege onderzoeken of het onderzoek volledig is.²⁵ Oordeelt ze dat dit niet het geval is, dan verklaart ze de zaak niet in staat van wijzen. Wanneer de partijen concluderen dat het onderzoek niet volledig is en een aanvullend onderzoek vragen, kan de raadkamer beslissen, hetzij, op de gronden die ze aangeeft, dat het onderzoek volledig is of de gevraagde onderzoeksdaeden nutteloos zijn omdat de buitenvervolginstelling zal worden bevolen, hetzij dat de zaak niet in staat van wijzen is.²⁶

22. De raadkamer zal door haar motieven uitleggen waarom ze het onderzoek niet volledig acht, maar ze begaat machtsoverschrijding indien ze de onderzoeksrechter zou bevelen bepaalde onderzoeksdaeden te verrichten.²⁷ Het is de procureur des Konings die beslist of hij de gesuggereerde onderzoeksdaeden vordert, dan wel of hij hoger beroep instelt. De kamer van inbeschuldigingstelling kan ingevolge het hoger beroep van de procureur des Konings de beslissing van de raadkamer hervormen en de rechtspleging regelen.

23. De onderzoeksrechter kan ook andere dan de door de procureur des Konings gevorderde bijkomende onderzoeksdaeden verrichten. Voor zover de rechtspleging inmiddels niet is geregeld door de kamer van inbeschuldigingstelling, zal de onderzoeksrechter, nadat hij de door de procureur des Konings gevorderde bijkomende onderzoeksdaeden heeft verricht en hijzelf geen andere onderzoeksdaeden noodzakelijk acht, opnieuw verslag moeten doen.

24. Na een aanvullend onderzoek deelt de onderzoeksrechter het dossier mede aan de procureur des Konings, vooraleer de zaak opnieuw voor de raadkamer wordt vastgesteld. Het is, omwille van de eerbiediging van het recht van verdediging, vanzelfsprekend dat ook de verdachte en de burgerlijke partij in de mogelijkheid moeten worden gesteld kennis te nemen van de nieuwe stukken van het onderzoek. De partijen worden ten minste 48 uur vooraf op de hoogte gebracht, zoals bij de eerste vaststelling van de zaak.

25. Niets belet de procureur des Konings die een eindvordering heeft genomen, een vervangende, aanvullende of uitbreidende rechtsvordering te nemen. Hij kan dit nog doen wanneer de rechtspleging reeds aanhangig is bij de raadka-

¹⁴ R. DECLERCO, «Onderzoeksgerechten», o.c., nr. 346.

¹⁵ H.-D. BOSLY en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brussel, La Charte, 1999, 449-451.

¹⁶ B.v. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS en A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Luik, Faculté de Droit de Liège en Jeune Barreau de Liège, 1989, 355.

¹⁷ Cass. 17 juni 1986, A.C., 1985-86, nr. 655; *Pas.* 1986, I, nr. 655, met conclusie van advocaat-generaal J. DU JARDIN.

¹⁸ Cass. 22 mei 1985, A.C. 1984-85, nr. 573; *J.T.* 1985, 714; *Pas.* 1985, I, nr. 573; *R.W.* 1985-86, 2895, met noot A. VANDEPLAS.

¹⁹ Cass. 24 februari 1999, *R. Cass.* 1999, nr. 0940.

²⁰ Cass. 30 juni 1998, A.C. 1998, nr. 354; *J.T.* 1985, 714; *Pas.* 1998, I, nr. 354; *R.W.* 1985-86, 2895, met noot A. VANDEPLAS.

²¹ Cass. 20 december 1995, A.C. 1995, nr. 559; *J.T.* 1985, 714; *J.T.* 1996 (verkort), 512; *Pas.* 1995, I, nr. 559; *Rev. dr. pén.* 1997, 94.

²² R. DECLERCO, *Beginnelen van Strafrechtspleging*, o.c., nr. 457.

²³ Cass. 10 februari 1987, A.C. 1986-87, nr. 345; *Pas.* 1097, I, nr. 345.

²⁴ R. DECLERCO, «Onderzoeksgerechten», o.c., nr. 86.

²⁵ *R.P.D.B.*, X, v° *Procédure pénale*, nr. 404.

²⁶ R. DECLERCO, «Onderzoeksgerechten», o.c., nrs. 333-335.

²⁷ *LES NOVELLES, Procédure pénale*, dl. I, vol. I, v° *L'instruction - La chambre du conseil*, nr. 301.

mer. Het komt de raadkamer dan toe te waken over de eerbiediging van het recht van verdediging van de verdachte en van de burgerlijke partij. Desnoods moet ze de zaak uitstellen.

H. Voorschriften betreffende de beschikking

26. Art. 97 G.W., thans art. 149 G.W. 1994, betreffende de openbaarheid is niet van toepassing op beslissingen van de onderzoeksgerechten.²⁸ Ook de bepalingen van de artikelen 6 E.V.R.M. en 14 B.U.P.O. betreffende de openbaarheid van de terechtzittingen zijn niet van toepassing op de onderzoeksgerechten wanneer die de rechtspleging regelen.²⁹ De raadkamer neemt zitting en spreekt uit met gesloten deuren,³⁰ uitgenomen wanneer ze met toepassing van art. 7 e.v. van de wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen en de gewoontemisdadigers, beslist over een vordering tot internering. Deze artikelen voorzien trouwens in bijzondere procedureregels.

27. De aanwezigheid van derden wier tussenkomst of aanwezigheid bij de behandeling van de zaak gerechtvaardigd is, doet geen afbreuk aan het besloten karakter van de rechtspleging. Zo kan een zaalwachter de behandeling van de zaak bijwonen.³¹

28. Art. 97 G.W., thans art. 149 G.W. 1994, betreffende de motiveringsverplichting, is niet van toepassing op beslissingen van de onderzoeksgerechten.³² De beschikking over de regeling van de rechtspleging is geen werkelijk vonnis in de zin van de vermelde grondwetsbepaling. De bij deze bepaling gestelde motiveringsverplichting is derhalve niet van toepassing, al kan deze door een andere wettelijke bepaling zijn opgelegd.³³

29. Wanneer er een conclusie wordt genomen, moet daarop worden geantwoord.³⁴ Het Hof van Cassatie beslist nochtans geregeld dat, als eenvoudig over het bestaan of niet bestaan van bezwaren wordt geconcludeerd, het onderzoeksgerecht volstaat met de vaststelling dat er voldoende of geen voldoende bezwaren bestaan.³⁵ Er is echter een omstandig antwoord vereist, b.v. wanneer een exceptie van onbevoegd-

heid wordt opgeworpen³⁶ of de strafbaarheid van het feit wordt betwist.³⁷ Wat het verzoek om een aanvullend onderzoek betreft, heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat het onderzoeksgerecht het verzoek van een burgerlijke partij om een aanvullend onderzoek regelmatig verworpt door de precieze bezwaren te vermelden die een verwijzing rechtvaardigen.³⁸ Uit recente rechtspraak van het Hof kan men echter afleiden dat een met redenen omkleed verzoek om een aanvullend onderzoek ook omstandig moet worden beantwoord.³⁹

30. Van de rechtspleging wordt geen proces-verbaal van de terechtzitting opgesteld. De beslissingen van de onderzoeksgerechten moeten niet worden voorgelezen. Het openbaar ministerie moet ook niet aanwezig zijn bij de uitspraak.⁴⁰ De beslissingen moeten worden ondertekend door de rechter en de griffier.⁴¹

III. DE REGELING VAN DE WET-FRANCHIMONT

31. Bij nader toezien blijkt dat het nieuwe art. 127 Sv. slechts punctuele, zij het zeer belangrijke wijzigingen heeft aangebracht aan de vroegere bepalingen. Voor al wat niet werd gewijzigd, blijven de vroegere rechtspraak en doctrine onverminderd gelden. Laten we de diverse aspecten overlopen.

A. Beschikking tot mededeling

32. Ongewijzigd.

B. Vordering tot het verrichten van onderzoeksverrichtingen, inclusief bijkomende onderzoekshandelingen

33. Ongewijzigd. Het moet wel worden onderstreept dat het recht van de procureur des Konings om onderzoeksverrichtingen, inclusief bijkomende onderzoekshandelingen, te vorderen, onverkort blijft bestaan. Zijn recht is helemaal niet onderworpen aan de procedure van art. 61 *quinquies*, *juncto* art. 61 *quater*, §§ 5 en 6, Sv., noch beperkt door art. 127 Sv.

C. Hoger beroep van de procureur des Konings tegen een weigeringsbeschikking

34. Ongewijzigd. Herinneren we er echter aan dat in het algemeen wordt aangenomen dat de procureur des Konings tegen een weigeringsbeschikking hoger beroep kan instellen zolang het gerechtelijk onderzoek niet is afgesloten. Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de onderzoeksrech-

²⁸ Cass. 13 september 1994, *A.C.* 1994, nr. 374; *J.T.* 1985, 714; *Pas.* 1994, I, nr. 374; *R.W.* 1996-97, 460, noot A. VANDEPLAS; Cass. 14 april 1999, *Rec. Cass.* 1999, nr. 0935.

²⁹ Cass. 27 november 1985, *A.C.* 1985-86, nr. 211; *Pas.* 1986, I, nr. 211.

³⁰ Cass. 21 november 1912, *Pas.* 1912, I, 427; Cass., 27 november 1985, *A.C.* 1985-86, nr. 211; *Pas.* 1986, I, nr. 211.

³¹ Cass. 21 december 1993, *A.C.* 1993, nr. 539; *TRD&I* 1994, 161; *R.W.* 1994-95, 774, met noot R. VERSTRAETEN, «De ontvankelijkheid van de burgerlijke partijstelling en de beoordeling ervan in de onderzoeksfase»; *Pas.* 1993, I, nr. 539.

³² Cass. 13 september 1994, *A.C.* 1994, nr. 374; *J.T.* 1985, 714; *Pas.* 1994, I, nr. 374; *R.W.* 1996-97, 460, noot VANDEPLAS, A.; Cass. 14 april 1999, *Rec. Cass.* 1999, nr. 0935; Cass., 25 mei 1999, *Rec. Cass.* 1999, nr. 1397.

³³ Cass. 27 november 1985, *A.C.* 1985-86, nr. 211; *Pas.* 1986, I, nr. 211.

³⁴ Cass. 27 april 1983, *A.C.* 1982-83, nr. 472; *J.T.* 1985, 408; *Pas.* 1983, I, nr. 964.

³⁵ B.v. Cass. 3 mei 1995, *A.C.* 1996, nr. 36; *J.T.* 1995, nr. 220; *Pas.* 1996, I, nr. 220; Cass. 17 januari 1996, *A.C.* 1996, nr. 36; *J.T.* 1996 (verkort), 512; *Pas.* 1996, I, nr. 36.

³⁶ B.v. Cass. 3 mei 1995, *A.C.* 1995, nr. 220; *Pas.* 1996, I, nr. 220.

³⁷ Cass. 18 november 1992, *A.C.* 1991-92, nr. 737; *Pas.* 1991-92, I, nr. 737.

³⁸ B.v. Cass. 18 november 1992, *A.C.* 1991-92, nr. 737; *Pas.* 1991-92, I, nr. 1269.

³⁹ Cass. 8 juni 1999, *Rec. C.* 1999, nr. 14404.

⁴⁰ Cass. 13 juni 1990, *A.C.* 1989-90, nr. 592; *Rev. dr. pén.* 1990, 1025; *Pas.* 1990, I, nr. 592.

⁴¹ R. DECLERCQ, *Beginselen van Strafrechtspleging, o.c.*, nr. 455.

ter van de zaak is ontlast zodra hij bij de raadkamer verslag heeft uitgebracht.⁴²

D. Verzoeken tot het verrichten van bijkomende onderzoekshandelingen

35. Art. 61^{quinq}ues, *juncto* art. 61^{quater}, §§ 5 en 6, Sv. verleent de inverdenkingsgestelde en de burgerlijke partij - en alleen zij -⁴³ het recht om de onderzoeksrechter in de loop van het gerechtelijk onderzoek het verrichten van bijkomende onderzoekshandelingen te verzoeken en regelt de procedure daarvan.

36. Bijkomende onderzoekshandelingen zijn uitsluitend handelingen die beogen de waarheid aan het licht te brengen. Alleen de procureur des Konings heeft het recht om een inverdenkingstelling of maatregelen tegen de persoon te vorderen. Ik kan dan ook niet akkoord gaan met de beslissing van een onderzoeksrechter die de opportuniteit van een verzoek van een burgerlijke partij om tegen een verdachte een internationaal aanhoudingsbevel uit te vaardigen onderzocht, zij het dat hij het verwierp.⁴⁴

37. De vraag zou kunnen rijzen tot wanneer het recht om bijkomende onderzoekshandelingen te verzoeken kan worden uitgeoefend rechtstreeks op grond van art. 61^{quinq}ues Sv. Is dit tot aan de beschikking tot mededeling, tot aan de eindvordering of tot een ander ogenblik? Dit recht kan worden uitgeoefend tot op het ogenblik dat de partij het bericht ontvangt dat de zaak ter inzage is neergelegd met toepassing van art. 127, derde lid, Sv. Op dat ogenblik begint een nieuwe termijn te lopen om bijkomende onderzoekshandelingen te verzoeken, ditmaal op grond van art. 127, *juncto* 61^{quinq}ues Sv.⁴⁵

E. Eindvordering

38. De verplichting om de eindvordering te nemen binnen drie dagen is opgeheven. Voor het overige is deze gelegenheid ongewijzigd.

F. Rechtspleging over de eindvordering

1° Eerste fase: de inzage van het dossier en het verzoek tot het verrichten van bijkomende onderzoekshandelingen

39. De wet erkent uitdrukkelijk het inzagerecht van de burgerlijke partij. Ze geeft zowel de inverdenkingsgestelde als de burgerlijke partij een ruime inzagetermijn van ten minste vijftien dagen. Deze wordt teruggebracht tot drie dagen

⁴² Cass. 23 maart 1999, P99.0234. F. VERHOEVEN, D., *onuitg.*

⁴³ Cf. rechtspraak geciteerd in D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, «Chronique de jurisprudence: Un an d'application de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction», *J.L.M.B.* 1999, 1588-1619, nr. 4.2, voetnoten 214 en 215.

⁴⁴ Onderzoeksrechter Brussel 6 november 1998, *J.T.* 1999, 308, met noot J. VERHOEVEN, «M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle»; *Rev. dr. pén.* 1999, 278-300, met noot BURNEO LABRIN, «La notion de crime contre l'humanité et le droit pénal interne».

⁴⁵ Cf. rechtspraak geciteerd in D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, *o.c.*, nr. 4.2, voetnoot 216.

wanneer een van de inverdenkingsgestelden zich in voorlopige hechtenis bevindt. De reden van die verkorting van de minimumtermijn is de persoonlijke vrijheid. Die primeert de rechten van de niet in hechtenis genomen inverdenkingsgestelden.⁴⁶

40. De gestelde termijn moet worden begrepen als een termijn bepaald in kalenderdagen, niet in werkdagen.⁴⁷ Wanneer de termijn verstrijkt op een zaterdag of wettelijke feestdag, wordt hij verlengd tot de eerst volgende werkdag.⁴⁸ Wanneer de betrokkene bij een ter post aangetekende brief op de hoogte werd gebracht, begint de termijn te lopen ten vroegste de dag nadien, nul uur.⁴⁹

41. De ruime inzagetermijn wil de partijen de gelegenheid bieden om het dossier grondig te bestuderen.⁵⁰ Men kan een langere inzagetermijn geven, ook wanneer een van de inverdenkingsgestelden zich in voorlopige hechtenis bevindt. In dit laatste geval vergt de vaststelling van een langere termijn dan drie dagen evenwel grote zorgvuldigheid, anders komt de rechtmatigheid van de handhaving van de voorlopige hechtenis in het gedrang.

Van de andere kant, wanneer de wettelijke minimumtermijn niet werd nageleefd, kan de raadkamer de zaak uitstellen om de partijen alsnog in de gelegenheid te stellen hun inzagerecht uit te oefenen.⁵¹ Ten slotte kan de termijn van vaststelling worden ingekort wanneer alle partijen daarmee akkoord gaan.⁵²

42. Tijdens de inzagetermijn kunnen de inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij de onderzoeksrechter overeenkomstig art. 61^{quinq}ues Sv. verzoeken bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten. De procedure en het hoger beroep worden geregeld door het vermelde artikel, *juncto* 61^{quater}, §§ 5 en 6, Sv. Het verzoek kan worden gedaan ook al is de periode van drie maanden na de laatste beslissing van de onderzoeksrechter omtrent een verzoek tot het verrichten van een bijkomende onderzoekshandeling tijdens het onderzoek zelf nog niet verstreken.⁵³

43. Een aan de onderzoeksrechter gerichte brief waarin slechts onderzoekshandelingen worden gesuggereerd, is geen

⁴⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, p. 58.

⁴⁷ T. DE MEESTER en Ph. TRAEST, «De regeling van de rechtspleging door de onderzoeksrechters en de zuivering van de nietigheden tijdens het vooronderzoek», in *Het vernieuwde strafprocesrecht. Een eerste commentaar bij de wet van 12 maart 1998*, Antwerpen, Maklu, 1998, (223), 236; K.I. Bergen, 4 mei 1999, geciteerd in D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, *o.c.*, nr. 4.2, voetnoot 217.

⁴⁸ Cf. rechtspraak geciteerd in D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, *o.c.*, nr. 4.2, voetnoot 218.

⁴⁹ Cf. rechtspraak geciteerd in D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, *o.c.*, nr. 4.2, voetnoot 219.

⁵⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, p. 58.

⁵¹ P. MORLET, «Le règlement de la procédure et le contrôle de sa régularité», in *La loi belge du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*, Brussel, La Charte, 1998, 89.

⁵² Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, p. 58.

⁵³ R. VERSTRAETEN, *Handboek van Strafvordering*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1999, nr. 9999.

regelmatig verzoek.⁵⁴ Een na het verstrijken van de gestelde termijn van inzage gedaan verzoek om bijkomende onderzoekshandelingen te verrichten, is niet ontvankelijk.⁵⁵ Ik kan aannemen dat de raadkamer, lopende de termijn van inzage, desgevraagd verlenging kan verlenen.⁵⁶ Volgens mij kan echter de onderzoeksrechter geen verlenging verlenen.⁵⁷

44. De inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij kunnen slechts bijkomende onderzoekshandelingen verzoeken, geen dwangmaatregelen omtrent de persoon, die alleen de procureur des Konings kan vorderen. Ook deze laatste, de inverdenkingstelling, komt de burgerlijke partij niet toe. Krachtens art. 61bis Sv. moet de onderzoeksrechter overgaan tot de inverdenkingstelling van elke persoon tegen wie ernstige aanwijzingen van schuld bestaan in verband met de misdrijven die het voorwerp van het onderzoek uitmaken. De onderzoeksrechter oordeelt over de opportuniteit van het ogenblik van inverdenkingstelling. Ingevolge art. 6.3.a) E.V.R.M. moet dit evenwel zo snel als mogelijk gebeuren. Een potentiële verdachte kan evenwel niet zijn inverdenkingstelling verzoeken. De enige mogelijke sanctie op een te late inverdenkingstelling is die gesteld op een onherstelbare miskening van het recht van verdediging.

45. De inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij kunnen, tijdens deze eerste fase, slechts éénmaal de onderzoeksrechter bijkomende onderzoekshandelingen vorderen met toepassing van art. 61quinquies Sv.⁵⁸ Ze kunnen echter nog steeds de onderzoeksrechter een gracieus verrichte onderzoekshandeling verzoeken, ook wanneer de zaak reeds bij de raadkamer aanhangig is.⁵⁹ Het overtuigt mij niet dat de raadkamer tijdens de eerste fase zou kunnen beslissen de behandeling van de zaak geen doorgang te laten vinden.⁶⁰

46. Zoals het onder het vroegere regime, omwille van de eerbiediging van het recht van verdediging, vanzelfsprekend was dat de verdachte en de burgerlijke partij in de mogelijkheid moesten worden gesteld kennis te nemen van de nieuwe stukken van het onderzoek, is het volgens mij even vanzelfsprekend dat onder het nieuwe regime de onderzoeksrechter, die oordeelt dat na het aanvullend onderzoek zijn onderzoek voltooid is, omwille van de eerbiediging van de openbare vordering, het dossier moet mededelen aan de procureur des Konings. Overigens mag men niet uit het oog verliezen dat de procureur des Konings nog steeds het recht heeft om onderzoeksverrichtingen, inclusief bijkomende onderzoekshandelingen, te vorderen. Hij kan ook aan de raadkamer een vervangende, aanvullende of uitbreidende rechts-

vordering richten. Ik kan mij dus niet aansluiten bij de rechtspraak die meent dat de onderzoeksrechter het dossier niet zou moeten mededelen aan het openbaar ministerie.⁶¹ De omstandigheid dat de procureur des Konings een vervangende of aanvullende vordering neemt, heeft volgens mij niet tot gevolg dat men opnieuw in de eerste fase belandt. Neemt hij een uitbreidende vordering, dan moet voor de nieuwe verdachten, die trouwens door de onderzoeksrechter in verdenking moeten worden gesteld, de procedure van art. 127 Sv. integraal worden doorlopen.

47. Men kan de verdachte die het voorwerp uitmaakt van een gerechtelijk onderzoek met toepassing van art. 479 e.v. Sv. niet minder rechten verlenen dan een «gewone» verdachte. Daarom moet art. 127 Sv. hier *mutatis mutandis* worden toegepast.

2° Tweede fase: de vaststelling van de zaak en het debat

48. Nadat de termijn van inzage is verstreken of de procedure van bijkomende onderzoekshandelingen is afgehandeld, het onderzoek is voltooid en werd medegedeeld aan de procureur des Konings, wordt de zaak vastgesteld voor de raadkamer. De inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij worden hiervan op dezelfde wijze op de hoogte gebracht als bij het ter inzage leggen. Ingevolge art. 5bis, § 3, van de V.T.Sv. moet eveneens de persoon die de hoedanigheid van benadeelde heeft verkregen, van de vaststelling op de hoogte worden gebracht.

49. De mededeling per faxpost of bij een ter post aangezekende brief is een kennisgeving als bedoeld in art. 38 van de Taalwet Gerechtszaken. Ze moet dus vergezeld gaan van een vertaling wanneer ze geschiedt in een ander taalgebied dan dat van de rechtspleging.⁶²

50. Net als onder het vroegere regime, is een verwijzing zonder dat de inverdenkinggestelde werd gehoord, nietig, omdat ze het recht van verdediging miskent.⁶³

Zoals in de eerste fase, kan de termijn van vaststelling worden ingekort wanneer alle partijen daarmee akkoord gaan.⁶⁴ Men mag hierbij de persoon die de hoedanigheid van benadeelde heeft verkregen, niet uit het oog verliezen. De kennisgeving geeft hem de gelegenheid om zich alsnog bij de onderzoeksrechter of ter terechtzitting van de raadkamer burgerlijke partij te stellen.⁶⁵ Omdat de zaak is vastgesteld voor de raadkamer, kan hij echter niet met toepassing van art. 61ter of 61quinquies Sv. om inzage in het strafdossier of een bijkomende onderzoekshandeling verzoeken.⁶⁶ Alleen indien hij zich burgerlijke partij stelt, mag hij het debat voor de raadkamer bijwonen.

⁵⁴ Cf. rechtspraak geciteerd in D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, o.c., nr. 4.2, voetnoot 229.

⁵⁵ Cf. rechtspraak geciteerd in D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, o.c., nr. 4.2, voetnoot 220.

⁵⁶ Cf. rechtspraak geciteerd in D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, o.c., nr. 4.2, voetnoot 222.

⁵⁷ Anders: Onderzoeksrechter Luik, 18 januari 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1223.

⁵⁸ Cf. rechtspraak geciteerd in D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, o.c., nr. 4.2, voetnoot 225.

⁵⁹ Cf. rechtspraak geciteerd in D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, o.c., nr. 4.2, voetnoten 226 en 227.

⁶⁰ Cf. rechtspraak geciteerd in D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, o.c., nr. 4.2, voetnoot 228.

⁶¹ De kamer van inbeschuldigingstelling van het Hof van Beroep te Antwerpen heeft zich herhaaldelijk ten onrechte in die zin uitgesproken.

⁶² Cass. 9 juni 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1214.

⁶³ Cass. 23 juni 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1206.

⁶⁴ D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, «La réforme 'Franchimont'. Commentaire de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction», *J.T.* 1998, (417), 439.

⁶⁵ T. DE MEESTER en Ph. TRAEST, o.c., 243 en 244.

⁶⁶ T. DE MEESTER en Ph. TRAEST, o.c., 244.

51. De wet heeft geen termijn bepaald voor het instellen van hoger beroep door de inverdenkingsgestelde of de burgerlijke partij in het geval de onderzoeksrechter nalaat te beschikken over een verzoek tot het verrichten van een bijkomende onderzoekshandeling. Stelt de verzoeker geen hoger beroep in, dan kan de zaak worden vastgesteld voor de raadkamer. Stelt hij dan wel hoger beroep in, dan moet de uitspraak worden opgeschort totdat het procedure-incident is beslecht.⁶⁷ Om procedureproblemen te voorkomen, zou de procureur des Konings die bemerkt dat een onderzoeksrechter nalaat uitspraak te doen over een verzoek tot bijkomende onderzoekshandeling, zelf deze handeling kunnen vorderen.

52. De vereenvoudigde procedure wordt afgeschaft. Wanneer een buitenvervolginstelling of ontslag van onderzoek wordt gevorderd en er geen burgerlijke partij of persoon met de hoedanigheid van benadeelde is, hebben de bijzondere

procedurevoorschriften echter geen bestaansreden.⁶⁸ In de andere gevallen moeten ze worden nageleefd.⁶⁹

G. Beschikking van niet in staat van wijzen

53. Ongewijzigd. Ook na het aanvullend onderzoek moet de onderzoeksrechter het dossier mededelen aan de procureur des Konings.

H. Voorschriften betreffende de beschikking

54. Wanneer de raadkamer de beschikking in beraad houdt, bepaalt zij de dag van de uitspraak. Voor het overige: ongewijzigd.

23 december 1999

Luc Huybrechts

⁶⁷ T. DE MEESTER en Ph. TRAEST, *o.c.*, 239; cf. rechtspraak geciteerd in D. VANDERMEERSCH en O. KLEES, *o.c.*, nr. 4.3, voetnoot 235.

⁶⁸ T. DE MEESTER en Ph. TRAEST, *o.c.*, 245.

⁶⁹ R. VERSTRAETEN, *Handboek van Strafvordering, o.c.*, nr. 1006.

HET BEHOUD VAN BELANG NA PENSIONERING VOOR DE RAAD VAN STATE: EEN EIS VAN DAADWERKELIJKE RECHTSHULP?

Beschouwingen bij het arrest van het Arbitragehof nr. 117/99 van 10 november 1999

I. INLEIDING

1. Begin 1989 dient apotheker-luitenant-kolonel W. V. bij de Raad van State beroepen tot nietigverklaring in van enerzijds de beslissing van het bevorderingscomité van het ministerie van Landsverdediging hem niet batig te rangschikken voor de bevordering tot kolonel en van anderzijds de bevordering bij koninklijk besluit van 23 december 1988 van een andere kandidaat tot apotheker-kolonel. Het auditoraatsverslag over de zaak dateert van 5 oktober 1992, medio 1996 wordt de zaak gepleit en in september 1998 wordt een arrest gewezen.

De ontvankelijkheid van de beroepen wordt reeds in het auditoraatsverslag van oktober 1992 in vraag gesteld, omdat verzoeker sinds 1 oktober 1992 gepensioneerd is. Met verwijzing naar de rechtspraak van de Raad van State¹ be-

sluit de auditeur dat de beroepen bij gebreke aan een actueel belang als onontvankelijk moeten worden afgewezen, omdat de verzoeker in de loop van het geding gepensioneerd is en niet de schending aanvoert van een bepaling op grond waarvan er voor de overheid een wettelijke verplichting zou bestaan om hem met terugwerking tot een datum vóór zijn oppensioenstelling te benoemen.

In een laatste memorie betwist verzoeker de vaststelling dat hij niet langer belang zou hebben bij een vernietiging. Hij beroept zich hierbij op een moreel belang en op het feit dat door de vernietiging van de bestreden beslissingen *erga omnes* zou vaststaan dat de overheid een fout heeft begaan in de zin van art. 1382 en 1383 B.W. Voorts bestrijdt hij de zienswijze dat hij enkel nog een belang zou kunnen doen gelden indien hij de schending aanvoert van een wettelijke verplichting om hem op een bepaalde datum vóór zijn oppensioenstelling te benoemen. Wat dit laatste aspect betreft, vraagt hij de Raad van State een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof te stellen.

¹ Inzonderheid R.v.St., VANDEN BRANDEN, nr. 22323, 10 juni 1982; R.v.St., MARIËN, nr. 22578, 21 oktober 1982; R.v.St., ROOMAN, nr. 22670, 19 november 1982; R.v.St., REMONT, nr. 24563, 29 juni 1984.

De Raad van State verwerpt bij arrest nr. 75797 van 16 september 1998 ² het beroep tegen de eerste beslissing als niet-ontvankelijk, omdat het gericht is tegen een voorbereiden-de handeling ³ en besluit, wat de tweede beslissing betreft, de volgende prejudiciële vraag aan het Arbitragehof voor te leggen: «Zijn de gecoördineerde wetten op de Raad van State en in het bijzonder art. 19 en 24 in strijd met art. 6 en 6bis [thans de art. 10 en 11] van de Grondwet, op zichzelf genomen en gelezen in samenhang met art. 8 [thans art. 13] van de Grondwet dat een uitdrukking is van het rechtsstaatsbeginsel, dat een algemeen beginsel van grondwettelijke aard, en eveneens gelezen in samenhang met de rechtstreeks werkende bepalingen van art. 3, 6 en 13 E.V.R.M. en art. 1 Protocol E.V.R.M., op zichzelf genomen en in hun onderling verband met art. 14 B.U.P.O., in de mate dat de gecoördineerde wetten op de Raad van State en in het bijzonder art. 19 en 24 zouden vereisen dat een verzoekende partij in zaken van openbaar ambt bij het indienen van zijn annulatie-verzoek moet doen gelden dat de overheid gebonden is om hem te benoemen, desnoods met terugwerkende kracht, op een datum vóór zijn oppensioenstelling, wil hij op het ogenblik van de behandeling van de zaak zijn belang houden, wat in feite neerkomt op het ontzeggen aan verzoekende partij van de toegang tot de Raad van State, omdat het beroep op ongeveer vier jaar vóór de oppensioenstelling van verzoekende partij werd ingesteld en dat de Raad van State vermog dit beroep te behandelen na de oppensioenstelling van verzoekende partij, niettegenstaande de Raad reeds in andere zaken heeft geoordeeld dat de verzoekende partij door zijn oppensioenstelling zijn belang verliest?». ⁴

Op 10 november 1999 doet het Arbitragehof ⁵ uitspraak over deze prejudiciële vraag en zegt voor recht dat de genoemde art. 19 en 24 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, in die zin geïnterpreteerd dat de ambtenaar die een benoeming aanvecht, zijn belang bij het beroep verliest wanneer hij in de loop van de procedure op pensioen wordt gesteld, art. 10 en 11 van de Grondwet schenden.

2. De kritiek van het Arbitragehof op de rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot het belang van een gepensioneerde ambtenaar integreert. Meer bepaald rijst de vraag of het voornoemde arrest een einde maakt aan de in de Raad van State bestaande divergerende rechtspraak terzake. Om dit te onderzoeken wordt allereerst de (divergerende) rechtspraak van de Raad van State inzake het pro-

cesbelang van de verzoeker samengevat, om nadien het standpunt van het Arbitragehof over het verlies van belang van de gepensioneerde verzoeker te analyseren.

II. DE NIETIGVERKLARING MOET EEN VOORDEEL VERSCHAFFEN OF HET «PROCESBELANG» VAN DE VERZOEKER

3. Uit art. 19, eerste lid, R.v.St.-wet blijkt dat «elke partij welke doet blijken van een benadeling of van een belang» een annulatieberoep mag indienen.

In punt B.3 van het verder in dit tijdschrift gepubliceerde arrest nr. 117/99 van 10 november 1999 wijst het Arbitragehof erop dat de voorwaarde volgens welke de verzoekende partij moet doen blijken van een belang bij haar beroep, gemotiveerd wordt door de bezorgdheid de *actio popularis* niet toe te staan. Ook in de rechtspraak van de Raad van State werd hierop herhaaldelijk gewezen. ⁶ Het algemeen belang wordt immers niet gediend door het zonder enig redelijk doel in gang zetten van de rechterlijke machinerie; het zich verwerende bestuurlijk orgaan mag ook niet tot inspanningen en kosten worden verplicht, zonder dat daar aan de kant van de appellant een redelijk doel tegenover staat. ⁷ Eenmaal dat deze wezenlijke bedoeling is veiliggesteld, blijkt duidelijk dat de wetgever heeft gewild dat de Raad van State het begrip 'belang' als ontvankelijkheidsvereiste met de grootste soepelheid zou hanteren en dat de aan de Raad van State gelaten ruime appreciatiebevoegdheid – Venezia noemt dit «politique jurisprudentielle» ⁸ – om inhoud te geven aan het begrip «belang», de richting van een ruime interpretatie van dat begrip zou uitgaan. ⁹

4. Doordat de vraag of iemand een voldoende belang heeft, jurisprudentieel wordt ingevuld en in de praktijk nauw verbonden is met de feitelijke omstandigheden van de zaak en met de toe te passen regelgeving, ¹⁰ blijkt wat nu exact moet worden begrepen onder het wettelijk begrip «benadeling» of «belang» in de zin van art. 19, eerste lid, R.v.St.-wet, na vijftig jaar Raad van State nog steeds voor de verzoeker die zich waagt aan een beroep, een open vraag en houdt het een element van rechtsonzekerheid voor hem in. In dit verband blijven de woorden van wijlen auditeur-generaal M. Dumont ¹¹ nog steeds toepasselijk: «On se plaint parfois à rêver aux progrès qu'aurait connus notre droit administratif si les trésors d'ingéniosité qui ont parfois eu pour effet de res-

² Voor dit arrest, zie de website van de Raad van State, m.n. <http://www.raadvst-consetat.be>.

³ Vaste rechtspraak van de Raad van State (zie J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *Raad van State. Afdeling Administratie – 2. Ontvankelijkheid in Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 1996, 32).

⁴ In enkele vergelijkbare gevallen heeft de Raad van State geweigerd prejudiciële vragen aan het Arbitragehof te stellen, omdat ze naar het oordeel van de Raad eigenlijk tot doel hadden de rechtspraak over het belang aan de Grondwet te toetsen en niet art. 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (hierna verkort tot R.v.St.-wet) (zie R.v.St., DIERICKX en GHYSSELS, nr. 57787, 24 januari 1996, overw. 3.3.2.5.2.; R.v.St., VON ALPEN en c.s., nr. 84367, 22 december 1999).

⁵ Dit arrest nr. 117/99, 10 november 1999 is elders in dit nummer opgenomen. Zie ook B.S., 1 februari 2000 (uittreksel).

⁶ Zie bv. R.v.St., Van Aelst en De Berlangheer, nr. 30003, 5 mei 1988; R.v.St., Motte, nr. 30004, 5 mei 1988, *T. Gem.* 1989, 115 met noot A. VANDENDRIESSCHE; R.v.St., Mahy, nr. 38482, 14 januari 1992; R.v.St., Roggeman, nr. 40610, 6 oktober 1992; R.v.St., V.Z.W. Greenpeace Belgium en Schmit, nr. 46786, 30 maart 1994.

⁷ A. TAK, *Hoofdpijnen van het Nederlands bestuursprocesrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 112.

⁸ J.-C. VENEZIA, «Intérêt pour agir», in F. GAZIER, R. DRAGO en C. KAUFFMANN (red.), *Dalloz répertoire de contentieux administratif*, Parijs, Dalloz-Sirey, losbl., 2.

⁹ *Gedr. St. Kamer* 1936-37, nr. 299, p. 17-18; *Gedr. St. Senaat* B.Z. 1939, nr. 80, p. 46.

¹⁰ *Les Nouvelles*, v° *Le Conseil d'Etat*, VI, Brussel, Larcier, 1976, p. 334-335, nr. 1096.

¹¹ M. DUMONT, «Bulletin bibliographique» in (*Supplément au* R.A.C.E. 1972, XV).

treindre l'accès au prétoire avaient été consacrés à la solution des difficultés de fond»...

Aangezien «toute tentative de synthèse jurisprudentielle est vouée à l'échec tant les solutions sont fluides lorsqu'il s'agit de déterminer la qualité de l'intérêt rendant le recours recevable»,¹² kunnen we er ons derhalve toe beperken de algemene criteria of bestanddelen aan te geven van het wettelijk begrip «belang» of «benadeling», zoals de rechtspraak die afleidt uit art. 19, eerste lid, R.v.St.-wet. Getuigt aldus van het rechtens vereiste belang, de verzoeker wiens belang of benadeling aan volgende cumulatieve voorwaarden voldoet: enerzijds moet hij door de bestreden beslissing een (persoonlijk, rechtstreeks, zeker, actueel en wettig) nadeel lijden – de beslissing moet hem «benadelen» – en anderzijds moet de eventueel tussen te komen nietigverklaring van deze beslissing aan de verzoekende partij een (direct en persoonlijk) voordeel verschaffen, hoe miniem ook.¹³ Deze laatste voorwaarde houdt in dat de verzoeker moet getuigen van een «procesbelang» dat gedurende het hele proces moet bestaan en dit naar analogie met het door A. Tak in zijn boek over het Nederlandse administratief procesrecht gemaakte onderscheid tussen het rechtsbelang en het procesbelang.¹⁴ Het *rechtsbelang* is «de waarde die beschermd moet worden en inzet vormt van het proces» en staat voor wat door de verzoeker eigenlijk wordt nagestreefd (bv. het verkrijgen van een voordeel, zoals een benoeming, de handhaving van een grondrecht of immateriële belangen, zoals de goede naam bij het nastreven van de vernietiging van een tuchtstraf). Het *procesbelang* vooronderstelt een rechtsbelang en daarbij rijst de vraag in hoeverre het proces aan de behartiging daarvan een bijdrage kan leveren («men moet met de actie ook iets kunnen opschieten»). Het belang wordt derhalve ook bepaald door de gevolgen van de gevorderde vernietiging.¹⁵

Het vereiste dat de vernietiging van de bestreden akte aan de verzoeker enig voordeel kan verschaffen is duidelijk ingegeven door de wil (van de wetgever) om platonische geschillen te vermijden die niet meer zijn dan «un hommage rendu par la justice au règne de la loi». ¹⁶ Het volstaat dat de vernietiging voor de verzoeker enig nut heeft, hoe klein dit ook is.

III. DE INVULLING VAN HET VEREISTE VAN EEN «PROCESBELANG»: EEN VERDEELDE RECHTSpraak

5. Het staat, zoals het Arbitragehof in het geannoteerde arrest nr. 117/99 van 10 november 1999 overweegt,¹⁷ aan de Raad van State te oordelen of de verzoekers die een zaak

voor de Raad van State brengen, doen blijken van een belang bij hun beroep. Dit is ook zo voor de voorwaarde van het procesbelang.¹⁸

De rechtspraak van de Raad van State neemt aan dat het voordeel dat de verzoekende partij ten gevolge van de vernietiging van de bestreden beslissing verkrijgt, rechtstreeks uit de vernietiging moet voortvloeien. Het moet zich op rechtstreekse wijze realiseren. Indien het rechtstreeks voordeel erin bestaat dat het door de verzoeker ingeroepen (moreel) nadeel wordt weggenomen door de vernietiging – m.a.w. het herstel van de *status quo ante* is in *natura* mogelijk – levert deze voorwaarde in de praktijk geen problemen op. Zo heeft inzake ruimtelijke ordening de verzoeker die een derde-belanghebbende is, een rechtstreeks voordeel bij de vernietiging van een aan zijn buurman afgegeven stedenbouwkundige vergunning. Ook een ambtenaar verkrijgt dit voordeel bij de vernietiging van een hem opgelegde tuchtstraf of van de benoeming van een concurrent. In dezelfde zin behoudt een verzoeker die de hoedanigheid van ambtenaar heeft verloren wegens ontslag of pensionering, zijn (moreel) belang bij de vernietiging van de bestreden tuchtstraf of ordemaatregel: de vernietiging ervan neemt het ingeroepen (morele) nadeel in *natura* weg. In dezelfde zin behoudt een ambtenaar-verzoeker, ook na zijn pensionering, belang bij de vernietiging van de bevordering van een concurrent, indien de verzoeker een recht op benoeming kon doen gelden: het rechtsherstel bestaat dan in de (verplichte) herziening van de loopbaan.

6. In de gevallen evenwel waarin dit rechtstreekse karakter van het te verkrijgen voordeel minder voor zichzelf spreekt – inzonderheid bij geschillen waarin het herstel van het *status quo ante in natura* in rechte en in feite niet meer mogelijk is, zodat enkel een rechtsherstel bij equivalent ¹⁹ voor de verzoeker rest – is de rechtspraak van de Raad van State duidelijk verdeeld.

Een treffende illustratie van deze problematiek is precies de vraag of het belang van een ambtenaar die de benoeming of de bevordering van een concurrent bestrijdt, tenietgaat door zijn pensionering en/of zijn eervol ontslag.

7. De *dominerende* en klassiek te noemen rechtspraak is eenduidig wat de ontvankelijkheid van deze vordering betreft: een ambtenaar die in de loop van het geding wordt gepensioneerd of aan wie eervol ontslag wordt verleend, verliest zijn belang bij de door hem bestreden benoeming of bevordering van een concurrent, behalve indien de benoemende overheid slechts beschikte over een gebonden bevoegdheid, m.a.w. indien de verzoeker een recht op benoeming kon doen gelden.²⁰

¹⁸ Zie voor een bespreking, J. BAERT, en G. DEBERSAQUES, *o.c.*, 286-297.

¹⁹ I.e. bij wege van een schadevergoeding *ex art.* 1382 B.W.

²⁰ Vaste rechtspraak, zie J. FALYS, *La recevabilité des recours en annulation des actes administratifs*, Brussel, Bruylant, 1975, 155, voetnoot 2; J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *o.c.*, p. 289, nr. 316, voetnoot 1430; *adde* bv. R.v.St., S., nr. 73834, 25 mei 1998, *R.W.*, 1998-99, 883; R.v.St., De Brie, nr. 78007, 7 januari 1999; R.v.St. Godisiabo, nr. 82711, 6 oktober 1999; de Raad van State aanvaardde in deze zaak overigens het door de verzoeker aangevoerde moreel belang niet, omdat «l'annulation d'un acte administratif, nonobstant le caractère objectif du contentieux dans lequel elle s'inscrit, doit procurer au requérant un avantage tangible autre que la seule sa-

¹² In die zin: M. ODENT, *Contentieux administratif*, I.E.P., 1970-1971, 1291.

¹³ J. BAERT, en G. DEBERSAQUES, *o.c.*, p. 203, nr. 211; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, I, Brussel, Bruylant, 1994, 307. Zie ook de proeve van definitie in *Les Nouvelles*, *o.c.*, p. 336, nr. 1099; voor een recent voorbeeld; zie R.v.St., VT4 Limited, nr. 83639, 25 november 1999, overweging 4.2.1.

¹⁴ A. TAK, *o.c.*, 103 e.v.

¹⁵ J. BAERT, en G. DEBERSAQUES, *o.c.*, p. 289, nr. 312.

¹⁶ J. SALMON, *o.c.*, 312.

¹⁷ Punt B.3, tweede lid.

De vraag of het beogen door middel van een annulatie-arrest dat de onwettigheid van een bestuurshandeling *erga omnes* zou worden vastgesteld – vaststelling op basis waarvan de verzoeker vervolgens ²¹ voor de justitiële rechter schadevergoeding kan eisen voor de door hem foutieve optreden van de verwerende partij veroorzaakte schade – een wettig voordeel is in de hiervoor vermelde zin, wordt overwegend negatief beantwoord. ²² De finaliteit van het vernietigingsberoep bestaat er volgens deze rechtspraak in onwettige rechtshandelingen, met terugwerkende kracht, uit de rechtsorde te bannen. De door de verzoekende partij gevraagde vaststelling van de onwettigheid van een bestuurlijke handeling moet er m.a.w. op gericht zijn de geschonden onwettigheid te herstellen. Het moet dus een rechtsherstellende beslissing betreffen en geen voorbereidende beslissing in een procedure, gevoerd voor de rechter van de rechterlijke orde, waarvoor deze laatste bevoegd is. ²³ In die hypothese is het belang om een administratieve rechtshandeling onwettig te horen verklaren, om vervolgens op basis van deze, met gezag van gewijsde beklede, uitspraak een vordering tot schadevergoeding voor de rechter van de rechterlijke orde beter te ondersteunen, geen belang meer, verbonden aan het doen verdwijnen van de akte uit de rechtsorde, maar uitsluitend een belang om een middel gegrond te horen verklaren. ²⁴

Een verzoeker die derhalve door bijvoorbeeld pensionering niet langer deel uitmaakt van het bestuur en die zich niet

tisfaction morale de voir une illégalité reconnue», noch de waarde als titel van een vernietigingsarrest.

²¹ In dit verband moet erop worden gewezen dat de rechtsvordering tot schadevergoeding op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid verjaart vijf jaar nadat de schuldeiser-benadeelde van de feitelijke toedracht kennis heeft genomen (*i.e.* de zgn. *discovery rule*): zie art. 2262bis, § 1, tweede lid, B.W. en voor een bespreking van deze verjaringstermijn o.m. I. CLAEYS, «De nieuwe verjaringswet: een inleidende verkenning», *R.W.*, 1998-99, 377-403.

²² Zie o.m. R.v.St., Leemans, nr. 21369, 14 juli 1981; R.v.St., V.Z.W. Buurtopbouwwerk «Den Blicke» en consorten, nr. 32717, 6 juni 1989; R.v.St., Botilde en consorten, nr. 32718, 7 juni 1989; R.v.St., Van Dijck, nr. 43034, 19 mei 1993; R.v.St., B.V.B.A. Ostexpo en stad Oostende, nr. 43261, 10 juni 1993; R.v.St., V.Z.W. Mouvement international de la réconciliation en consorten, nr. 49813, 21 oktober 1994; R.v.St., Callebaut nr. 50792, 19 december 1994; R.v.St., Golsteyn, nr. 51055, 9 januari 1995, *R.W.*, 1995-96, 1089, met noot; R.v.St., Golsteyn, nr. 51056, 9 januari 1995; R.v.St., C.V. General Products, nr. 52512, 24 maart 1995; R.v.St., Van den Brempt, nr. 57132, 20 december 1995; R.v.St., V.Z.W. Radio Centraal, nr. 63862, 8 januari 1997; R.v.St., Van Camp, nr. 66213, 13 mei 1997; R.v.St. Monteyne, nr. 66650, 9 juni 1997; R.v.St., Steenbeek, nr. 73834, 25 mei 1998; R.v.St., Defour, nr. 74260, 11 juni 1998; R.v.St., Vansteenkiste, nr. 75669, 3 september 1998; R.v.St., B.V.B.A. De Decker-Van Riet, nr. 75675, 3 september 1998; R.v.St., Verbruggen en Van Hemelrijck, nr. 75782, 16 september 1998; R.v.St., De Briey, nr. 78007, 7 januari 1999.

²³ Cf. R.v.St., B.V.B.A. Ostexpo en stad Oostende, nr. 43261, 10 juni 1993.

²⁴ In Frankrijk rijst dit probleem niet, omdat de Franse Raad van State ook bevoegd is voor het beoordelen van de overheidsaansprakelijkheid (A. MAST, J. DUJARDIN, M. V. DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 695, voetnoot 3). In Nederland wordt het behoud van procesbelang met het oog op proceskostenveroordeling en schadevergoeding aanvaard (A. TAK, *o.c.*, 112-113).

in het bijzondere geval bevindt, aangegeven in de prejudiciële vraag in het geannoteerde arrest, kan volgens deze rechtspraak geen voordeel meer hebben om de bestreden rechtshandelingen uit de rechtsorde te doen verdwijnen. Een zodanig, alleen als «onrechtstreeks» te kwalificeren belang, volstaat volgens deze rechtspraak niet. ²⁵

8. Een *minderheid* in de rechtspraak onderschrijft dit dominerende standpunt niet en stelt dat het enkele feit dat de verzoeker gepensioneerd is, des te minder een reden kan zijn om de verzoeker ieder belang bij het voortzetten van het geding te ontzeggen. Deze rechtspraak geeft een teleologische interpretatie van art. 19, eerste lid, R.v.St.-wet. Zij gaat uit van de (uitdrukkelijke) wil van de wetgever die, zoals reeds uiteengezet, wenste dat de Raad van State een ruime interpretatie zou geven aan het begrip «belang», de *actio popularis* evenwel uitsluitend.

Het arrest dat het best het standpunt van deze strekking in de rechtspraak verwoordt, is ongetwijfeld het arrest *Roggeman*. ²⁶ Volgens dit arrest is het wezenlijke doel dat de wetgever voor ogen stond, bereikt indien de verzoeker, zeker op het tijdstip waarop hij zijn beroep instelde, een persoonlijk belang had bij dat beroep en hem dus niet kan worden tegengeworpen dat hij een niet-toegelaten *actio popularis* heeft ingesteld. Op de vraag of voor de intussen gepensioneerde verzoeker de eventueel tussen te komen vernietiging nog een nuttig effect zou sorteren, antwoordt het voornoemde arrest dat de verwerende partij normalerwijze verplicht is om het uit die tussen te komen vernietiging blijvende begane onrecht tegenover de verzoeker op een of andere wijze goed te maken. Hierbij komt het volgens dit arrest de Raad van State, in het raam van het annulatieberoep, niet toe te oordelen of dit, ten gevolge van de tussengekomen pensionering, nog wel zo is. Integendeel, door dit wel te beoordelen zou de Raad van State zich nu juist zo een oordeel aanmatigen door aan de verzoeker ieder verder belang bij een inwilliging van zijn beroep te ontzeggen. Verzoeker kan immers luidens deze rechtspraak o.m. een moreel belang hebben dat ook een eis tot schadeloosstelling voor de bevoegde rechter kan funderen en waarbij de inwilliging van zo'n eis door een met gezag van gewijsde *erga omnes* bekleed vernietigingsarrest vergemakkelijkt kan worden. ²⁷

De pensionering of het ontslag van de ambtenaar houdt derhalve volgens dit minderheidsstandpunt niet noodzake-

²⁵ Zie ook J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *o.c.*, 290-991 en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

²⁶ R.v.St., nr. 40610, 6 oktober 1992, *T.B.P.* 1993, 262 met noot D. MAREEN.

²⁷ Zie in dezelfde zin waarin werd aangenomen dat het feit dat verzoeker zich in een gunstiger positie plaatst om voor de gewone rechter een vordering tot schadevergoeding in te stellen, volstaat als belang, o.m. R.v.St., Rotsaert, nr. 15922, 14 juni 1973 i.v.m. overheidsopdrachten; R.v.St., Bruynseraede, nr. 24691, 26 september 1984; R.v.St., Dewaele, nr. 25573, 5 juli 1985, overweging 2.3.3.1; R.v.St., Soetaert, nr. 26272, 18 maart 1986: de rechtzoekende wordt het recht niet ontzegd rechshandelingen met een in de tijd beperkte uitwerking nuttig te bestrijden; R.v.St., V.Z.W. Het Vrije woord, nr. 36816, 16 april 1991, overweging 2.3.2; R.v.St., N.V. Ysenbrandt, nr. 38195, 26 november 1991, overweging 3.2; R.v.St., S.A. Ceratec Electrotechnics, nr. 60.893, 10 juli 1996: «à l'évidence», R.v.St., V.Z.W. Radio Centraal, nr. 63862, 8 januari 1997, overweging 2.2.1; R.v.St., Evrard, nr. 71610, 5 februari 1998.

lijk het verlies van het rechtens vereiste belang in. Het blijft natuurlijk een gegeven dat dit belang door de pensionering of het ontslag sterk is afgenomen. Het zal derhalve aan de verzoeker toekomen het verdere behoud van zijn (herleid) belang te verduidelijken. Laat de verzoeker dit na, dan wordt zijn beroep afgewezen.²⁸ Deze minderheidsstelling in de rechtspraak kent (vooralsnog) weinig navolging.²⁹

IV. EEN AANZWELLEND KRIETIK OP DE KLASSIEKE RECHTSpraak VAN DE Raad VAN STATE

9. De hiervoor geschetste dominerende en klassieke rechtspraak van de Raad van State wordt steeds meer het voorwerp van kritiek. Niet alleen vanuit het parlement³⁰ en in de rechtsleer³¹ werd de hiervoor geschetste klassieke rechtspraak op de korrel genomen, ook de verzoekers voor de Raad van State aanvaardden die zienswijze niet voetstoots.

Een eerste poging om de eenheid van de rechtspraak te verzekeren door een verwijzing van een zaak met een verwant probleem naar de algemene vergadering,³² was een maat voor niets, omdat in het arrest uiteindelijk die knoop niet hoefde te worden ontward.³³

Het hierna gepubliceerde arrest nr. 117/99 van het Arbitragehof zorgt nu voor een nieuw element in de discussie.

V. ANALYSE VAN DE VISIE VAN HET ARBITRAGEHOF OP HET BELANG NA PENSIONERING

10. Eén zaak is duidelijk in het besproken arrest nr. 117/99: in punt B.6 van het geannoteerde arrest maakt het Arbitragehof brandhout van het automatische karakter dat het verlies van belang inhoudt voor een gepensioneerde ambtenaar. Meer bepaald heeft een dergelijk automatisch karakter onevenredige gevolgen, aangezien het leidt tot een beslissing van onontvankelijkheid van het beroep, zonder dat wordt onderzocht of er werkelijk nog een belang bij dat beroep bestaat en zonder rekening te houden met de gebeurtenissen die het onderzoek ervan hebben kunnen vertragen. M.a.w., de Raad van State mag bij zijn (ambtshalve) onderzoek naar het belang van de gepensioneerde ambtenaar uit de pensionering niet (ambtshalve en) automatisch besluiten dat de verzoeker zijn belang bij het beroep heeft verloren, aangezien art. 19, eerste lid, R.v.St.-wet in die zin kan worden geïnterpreteerd «dat de ambtenaar die een benoeming aanvecht, zijn belang bij het beroep niet noodzakelijk verliest wanneer hij in de loop van de procedure op pensioen wordt gesteld» (B.7 en B.9).

11. Met dit arrest wordt o.i. evenwel de hiervoor vermelde discussie tussen de meerderheids- en minderheidsstelling in de rechtspraak niet ten voordele van het ene of het andere «kamp» beslecht. Afgezien van het feit dat het automatisch concluderen dat een gepensioneerde zijn belang verliest niet (meer) kan wegens de onevenredige gevolgen van dit standpunt staat het de rechter nog steeds vrij – het Arbitragehof beaamt (cf. punt B.2) dat de Raad van State het begrip «belang» inhoud moet geven –, na onderzoek of er in werkelijkheid nog een belang aanwezig is bij de verzoeker, te besluiten dat, conform de hiervoor geschetste klassieke rechtspraak, dit er niet meer is omdat het door de verzoekende partij beoogde rechtsherstel enkel «bij equivalent» en niet langer «in natura» mogelijk is, zodat het aangevoerde belang niet in relatie met het doel van het annulatieberoep staat.

Het Arbitragehof biedt in zijn overwegingen B.6 *in fine* en B.7 weliswaar een aantal elementen aan die volgens hem doen blijken dat de verzoeker niet noodzakelijk elk belang verliest bij de vernietiging van een onwettige benoeming wanneer hij met pensioen gaat. Deze elementen strekken, gelet op de draagwijdte van de prejudiciële vraag te horen zeggen of art. 10 en 11 G.W. zijn geschonden in de mate dat art. 19 en 24 R.v.St.-wet zouden vereisen dat een verzoekende partij in ambtenarenzaken moet doen gelden dat de overheid gebonden is om hem te benoemen wil hij op het ogenblik van de behandeling van de zaak zijn belang behouden, er o.i. enkel toe aan te tonen dat volgens het Arbitragehof – zoals de minderheidsstelling beaamt, maar wat de meerderheidsstelling in de rechtspraak ontkent – de verzoeker niet noodzakelijk elk belang bij de vernietiging heeft verloren. Een verzoekende partij die een benoeming aanvecht en onderwijl gepensioneerd wordt, kan zich o.i. inderdaad op verschillende elementen beroepen om haar belang te staven, met «bovendien» de omstandigheid dat een dergelijk vernietigingsarrest het haar zal vergemakkelijken de fout van het bestuur aan te tonen indien zij voor de burgerlijke rech-

²⁸ Bv.: R.v.St., De Cauwer, nrs. 45389 en 45390, 21 december 1993; R.v.St., D'Hondt, nr. 51628, 14 februari 1995; R.v.St., De Neef, nr. 82148, 30 augustus 1999.

²⁹ Zie bv. R.v.St., Mahy, nr. 38482, 14 januari 1992; R.v.St., Aselman, nr. 38968, 10 maart 1992; R.v.St., Brauers, nrs. 41504 en 41505, 28 december 1992; R.v.St., Delcomenne, nr. 42998, 14 september 1993; R.v.St., Van Poucke, nr. 60320, 19 juni 1996, *T. Gem.* 1997, 305, met noot D. MAREEN; R.v.St., Diels, nr. 67125, 27 juni 1997, *T.B.P.* 1998, 218, met noot D. MAREEN; R.v.St., Bardin, nr. 72322, 10 maart 1998; zie vroeger reeds R.v.St., N.V. Extensa en C°, nr. 20448, 24 juni 1980, *T.B.P.* 1981, 326, met andersluidend advies G. TACQ.

³⁰ *Vr. en Antw. Kamer* 1996-97, 8492; *Hand. Kamer* 1998-99, C 759, 5-6.

³¹ Zie inzonderheid D. MAREEN, «Pensionering is niet noodzakelijk het einde van het proces voor de Raad van State» (noot onder R.v.St., Van Poucke, nr. 60320, 19 juni 1996), *T. Gem.* 1997, 307-312 en met noot onder R.v.St., Diels, nr. 67125, 27 juni 1997, *T.B.P.* 1998, 219-221, die aantoonen dat bij discretionaire bevoegdheid, in het bijzondere geval van pensionering, er ook rechtsherstel mogelijk (en wenselijk) is.

³² Cf. art. 92 van het Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State, *B.S.*, 23-24 augustus 1948.

³³ R.v.St., Taveirne en Vancauwenberghe, nr. 69471, 5 november 1997, *T.B.P.* 1998, 115, met uittreksel verslag J. BAERT en uittreksel advies E. LANCKSWEERT; E. LANCKSWEERT en J. BAERT, «Du maintien de l'intérêt actuel lorsque la réfection de l'acte n'est plus possible. Le RGPT a-t-il un fondement légal?», *A.P.T.* 1997, 177-187, err. *A.P.M.* 1998, 8.

ter een geding instelt.³⁴ Maar uit deze overwegingen kan o.i. evenwel niet worden besloten dat het Arbitragehof heeft beslist dat het gelijkheidsbeginsel wordt miskend indien de Raad van State besluit – met toepassing van zijn discretionaire appreciatiebevoegdheid terzake – dat een gepensioneerde verzoeker wiens belang er (alleen) in bestaat zich in een gunstiger positie te plaatsen om voor de gewone rechter een vordering tot schadevergoeding in te stellen, geen belang heeft.

12. Nieuw in het geannoteerde arrest is dat niet tot het automatische verlies van het belang mag worden besloten zonder rekening te houden met de gebeurtenissen die het onderzoek van de zaak zo hebben kunnen vertragen dat de uitspraak niet meer gedaan is vooraleer de verzoekende partij gepensioneerd is. Dat is inderdaad een oud zeer: wat bij de rechtspraak over het verlies van het belang na pensionering een wrange smaak nalaat, is de vaststelling dat, gelet op de achterstand bij de Raad van State, een aantal beroepen door tijdsverloop stranden. En daar heeft een verzoekende partij weinig of geen vat op, zodat het als onrechtvaardig wordt ervaren dat beroepen na jaren op niets uitlopen buiten elke schuld van de verzoekende partij.

Door de strenge rechtspraak i.v.m. het belang krijgt een verzoekende partij na jaren procederen en over en weer argumenteren lik op stuk, staat zij weer bij haar uitgangspunt.³⁵ Het enige alternatief is herbeginnen, nl. een burgerlijk geding instellen om voor de justitiële rechter gelijk te halen. Dat is opmerkelijk, aangezien wie benadeeld is door een overheidsbeslissing twee wegen kan bewandelen: ofwel de vernietiging vorderen voor de Raad van State, ofwel naar de burgerlijke rechter stappen en schadevergoeding eisen. Beide mogelijkheden kunnen ook worden gecombineerd: eerst de beslissing laten vernietigen en met het arrest als bewijs voor het overheidsfalen naar de burgerlijke rechter stappen. In die optiek schiet men met de vordering voor de Raad van State toch een flink stuk op, zodat men in de redenering van Tak («men moet met de actie ook iets kunnen opschieten») toch procesbelang heeft bij een uitspraak door de Raad van State. Een dergelijke, «ongelukkige en te goeder trouw» zijnde verzoeker, die getuigt van een «rechtsbelang», een «procesbelang» erkennen, lijkt ons inderdaad een eis van daadwerkelijke rechtshulp die verwacht kan worden van een klantgerichte, dienende overheidsinstelling.

VI. TOT SLOT: EEN HINT?

13. Het Arbitragehof geeft als uitsmijter (punt B.9) nog een hint, nl. dat art. 19 R.v.St.-wet niet vereist dat het belang behouden blijft tijdens het geding. Eerder (punt B.3)

³⁴ Zie omstandig over deze aspecten van het belang van de gepensioneerde ambtenaar, inzonderheid D. MAREEN, «Pensionering is niet noodzakelijk het einde van het proces voor de Raad van State», *l.c.*, 307 e.v.

³⁵ Zie ook D. MAREEN, «Pensionering is niet noodzakelijk het einde van het proces voor de Raad van State», *l.c.*, 311-312, die het heeft over het «morele rechtsherstel».

wees het Hof erop dat de Raad van State moet oordelen of het belang tijdens de hele duur van de rechtspleging dient te worden gehandhaafd. De Belgische Raad van State vereist in principe dat het belang blijft bestaan tijdens het geding,³⁶ en dit in tegenstelling tot de Franse Raad van State, die aan het teloorgaan van het belang in de loop van het geding niet de onontvankelijkheid van het beroep koppelt.³⁷ In een aantal gevallen heeft de Belgische Raad van State reeds de eis laten vallen dat het belang moet blijven bestaan bij het sluiten van de debatten.³⁸ Dit was voorheen ook al het geval inzake beslissingen met een zeer korte geldingsduur.³⁹ De hieraan ten grondslag liggende redenering is dat dergelijke beslissingen toch op een of andere manier voor de administratieve rechter bestreden moeten kunnen worden, hoewel in de praktijk niet over het beroep uitspraak is gedaan vóór ze hun geding hebben verloren. Deze redenering kan inderdaad worden getransponeerd op de gevallen waarin de verzoekende partij een benoeming aanvecht, maar in de loop van het geding wordt gepensioneerd ook in dat geval is de Raad van State er niet in geslaagd tijdig uitspraak te doen.

14. Tot besluit. Het hierna gepubliceerde arrest van het Arbitragehof nr. 117/99 van 10 november 1999 bevat een aantal hint en vingerwijzingen voor de oplossing van het teloorgaan van een belang bij een beroep tegen een benoemings- of bevorderingsbeslissing door een ambtenaar die in de loop van het geding gepensioneerd wordt, maar lost het probleem o.i. niet fundamenteel op. Dat zal zaak van de Raad van State zelf zijn...

Jo BAERT en Geert DEBERSAQUES

³⁶ Voor de stand van zaken, zie J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *o.c.*, p. 242, nr. 264.

³⁷ J.M. AUBY, en P. DRAGO, *Contentieux administratif*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984, II, nr. 1113; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Parijs, Montchrestien, 1995, 360; J.-C. VENEZIA, *o.c.*, 2.

³⁸ Zie bv. R.v.St., Jacques, nr. 52616, 30 maart 1995; R.v.St., Benne, nr. 52617, 30 maart 1995; R.v.St., Stabel en Diels, nr. 60243, 18 juni 1996.

³⁹ Cf. bv. R.v.St., Van Woensel, nr. 15497, 6 oktober 1972; R.v.St., V.Z.W. Association pour la préservation de l'environnement de Nivelles et environs, nr. 18101, 11 februari 1977, *A.P.T.* 1976-77, 243, met verslag van adjunct-auditeur J. SALMON, advies eerste auditeur G. PIQUET en noot; R.v.St., Soetaert, nr. 26272, 18 maart 1986; R.v.St., De Gussem, nr. 41830, 1 februari 1993; R.v.St., Vervoort, nr. 49704, 17 oktober 1994; J. BAERT en G. DEBERSAQUES, *o.c.*, p. 255-256, nr. 277.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

10 NOVEMBER 1999

Voorzitter: de h. De Baets

Rapporteurs: de hh. Coremans en François

Advocaten: mrs. Vandenberghen en Brewaeys

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Raad van State – Beroep tot nietigverklaring – Belang – Oppensioenstelling in de loop van de procedure

De artikelen 19 en 24 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, in die zin geïnterpreteerd dat de ambtenaar die een benoeming aanvecht, zijn belang bij het beroep tot nietigverklaring verliest wanneer hij in de loop van de procedure op pensioen wordt gesteld, schenden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Dezelfde bepalingen, in die zin geïnterpreteerd dat de ambtenaar die een benoeming aanvecht, zijn belang bij het beroep tot nietigverklaring niet noodzakelijk verliest wanneer hij in de loop van de procedure op pensioen wordt gesteld, schenden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.

Arrest nr. 117/99

Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij arrest nr. 75.797 van 16 september 1998 heeft de Raad van State de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Zijn de gecoördineerde wetten op de Raad van State en in het bijzonder art. 19 en 24 in strijd met art. 6 en 6bis [thans art. 10 en 11] van de Grondwet, op zichzelf genomen en gelezen in samenhang met art. 8 [thans art. 13] van de Grondwet dat een uitdrukking is van het rechtstaatsbeginsel, dat een algemeen beginsel is van grondwettelijke aard, en eveneens gelezen in samenhang met de rechtstreeks werkende bepalingen van art. 3, 6 en 13 E.V.R.M. en art. 1 Eerste Toegevoegd Protocol E.V.R.M., op zichzelf genomen en in hun onderling verband met art. 14 E.V.R.M. en eveneens samengelezen met de rechtstreeks werkende bepaling van art. 14 B.U.P.O, in de mate dat de gecoördineerde wetten op de Raad van State en in het bijzonder art. 19 en 24 zouden vereisen dat een verzoekende partij in zaken van openbaar ambt bij het indienen van zijn annulatieverzoek moet doen gelden dat de overheid gebonden is om hem te benoemen, desnoods met terugwerkende kracht, op een datum voor zijn oppensioenstelling, wil hij op het ogenblik van de behandeling van de zaak zijn belang behouden, wat in feite neerkomt op het ontzeggen aan verzoekende partij van de toegang tot de Raad van State, omdat het beroep op ongeveer vier jaar vóór de oppensioenstelling van verzoekende partij werd ingesteld en dat de Raad van State vermog dit beroep te behandelen na de oppensioenstelling van verzoekende partij, niettegenstaande de Raad reeds in andere zaken heeft geoordeeld dat de verzoekende partij door zijn oppensioenstelling zijn belang verliest?»

...

In rechte

...

B.1. De Raad van State wenst te vernemen of art. 10 en 11 van de Grondwet, op zichzelf beschouwd en gelezen in samenhang met andere grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen, zijn geschonden «in de mate dat de gecoördineerde wetten op de Raad van State en in het bijzonder art. 19 en 24 zouden vereisen dat een verzoekende partij in zaken van openbaar ambt bij het indienen van zijn annulatieverzoek moet doen gelden dat de overheid gebonden is om hem te benoemen, desnoods met terugwerkende kracht, op een datum vóór zijn oppensioenstelling, wil hij op het ogenblik van de behandeling van de zaak zijn belang behouden, wat in feite neerkomt op het ontzeggen aan verzoekende partij van de toegang tot de Raad van State, omdat het beroep op ongeveer vier jaar vóór de oppensioenstelling van verzoekende partij werd ingesteld en dat de Raad van State vermog dit beroep te behandelen na de oppensioenstelling van de verzoekende partij, niettegenstaande de Raad reeds in andere zaken heeft geoordeeld dat de verzoekende partij door zijn oppensioenstelling zijn belang verliest».

B.2. Art. 19, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals geldend op het ogenblik van de prejudiciële vraag, bepaalde: «De aanvragen, moeilijkheden en beroepen bedoeld bij de artikelen 11, 12, 13, 14 en 16 kunnen voor de afdeling administratie worden gebracht door elke partij welke doet blijken van een benadeling of van een belang en worden schriftelijk ingediend bij de afdeling in de vormen en binnen de termijn door de Koning bepaald.»

Art. 24 van dezelfde gecoördineerde wetten bepaalde toen: «De Koning stelt de termijnen vast binnen welke de geschreven verslagen over de zaak, opgemaakt door de leden van het auditoraat, moeten worden neergelegd en de wijze waarop die termijnen kunnen worden ingekort of verlengd. In voorkomend geval kan het verslag zich beperken tot het middel van niet-ontvankelijkheid of tot het middel ten gronde dat de oplossing van het geschil mogelijk maakt. In dat geval doet de afdeling administratie bij wege van arrest uitspraak over de conclusies van het verslag.»

De wetgever heeft aldus de mogelijkheid om bij de Raad van State, afdeling administratie, de nietigverklaring van een administratieve rechtshandeling te vorderen voorbehouden aan de personen die doen blijken van een belang. Art. 24 staat zelfs toe het onderzoek en de procesvoering te stoppen wanneer is vastgesteld dat het vereiste belang niet aanwezig is.

Dat «belang» wordt door de wet niet omschreven. De wetgever heeft aan de Raad van State de zorg gelaten om dat begrip inhoud te geven (*Parl. St.*, Kamer, 1936-37, nr. 211, p. 34, en nr. 299, p. 18).

B.3. De voorwaarde volgens welke de verzoekende partij moet doen blijken van een belang bij haar beroep wordt gemotiveerd door de bezorgdheid de *actio popularis* niet toe te staan.

Het staat aan de Raad van State te oordelen of de verzoekers die een zaak voor de Raad brengen, doen blijken van

een belang bij hun beroep. Het komt de Raad van State ook toe na te gaan of het belang van een verzoekende partij moet worden gehandhaafd tijdens de hele duur van de rechtspleging.

B.4. Uit de formulering van de prejudiciële vraag blijkt evenwel dat het Hof wordt ondervraagd over de grondwettigheid van inzonderheid art. 19, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, geïnterpreteerd in die zin dat het eist dat de verzoekende partijen die een benoeming aanvechten, verschillend worden behandeld naargelang zij al dan niet zijn gepensioneerd op het ogenblik van het onderzoek van hun beroep tot vernietiging.

B.5. Het Hof zal de gestelde vraag onderzoeken, niet om zich uit te spreken over een rechtspraak van de Raad van State, wat niet onder zijn bevoegdheid valt, maar door zich te plaatsen in de in de prejudiciële vraag aangenomen veronderstelling volgens welke de in het geding zijnde bepalingen tot de in de vraag geformuleerde interpretatie verplichten.

B.6. Door het automatische karakter dat het verlies van belang inhoudt – behalve in het bijzondere geval aangegeven in de prejudiciële vraag – heeft de aan art. 19 gegeven interpretatie onevenredige gevolgen, omdat zij leidt tot een beslissing van onontvankelijkheid van het beroep, zonder dat wordt onderzocht of er in werkelijkheid nog een belang bij dat beroep bestaat en zonder rekening te houden met de gebeurtenissen die het onderzoek ervan hebben kunnen vertragen.

B.7. Een verzoeker verliest niet noodzakelijk elk belang bij de vernietiging van een onwettige benoeming wanneer hij op pensioen wordt gesteld. Aldus, al kan hij de functie waarvan hij de toewijzing betwist weliswaar niet meer ambiëren, toch kan hij een belang, moreel of materieel, behouden bij de vernietiging *erga omnes* van de beslissing die hem heeft belet die functie te bekleden. Bovendien zal een vernietigingsarrest het hem vergemakkelijken de fout van de administratie aan te tonen indien hij voor de burgerlijke rechter een geding instelt.

B.8. De gestelde vraag dient bevestigend te worden beantwoord in zoverre zij betrekking heeft op een schending van art. 10 en 11 van de Grondwet, zonder dat er aanleiding is om die in samenhang te lezen met de andere in de vraag vermelde bepalingen.

B.9. Het Hof merkt op dat art. 19 geen vereiste vermeldt wat het behoud van het belang betreft en dat het artikel kan worden geïnterpreteerd in de zin dat de ambtenaar die een benoeming aanvecht, zijn belang bij het beroep niet noodzakelijk verliest wanneer hij in de loop van de procedure op pensioen wordt gesteld.

NOOT – Zie elders in dit nummer de bijdrage van J. Baert en G. Debersaques, «Het behoud van belang na pensionering voor de Raad van State: een eis van daadwerkelijke rechtshulp?».

HOF VAN CASSATIE

VERENIGDE KAMERS – 10 SEPTEMBER 1999

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: d h. Piret

Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler

1. Subjectief recht – Tuchtmaatregel – Stakingsrecht – Rechtsmacht – Raad van State – 2. Bevoegdheid en aanleg – Arbeidsrechtbank – Geschillen tussen N.M.B.S. en haar personeelsleden – Verhouding tot annulatiebevoegdheid van de Raad van State

1. Het werkelijke en rechtstreekse doel van een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State tegen een tuchtmaatregel wegens deelneming aan een stakingsactie, bestaat in de nietigverklaring van die tuchtmaatregel alsook in het herstel in de administratieve toestand. Dat doel kan niet worden bereikt door zich tot de rechtbanken van de rechterlijke orde te wenden. Het doet er niet toe dat het tegen die maatregel aangevoerde verweermiddel gegrond is op het stakingsrecht. De omstandigheid dat de uitspraak over het beroep tot nietigverklaring dat de Raad van State ook uitspraak doet over het bestaan en de omvang van dat stakingsrecht, sluit zijn bevoegdheid niet uit.

2. Art. 13, laatste lid, van de wet van 23 juli 1926 tot oprichting van de N.M.B.S., dat de N.M.B.S., wat haar personeel betreft, onderwerpt aan de rechtsmacht van de arbeidsgerechten, doet geen afbreuk aan de annulatiebevoegdheid van de Raad van State.

N.M.B.S. t/ L.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 september 1997 gewezen door de afdeling administratie van de Raad van State;

Over het middel: schending van de artikelen 144, 145, 149 van de gecoördineerde Grondwet, 7, 14, 28 van de bij K.B. van 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State, 13, laatste lid (vervallen door artikel 3.58 van de wet van 10 oktober 1967), van de wet van 23 juli 1926 tot oprichting van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen,

doordat de Raad van State de exceptie van onbevoegdheid die eiseres tegen het beroep van verweerder had opgeworpen in haar memorie van antwoord en in haar laatste memorie, verwerpt en zich bevoegd verklaart om kennis te nemen van verweerders verzoek tot nietigverklaring, op grond dat «(eiseres) over de discretionaire bevoegdheid beschikte om de bestreden beslissing te nemen en dat die discretionaire bevoegdheid zich uitstrekt zowel tot de regelmatigheid van de stakingsactie als tot het bestaan van een tuchtfout en de strafmaat; dat uit de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Raad van State in tuchtzaken volgt dat alleen de Raad van State bevoegd is om over dat soort geschillen uitspraak te doen; dat met name het Hof van Cassatie in een op 27 november 1957 in verenigde kamers gewezen arrest de volgende bewoordingen heeft gebruikt (*Arr. Verbr.*, 1958, 190): «Overwegende, enerzijds, dat, in strijd met wat dit onderdeel onderstelt, tuchtvervolgingen en het uitspreken van tuchtsancties, buiten het geval omschreven in art. 100, tweede lid, van de Grondwet, geen geschillen uit-

maken waarvan, krachtens art. 92, uitsluitend de rechtbanken kennisnemen; dat het terzake weinig doet dat het tegen de tuchtmaatregel aangevoerde verweer al dan niet op een beweerde krenking van de verenigingsvrijheid steunt; (...) anderzijds, dat noch uit het bestreden arrest noch uit een proceduristuk waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat verweerder de Raad van State verzocht heeft, benevens om de nietigverklaring van de jegens hem genomen tuchtbeslissing, om vergoeding van een schade, hem berokkend door de daad van aanlegster (te dezen de N.M.B.S.) en door hem als onwettig beschouwd, noch zelfs om vaststelling van het bestaan van een dergelijke schade; (...) dat verweerder in zijn verzoekschrift tot de Raad van State niet zijn recht op loon heeft doen gelden, maar de nietigheid van een jegens hem genomen tuchtsanctie; dat het geen belang vertoont dat de te nemen beslissing gevolgen kan hebben voor de uitoefening van zijn burgerlijk recht op zijn bezoldiging, daar die invloed slechts onrechtstreeks en bijkomend is»; dat die beginselen te dezen volledig van toepassing zijn; dat, anderzijds, art. 13 van de wet van 23 juli 1926 niet tot doel heeft af te wijken van art. 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, maar te bepalen welke rechterlijke instantie bevoegd is om kennis te nemen van de geschillen over subjectieve rechten tussen (eiseres) en haar personeelsleden; dat de exceptie van onbevoegdheid moet worden verworpen»;

terwijl, eerste onderdeel, de Raad van State weliswaar in de regel als enige bevoegd is om uitspraak te doen over een verzoek tot nietigverklaring van een tuchtstraf, maar de Raad niet bevoegd is, wanneer hij, gelet op de aangevoerde grond tot nietigverklaring, over een dergelijk beroep geen uitspraak kan doen zonder zich daardoor meteen uit te spreken over het bestaan en de omvang van een burgerlijk recht waarvoor hij niet bevoegd is, omdat dit behoort tot de bevoegdheid van de rechtscolleges van de rechterlijke orde; de aan verweerder verweten tuchtfout te dezen erin bestaat dat hij had gestaakt en aldus zijn verplichting tot dienstverlening niet was nagekomen; verweerder in zijn verzoekschrift, tot staving van zijn beroep, aanvoerde dat de tegen hem genomen beslissing een schending inhield van het stakingsrecht, zoals het wordt erkend in art. 6 van het Europees Sociaal Handvest; uit het verzoek van verweerder en het door de Raad van State in aanmerking genomen middel tot nietigverklaring blijkt dat het werkelijke voorwerp van het geschil de erkenning was van het stakingsrecht van verweerder en de vaststelling door de Raad dat eiseres dat door haar te eerbiedigen burgerlijk recht had geschonden; de Raad van State derhalve over het beroep van verweerder geen uitspraak kon doen, zonder zich noodzakelijkerwijs – wat hij trouwens ook heeft gedaan bij het onderzoek van het middel – uit te spreken over het bestaan en de omvang van een burgerlijk recht, te dezen het stakingsrecht, tot de kennisneming waarvan hij niet bevoegd was, omdat de wettigheid van de bestreden akte afhing van het bestaan van dat recht; de Raad van State bijgevolg, door de door eiseres opgeworpen exceptie van onbevoegdheid te verwerpen en zich bevoegd te verklaren, ofschoon hij over het beroep geen uitspraak kon doen zonder zich noodzakelijkerwijs uit te spreken – wat hij trouwens ook heeft gedaan – over het bestaan en de draagwijdte van het stakingsrecht, dat wil zeggen over een burgerlijk recht dat niet tot zijn bevoegdheid behoorde, de artikelen 144, 145 van de gecoördineerde Grondwet, 7 en 14 van

de bij K.B. van 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State schendt;

tweede onderdeel, (...)

derde onderdeel, de Raad van State zich onbevoegd moet verklaren om kennis te nemen van een beroep tot nietigverklaring van een administratieve beslissing, wanneer de wet de mogelijkheid heeft geschapen om bij de rechterlijke overheid een ander beroep in te stellen dat tot een soortgelijk resultaat leidt; zulks het geval is, zelfs als de administratie een discretionaire bevoegdheid bezit; art. 13, laatste lid, van de wet van 23 juli 1926 tot oprichting van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen bepaalt dat «de N.M.B.S. onderworpen is aan de rechtsmacht van de arbeidshoven en -rechtbanken, zelfs wat betreft haar vast personeel»; die bepaling waarbij aan de rechterlijke macht de bevoegdheid wordt toegekend om uitspraak te doen over alle geschillen tussen eiseres en haar personeel en derhalve over alle geschillen in verband met de rechten die voortvloeien uit het personeelsstatuut – waarbij onder meer een tuchtrechtelijke bevoegdheid wordt toegekend ten aanzien van het personeel –, aldus afwijkt van art. 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, omdat alleen de rechter van de rechterlijke orde de bevoegdheid wordt toegekend om van die geschillen kennis te nemen; de Raad van State zich derhalve niet wettig bevoegd kon verklaren om kennis te nemen van het verzoek tot nietigverklaring (schending van art. 7, 14 van de bij K.B. van 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State, en 13, laatste lid, van de in het middel vermelde wet van 23 juli 1926):

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat art. 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt dat de Raad uitspraak doet over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht, ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheidene administratieve overheden;

Dat die bevoegdheid wordt bepaald door het werkelijke en directe voorwerp van het beroep tot nietigverklaring;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat het beroep strekt tot «nietigverklaring van de beslissing van 31 mei 1995, waarbij (verweerder) als deelnemer aan een stakingsactie op 18 mei 1995 een tuchtstraf werd opgelegd, die bestond in de inhouding van 1/5 van de wedde van een dag, alsook, voor zoveel nodig, tot de nietigverklaring van de beslissing van 22 mei 1995 van het directiecomité van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (N.M.B.S.), dat die tuchtmaatregel heeft opgelegd»;

Overwegende dat het werkelijke en rechtstreekse doel van dat beroep dus de nietigverklaring is van een tegen verweerder getroffen tuchtmaatregel alsook het herstel in zijn administratieve toestand; dat verweerder dat doel niet kon bereiken door zich tot de rechtbanken van de rechterlijke orde te wenden; dat het er niet toe doet dat het tegen die maatregel aangevoerde verweermiddel gegrond is op het stakingsrecht; dat de omstandigheid dat de uitspraak over het beroep vereist dat de Raad van State ook uitspraak doet over het bestaan en de omvang van dat recht, zijn bevoegdheid niet uitsluit;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat art. 13, laatste lid, van de wet van 23 juli 1926 tot oprichting van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen, die maatschappij, wat haar personeel betreft, onderwerpt aan de rechtsmacht van de arbeidshoven en -rechtbanken;

Dat die bepaling ertoe strekt, onder de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde, de rechter aan te wijzen die bevoegd is om kennis te nemen van een geschil, dat tot hun bevoegdheid behoort, maar geen afbreuk doet aan art. 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Dat het onderdeel faalt naar recht.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 5 OKTOBER 1999

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Van Empten en Pyck

Recht van antwoord – 1. Verjaring – Stuiting – 2. Omvang van wederwoord – Beoordeling in feite – 3. Derden zonder noodzaak in de zaak betrekken – Beoordeling in feite

1. Een ontvankelijke dagvaarding betekend in opdracht van de verzoeker tot inlassing van een antwoord, brengt de strafvervolgung op gang en stuit bijgevolg de verjaring.

2. Art. 2, eerste lid, van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht op antwoord bepaalt dat het antwoord niet méér mag bedragen dan duizend letters schrift of het dubbel van de ruimte ingenomen door de tekst die het recht van antwoord rechtvaardigt. Het beoordelen van de tekst die het recht op antwoord rechtvaardigt, is een feitenkwestie.

3. Art. 3, 3°, van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht op antwoord bepaalt dat de inlassing van elk antwoord dat zonder noodzaak derden in de zaak betreft, kan worden geweigerd. Het beoordelen van de noodzaak derden in de zaak te betrekken, is een feitenkwestie.

O. en N.V. De V. t/ Stad Blankenberge en O.M.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 mei 1999 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over de grief betreffende de ingetreden verjaring:

Overwegende dat art. 16 van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht op antwoord bepaalt dat vervolging alleen geschiedt op klacht of op rechtstreekse dagvaarding van de verzoeker tot inlassing van een antwoord;

Overwegende dat art. 25 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de voorgaande bepalingen – bedoeld worden die betreffende de oorzaken van verval van de strafvordering en van de burgerlijke rechtsoverdracht – van toepassing zijn op de verjaring van de strafvordering betreffende de misdrijven door bijzondere wetten omschreven, voor zover die wetten niet anders bepalen;

Dat naar luid van art. 25 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering de verjaring van de strafvordering wordt ge-

stuit door onder meer daden van vervolging, wat elke rechtsgeldige daad is tot het instellen of het uitoefenen van de strafvordering door een persoon die hiertoe wettelijk bevoegd is;

Overwegende dat een ontvankelijke dagvaarding betekend in opdracht van de verzoeker tot inlassing van een antwoord, de strafvervolgung op gang brengt en bijgevolg de verjaring stuit;

Dat de grief faalt naar recht;

Over de grief betreffende de weigering van de publicatie van het ingezonden antwoord:

Overwegende, allereerst, dat de appèlrechters oordelen dat bij het bepalen van de omvang van het ingezonden antwoord rekening moet worden gehouden, niet enkel met de zinnen waarin verweerster wordt genoemd, maar met het geheel van het artikel, daar uit de titel en de inhoud ervan blijkt dat alle voor verweerster nadelige vergelijkingsgegevens met haar in verband kunnen worden gebracht;

Overwegende dat art. 2, eerste lid, van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht op antwoord bepaalt dat het antwoord niet meer mag bedragen dan duizend letters schrift of het dubbel van de ruimte ingenomen door de tekst die het recht van antwoord rechtvaardigt;

Dat het beoordelen van de tekst die het recht op antwoord rechtvaardigt, een feitenkwestie is;

Dat de grief aldus opkomt tegen de beoordeling van feiten door de rechter en bijgevolg niet ontvankelijk is;

Overwegende, vervolgens, dat de appèlrechters oordelen dat de verwijzing naar bepaalde kustgemeenten die op een andere wijze sommige elementen zouden registreren, wat een verklaring kan zijn voor de voor verweerster ongunstige statistiek, niet onnodig is, daar het gewraakte artikel vooral door vergelijking van cijfermateriaal verweerster in een ongunstig daglicht stelt;

Overwegende dat art. 3, 3°, van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht op antwoord bepaalt dat de inlassing van elk antwoord dat zonder noodzakelijkheid derden in de zaak betreft, kan worden geweigerd;

Dat het beoordelen van de noodzaak derden in de zaak te betrekken, een feitenkwestie is;

Dat de grief aldus opkomt tegen de beoordeling van feiten door de rechter en bijgevolg niet ontvankelijk is;

Overwegende dat de grief voorts aanvoert dat verweerster afstand had gedaan van de oorspronkelijk ingezonden tekst, zodat het bestreden arrest art. 16 van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht op antwoord, dat bepaalt dat afstand de strafvordering doet vervallen, schendt;

Overwegende dat de afstand vermeld in voornoemd artikel 16, de afstand van klacht of rechtstreekse dagvaarding is, wat niet hetzelfde is als een beweerde afstand van het verzoek tot inlassing van een antwoord;

Dat de grief in zoverre faalt naar recht;

Overwegende, ten slotte, dat de appèlrechters oordelen dat verweerster met haar brief van 28 september 1998 geen afstand deed van haar verzoek tot inlassing, maar daaruit hoogstens kan worden afgeleid dat zij eventueel vrede zou nemen met de publicatie van de aangepaste tekst;

Overwegende dat de grief, in zoverre hij aanvoert dat verweerster afstand heeft gedaan van het verzoek tot inlassing, enerzijds, opkomt tegen de beoordeling van feiten door de rechters, anderzijds, het Hof verplicht tot een onderzoek van

feiten waarvoor het niet bevoegd is, en bijgevolg niet ontvankelijk is;

...

NOOT – Over de omvang van het wederwoord

1. Elke natuurlijke of rechtspersoon die in een periodiek geschrift bij name is genoemd of impliciet aangewezen, heeft het recht binnen drie maanden kosteloze inlassing van een wederwoord te vorderen. Het antwoord mag in beginsel niet méér bedragen dan duizend letters schrift, maar die beperking mag worden overschreden en gaan tot het dubbel van de ruimte ingenomen door de tekst die het recht tot antwoord rechtvaardigt (Cass., 19 april 1988, *R.W.*, 1988-89, 94).

2. De persoon die het recht van antwoord heeft, kan bijgevolg kiezen: ofwel duizend lettertekens ofwel het dubbel van de ruimte van de gewraakte tekst (Cass., 4 april 1966, *Pas.*, 1966, I, 1011; G. Leroy, «La jurisprudence du droit de réponse dans les écrits périodiques depuis 1961», *J.T.*, 1980, 434).

In dit laatste geval bepaalt de wet geen maximum aantal lettertekens of regels, wat wel het geval is in Frankrijk, waar de wet van 29 september 1919 het recht van antwoord beperkt tot tweehonderd regels, zelfs als de omstreden tekst langer uitvalt (A. Perraud-Charmantier, *Le droit de réponse en matière de presse*, Parijs, Librairie des Juris-Classeurs, 1930, p. 213; Cl. Cambier-Hanno, *Le droit de réponse en matière de presse*, Lille, Proefschrift, 1956, p. 28).

3. Uitrekenen hoeveel lettertekens het wederwoord bevat, is ongetwijfeld luizenkammen, maar de dubbele ruimte van een tekst becijferen is zo mogelijk een nog grotere hijs.

Toegegeven dat luidens art. 4 van de wet van 23 juni 1961 het antwoord in zijn geheel moet worden opgenomen, zonder tussenvoeging of zonder tussenruimte, en in dezelfde lettertekens als de tekst waarop het betrekking heeft (Brussel, 26 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 1140; Corr. Brussel, 24 augustus 1979, *J.T.*, 1980, 439; D. Mazé, *Le droit de réponse*, Parijs, Pédone, 1900, 60; R. Boissel, *Du droit de rectification et du droit de réponse*, Laval, Barneoud, 1903, 96; G. Barbier, *Code expliqué de la presse*, Parijs, Marchal & Godde, tweede uitg., 1911, I, p. 144, nr. 150), maar om de interlinie, de spatie of de insprong bij een kopij in te schatten, kunnen zelfs een meetlat, een nonius of een vernier niet helpen.

4. Mocht de rechter vaststellen dat de in het gewraakte artikel voorkomende woorden en de foto's, tekeningen of prenten een onafscheidbaar geheel vormen en derhalve één enkele geïllustreerde tekst uitmaken, dan moet hij ook een zodanig geheel in aanmerking nemen om de ruimte te bepalen die wordt ingenomen door de tekst die het recht van antwoord rechtvaardigt (Cass., 18 januari 1983, *Arr.Cass.*, 1982-83, 669). Het Hof van Beroep te Antwerpen heeft zelfs aanvaard dat de vordering tot inlassing van een foto in een recht van antwoord als verweer op een eerdere publicatie van een foto bij het gewraakte persartikel, niet strijdig is met art. 4 van de wet van 23 juni 1961 (Antwerpen, 3 oktober 1991, *R.W.*, 1991-92, 615; het cassatieberoep tegen dit arrest werd afgewezen).

5. In zoverre het recht van wederwoord in art. 2 van voormelde wet wordt uitgebreid tot het dubbel van «de tekst die het recht tot antwoord rechtvaardigt», blijft de wetgever uiterst zuinig in zijn commentaar. Gaat het om heel het gepubliceerde artikel of louter om de gewraakte passages? De

toelichting van de Kamercommissie, die van oordeel was dat het recht van wederwoord «in ruime zin moet worden opgevat» is werkelijk misleidend (*Parl. St.*, Kamer, 1957, nr. 373/2, p. 3).

6. Gelukkig preciseert het laatste lid van art. 2 dat «de vordering tot inlassing de nauwkeurige opgaaf van de teksten, vermeldingen of aanhalingen moet bevatten waarop het antwoord betrekking heeft». Hieruit kan worden afgeleid dat het in de bedoeling van de wetgever lag het recht van wederwoord te beperken tot het dubbel van de passages die expliciet of impliciet betrekking hebben op de betrokkene (W. Calewaert, «Het recht tot antwoord», *R.W.*, 1961-62, 253).

7. Een dergelijke beperking wordt ook door de rechtsleer aangeprezen (G. Barbier, *o.c.*, I, p. 128, nr. 123; N. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole*, Parijs, Videcoq, tweede uitg., 1846, I, p. 649, nr. 943bis; A. De Grattier, *Commentaire des lois de la presse*, Parijs, Delhomme, 1847, II, 353; A. Perraud-Charmantier, *o.c.*, p. 214; G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, Parijs, Larose, 1902, I, p. 207, nr. 219; Cl. Cambier-Hanno, *o.c.*, p. 150).

Maar ook de feitenrechter heeft talloze malen deze beperking van het wederwoord toegepast, al formuleerde hij dit niet zo scherp of al werden zijn beslissingen niet gepubliceerd. Toch is het opmerkelijk dat het Hof van Cassatie zich zo uitdrukkelijk uitspreekt voor een beperkt recht van wederwoord en voor een beoordeling van de passages die daartoe aanleiding geven door de feitenrechter.

Een echt rechtsbeginsel is een eindproduct van een bepaalde manier van doen.

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 16 MAART 2000

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Dirix

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaat: mr. De Gryse

Collectieve schuldenregeling – Voorwaarden – Aantal schuldeisers

Een toestand van schuldoverlast als bedoeld in art. 1675/2 Ger.W. kan voorhanden zijn, ook al heeft de verzoekende partij slechts één schuldeiser. De wet stelt immers niet de eis dat de betalingsmoeilijkheden zouden bestaan ten aanzien van een veelvoud van schuldeisers.

R. t/ Belgische Staat en T.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 april 1999 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

Over het middel, gesteld als volgt: *schending van de artikelen 149 van de gecoördineerde Grondwet, 774 Ger.W., 1675/2, 1675/3, 1675/6, § 2, 1675/10 §§ 1, 2, 5, 1675/12, § 1, 1°, 4°, 1675/13, § 2 van de wet van 5 juli 1998 betreffende de collectieve schuldenregeling en de mogelijkheid van verkoop uit de hand van de in beslag genomen onroerende goe-*

deren en van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging;

doordat het bestreden arrest het hoger beroep van eiseres ongegrond verklaart en de beslissing van afwijzing van het verzoek tot collectieve schuldenregeling en aanstelling van een schuldbemiddelaar bevestigt op grond dat «herstel» van de «financiële toestand» van eiseres niet in aanmerking komt; dat «zij het zelf heeft over één enkele schuldenaar, de fiscus, zodat de vraag rijst of een collectieve schuldenregeling strikt genomen wel aan de orde is; de elementen door (eiseres) zelf aangebracht (...) tot de ongegrondheid van haar verhaal leiden; van collectieve schuldenregeling immers geen sprake is, omdat er enkel sprake is van één schuld; een schuldbemiddelaar trouwens onmogelijk een minnelijke aanzuiveringsregeling kan uitwerken «in de zin van art. 1675/13 Ger.W.; een gerechtelijke aanzuiveringsregeling (art. 1675/12 Ger.W.) ook uit te sluiten is, omdat de wettelijke looptijd voor een dergelijke aanzuiveringsregeling beperkt is tot vijf jaar»;

terwijl (...);

terwijl, derde onderdeel, overeenkomstig art. 1675/2 Ger.W. elke natuurlijke persoon met woonplaats in België, die geen koopman is (...), bij de rechter een verzoek tot het verkrijgen van een collectieve schuldenregeling kan indienen indien hij niet in staat is om, op duurzame wijze, zijn (...) schulden te betalen of voor zover hij niet kennelijk zijn onvermogen heeft bewerkstelligd, *terwijl* de aldus omschreven wettelijke voorwaarden niet de voorwaarden bevatten dat er méér dan één schuldeiser moet zijn; ...

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat luidens art. 1675/2 Ger.W. elke natuurlijke persoon met woonplaats in België, die geen koopman is in de zin van art. 1 van het Wetboek van Koophandel, bij de rechter een verzoek kan indienen tot het verkrijgen van een collectieve schuldenregeling indien hij niet in staat is om, op duurzame wijze, zijn opeisbare of nog te vervallen schulden te betalen en voor zover hij niet kennelijk zijn onvermogen heeft bewerkstelligd; dat de wetgever als voorwaarde stelt dat de schuldenaar heeft af te rekenen met duurzame en structurele betalingsmoeilijkheden, maar niet de eis stelt dat die betalingsmoeilijkheden zouden bestaan ten aanzien van een veelvoud van schuldeisers;

Dat de wetgever zich tot doel stelt om aan deze categorie van schuldenaren schuldverlichting te verlenen; dat het aantal schulden in het licht van deze doelstelling niet relevant is;

Overwegende dat de appèlrechters, door te beslissen dat eiseres niet in aanmerking komt voor een collectieve schuldenregeling «omdat er enkel sprake is van één schuld», de in het onderdeel aangevoerde wetsbepalingen schenden;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

2e ter KAMER – 23 JUNI 1998

Voorzitter: de h. Van Den Bossche

Raadsheren: de hh. Huyghe en Van Rooy

Advocaten: mrs. Foubert loco Firlefijn, Longrée loco De Leebeeck en De Kinder loco Keirsmackers

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Compensatoire interest – Stilzitten van beide partijen op procedureel gebied – Gevolg

Het loutere stilzitten van de benadeelde op louter procedureel gebied heeft geen verlies van het recht op compensatoire interest tot gevolg, zeker wanneer door de andere partij evenmin enig initiatief tot vooruitgang in de procedure werd genomen.

De W. t/ H. en V.

...

Overwegende dat appellant de vordering van de interesten betwist, die door geïntimeerden worden gevorderd sinds de datum van het ongeval, zijnde 6 januari 1980, rekening houdende met het inmiddels verstreken tijdsverloop van de procedure;

Overwegende dat het vonnis werd uitgesproken op 29 maart 1984; dat appellant op 4 mei 1984 een verzoekschrift tot hoger beroep heeft neergelegd; dat vervolgens, na oproeping op 2 december 1994, de zaak ambtshalve van de algemene rol werd weggelaten, overeenkomstig art. 730, § 2, Ger.W.;

Aangezien vervolgens de zaak weer op rol werd heringeschreven, na verzoek van tweede geïntimeerde, bij brief van 2 mei 1996, ontvangen ter griffie op 8 mei 1996;

Overwegende dat inderdaad moet vastgesteld worden dat alle partijen tussen 4 mei 1984 en 8 mei 1996 hebben stilgezeten;

Overwegende evenwel dat zowel appellante als geïntimeerden over de wettelijke middelen beschikten om, met toepassing van de nuttige artikelen uit het Gerechtelijk Wetboek, de zaak in staat te stellen; dat gedurende voormelde periode noch de ene partij, noch de andere partij dit heeft gedaan, zodat thans de ene partij geen verwijt kan maken aan de andere partij; dat het loutere stilzitten op louter procedureel gebied geen verlies van het recht op interesten betekent, zeker wanneer door de andere partijen evenmin enig initiatief tot vooruitgang in de procedure werd genomen; dat appellant ondertussen ook het voordeel van het bezit van de fondsen heeft gehad;

...

NOOT – *Omtrent de aanspraak op vergoedende interesten bij inertie van het slachtoffer*

1. De bovenstaande zaak gaat terug op een verkeersongeval dat is gebeurd op 6 januari 1980 en waarbij het voertuig, eigendom van eerste geïntimeerde, werd beschadigd en tweede geïntimeerde als inzittend passagier werd gewond. De schade aan het voertuig, begroot volgens de toenmalige, indicatieve normen en de voorhanden zijnde stukken, waaronder een expertiseverslag, werd begroot op 54.620 fr. in hoofdsom.

Bij vonnis van de Burgerlijke Rechtbank te Mechelen van 29 maart 1984 werd appellant aansprakelijk gesteld voor de schadelijke gevolgen van het verkeersongeval. Aan de eigenaar van het voertuig werd de som van 54.620 fr. toegekend alsook vergoedende en gerechtelijke interesten. Aan het gewonde slachtoffer werd provisioneel 1 fr. toegewezen met aankleven, wegens medische kosten, blijvende arbeidsongeschiktheid en schade tengevolge van verlies van een school-

jaar. Voorts werd, om de lichamelijke schade te kunnen evalueren, een gerechtsdeskundige aangesteld.

Tegen het vermeld vonnis werd hoger beroep ingesteld en het verzoekschrift in hoger beroep werd neergelegd ter griffie op 4 mei 1984. Op de inleidende terechtzitting werd de zaak, op verzoek van geïntimeerden, naar de bijzondere rol verwezen.

Begin mei 1996, dus twaalf jaar later activeerde tweede geïntimeerde het dossier.

Appellant concludeerde daaropvolgend tot de gegrondheid van het hoger beroep en de afwijzing van de vorderingen van geïntimeerden alsook, subsidiair, tot het afwijzen van de interesten, die door geïntimeerden werden gevorderd sinds de ongevalsdatum, zijnde 6 januari 1980. De raadsman van appellant verwees daarvoor naar het inmiddels verstreken tijdsverloop van de procedure en de inertie van geïntimeerden.

In het hier geannoteerde arrest werd de stelling van appellant afgewezen. Het hof van beroep motiveerde dat het louter stilzitten op louter procedureel gebied geen verlies van het recht op interesten betekent, zeker wanneer door appellant evenmin enig initiatief tot vooruitgang in de procedure werd genomen. Voorts wees het hof van beroep op de omstandigheid dat appellant ook het voordeel van het bezit van de fondsen heeft gehad.

2. Wie beweert dat het slachtoffer inert handelde bij de behandeling van zijn eisen en op grond daarvan tracht de vordering tot het verkrijgen van vergoedende interesten geheel of gedeeltelijk te horen afwijzen, maakt in essentie een gewone toepassing van art. 1382 e.v. B.W.: hij stelt dat het slachtoffer niet handelde zoals een normaal, zorgvuldige procespartij het betaamt, dat het slachtoffer een eigen fout beging en dat de schade die daardoor is ontstaan, namelijk de verlengde loop der interesten, niet meer in oorzakelijk verband staat met het eigenlijke ongeval. Het slachtoffer handelde foutief en dit foutief handelen staat in oorzakelijk verband met de door de aansprakelijke te betalen hogere schadevergoeding die zou bestaan in extra verschuldigde vergoedende interesten. Uiteindelijk is deze redenering terug te brengen tot de grondslagen van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht: het slachtoffer moet fout, schade en oorzakelijkheid bewijzen, maar het oorzakelijk verband *kan* worden verbroken door een eigen fout van het slachtoffer waardoor de last rustend op de schuldenaar wordt vergroot en deze schade lijdt.

3. Sommige rechters volgen de bovenstaande stelling. Zij aanvaarden dat, wanneer het slachtoffer van een ongeval kennelijk nalatig was om zijn rechten door de rechter te doen erkennen, hij geen aanspraak kan maken op vergoedende interest voor de periode waarin hij zijn eis niet activeerde of niet naar behoren, d.w.z. als een normaal en zorgvuldig handelend slachtoffer, benaastigde. Het Hof van Cassatie keurt zelfs, zij het binnen de hem zeer beperkte controlemacht inzake schadeloosstelling en onrechtmatige daad – de feiten-rechter oordeelt immers soeverein of er vergoedende interesten dienen toegekend te worden – soms deze stelling goed (Cass., 18 september 1996, *Arr. Cass.*, 1996, 769). De vergoedende interesten maken trouwens deel uit van de vergoeding van de opgelopen schade, zodat het aannemelijk overkomt dat het slachtoffer van het recht op vergoeding kan worden beroofd wanneer het zelf nalatig was. Het slachtoffer heeft een schadebeperkingsplicht, luidt het dan dikwijls.

Deze nalatigheid van het slachtoffer kan bestaan in het te laat tussenkomen (Rb. Namen, 21 april 1998, *J.T.*, 1998, 475), het te laat inleiden van het geschil (Rb. Bergen, 14 juni 1988, *R.G.A.R.*, 1992, nr. 12.023), het te laat concluderen (Corr. Bergen, 18 september 1986, *R.G.A.R.*, 1988, nr. 11.408; Arbrb. Brussel, 19 juni 1997, *J.T.T.*, 1998, 388), het te laat indienen van de schade-eis na de neerlegging van een gerechtelijk deskundig verslag (Brussel, 20 juni 1984, *R.G.A.R.*, 1986, nr. 11.017; Corr. Leuven, 15 mei 1986, *R.G.A.R.*, 1988, nr. 11.336; Rb. Namen, 6 september 1990, *De Verz.*, 1990, 833; Pol. Vilvoorde, 10 mei 1989, *De Verz.*, 1989, 551) of het systematisch vertragen van de procedure (*cf.* Brussel, 4 juni 1992, *R.G.A.R.*, 1994, nr. 12.323).

4. Nochtans is het louter stilzitten op louter procedureel gebied, zoals het hof van beroep in de geannoteerde zaak terecht beklemtoonde, onvoldoende: diegene die de interesten moet betalen, moet bewijzen dat het slachtoffer een nalatigheid heeft begaan waardoor schade wordt geleden, en het slachtoffer handelt slechts nalatig wanneer de vereiste zorgvuldigheid niet in acht wordt genomen. Art. 1382 B.W. formuleert immers een inspanningsverbintenis, wat de appreciatie natuurlijk niet vergemakkelijkt.

Om te oordelen of het slachtoffer wel foutief handelde, verwijzen sommigen in dit licht naar het ingewikkelde karakter van het samen te stellen shadedossier. Het lijkt inderdaad logisch dat aan het slachtoffer de nodige, redelijke tijd moet worden gegund om zijn vordering behoorlijk te kunnen formuleren (*cf.* Corr. Charleroi, 30 maart 1984, *R.G.A.R.*, 1986, nr. 11.072: 17 maanden na neerlegging van expertiseverslag als *voorbereidingstijd*) en zijn verdediging voor te bereiden. De verandering van raadsman is daarentegen geen verontschuldiging (Pol. Vilvoorde, 10 mei 1989, *De Verz.*, 1989, 551).

5. Niettemin blijft het foutaspect een delicaat gegeven, zeker wanneer (de raadsman van) het slachtoffer naliet om gedurende verscheidene jaren de procedure te benaastigen om schadevergoeding te verkrijgen, terwijl daartoe geen enkel beletsel (meer) was.

Vanuit louter pragmatisch oogpunt is het natuurlijk voldoende dat er wordt aanvaard dat diegene die de interesten moet betalen, een van de constitutieve bestanddelen van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht niet bewijst opdat zijn stelling zou worden afgewezen. Benevens de fout, moeten nog de schade en het oorzakelijk verband tussen de eventuele nalatigheid en de schade worden bewezen. Terwijl het bewijs van de fout meestal, zeker bij kennelijk abnormale vertragingen eenvoudig lijkt, is het bewijs van de doorbraak van de causaliteit door de eigen fout van het slachtoffer en het bewijs van vermeende schade minder evident.

6. Dikwijls stellen rechters vast dat de verzekeraar of zijn verzekerde zich vergenoegen met een afwachtende houding aan te nemen en dat zij zelf nalaten om de procedure te bespoedigen door hetzij het neerleggen van conclusies, hetzij het aanbieden van een billijke vergoeding ten belope van de bedragen die men zeker zal verschuldigd zijn (*cf.* Corr. Nijvel, 11 juni 1987, *R.G.A.R.*, 1988, nr. 11.407). Volgens deze stelling doorbreekt de inertie van het slachtoffer niet de causaliteit tussen het eigenlijke ongeval en de schade, daarin begrepen de vergoedende interesten, en moeten diegenen die de interesten moeten betalen *in eigen boezem* kijken.

Nochtans is de enkele vaststelling dat diegene die de interesten moet betalen zelf inert handelde, onvoldoende om

zijn vordering tot afwijzing van extra-interessen ongegrond te verklaren.

Reeds in 1983 oordeelde het Hof van Cassatie dat de beslissing houdende veroordeling van de beklaagde, aansprakelijke dader van een verkeersongeval, of zijn verzekeraar, om benevens verschillende vergoedingen een vergoedende rente te betalen, niet naar recht is verantwoord als het arrest de conclusies van de verzekeraar dat noch de verzekeringsmaatschappij noch de verzekerde de gevolgen moesten dragen van de inertie van het slachtoffer, die meer dan zes jaar had gewacht om zijn vordering in te stellen, uitsluitend beantwoordt door te zeggen dat de toekenning van de (volledige) vergoedende rente niet in de weg staat, aangezien de verzekeraar en/of de verzekerde over middelen beschikten om de procedure zelf te bespoedigen (Cass., 19 oktober 1983, *Arr.Cass.*, 1983-84, 184).

De controle van het Hof van Cassatie leidt ertoe dat de rechtbanken beter moeten motiveren en dit in het licht van de equivalentie van de fouten. De omstandigheid dat diegene die interesten moet betalen eenzelfde inertie aan de dag legde als het slachtoffer, bevrijdt het slachtoffer niet noodzakelijk van zijn aansprakelijkheid. Eens dat de fout van het slachtoffer werd vastgesteld, kan men deze inderdaad niet zonder meer negeren.

7. De oplossing lijkt dan ook te liggen in de aanvaarding dat diegene die interesten moet betalen geen schade bewijst, zeker wanneer, zoals vermeld vanuit pragmatisch oogpunt, men slechts één van de constitutieve bestanddelen van art. 1382 B.W. wil bespreken. Deze vaststelling is inderdaad voldoende om de stelling van diegene die interesten moet betalen af te wijzen en aan het slachtoffer volledig interestvergoeding toe te kennen, hoe lang het slachtoffer ook wachtte met het activeren van zijn schade-eis.

Uiteindelijk moet diegene die interesten moet betalen aantonen dat er een bijkomende schade is ontstaan door de inertie van het slachtoffer en dat de lasten zijn vergroot, maar dit bewijs wordt zelden, ja zelfs nooit geleverd. Het bezit van de fondsen gedurende het stilzitten van het slachtoffer zorgt immers voor beleggingsinteresten en de vergroting van de last bestaat slechts in het verschil tussen de intussen opgebrachte beleggingsinteresten en de door het slachtoffer gevorderde vergoedende interesten aan de wettelijke of een andere interestvoet.

Precies de mogelijkheid van de rechtbank om op onaanastbare wijze en in feite, binnen de perken van de conclusies die zijn genomen door de procespartijen, de rentevoet van de vergoedende interesten vrij vast te stellen, zorgt er wellicht voor dat de verzekeraars zich zeer terughoudend opstellen bij het bewijs van hun vermeende schade die zou zijn ontstaan door de inertie van het slachtoffer bij de samenstelling van zijn schade-eis.

Het zal natuurlijk niet voldoende zijn om te verwijzen naar de rentevoeten die de financiële instellingen hanteren voor de *gewone* consument; het bewijs van de eventuele schade is ongetwijfeld moeilijker. De verzekeraars kunnen inderdaad, zoals investeerders, hun fondsen beleggen aan interessante interestvoeten die de wettelijke interestvoet overschrijden. Bij gebrek aan bewijs van enige schade moet dan ook de vordering van diegene die de interesten moet betalen, worden afgewezen.

De vaststelling dat er geen schade wordt bewezen, zorgt er op zichzelf voor dat de poging van de verzekeraar om de

loop der interesten te stuiten, niet kan worden aanvaard (Brussel, 7 maart 1990, *R.G.A.R.*, 1993, nr. 12.091; Bergen, 10 maart 1988, *Rev. Rég. Dr.*, 1989, 17; Corr. Brussel, 19 december 1989, *Verkeersrecht*, 1990, 206; Corr. Brussel, 6 juni 1989, *R.G.A.R.*, 1992, nr. 12.055; Corr. Charleroi, 29 november 1984, *R.G.A.R.*, 1986, nr. 11.018; Pol. Brussel, 29 maart 1996, *De Verz.*, 1996, 538).

8. Bestaan er andere oplossingen? Het toekennen van een lagere interestvoet dan de wettelijke interestvoet aan het slachtoffer (voor een toepassing: Rb. Marche-en-Famenne, 28 februari 1991, *T.B.B.R.*, 1992, 88; Rb. Namen, 6 september 1990, *De Verz.*, 1990, 833; Rb. Marche-en-Famenne, 11 februari 1988, *R.G.A.R.*, 1990, nr. 11.721) of het verschuiven van de vertrekdata van de vergoedende interesten (voor een toepassing: Antwerpen, 10 mei 1988, *De Verz.*, 1988, 545, noot Konings, Chr.; Corr. Bergen, 18 september 1986, *R.G.A.R.*, 1988, nr. 11.408)? Ons aansprakelijkheidsgevoel aanvaardt niet dat fouten zonder gevolg blijven, maar uiteindelijk blijft ook hier het probleem bestaan van het bewijs van de schade. Verlaging van interestvoet of verschuiven van vertrekdata vergen eveneens het bewijs door de verzekeraar of zijn verzekerde van de door hen geleden schade, en wanneer de interestvoet of de vertrekdata voor de vergoedende interesten uitsluitend zouden worden aangepast omdat het slachtoffer inert handelde, komt zo'n standpunt als onwettig over en zou het niet de controle door het Hof van Cassatie (of door de appèlrechter) mogen doorstaan.

9. Stippen we ten slotte nog aan dat het motief van het hof van beroep dat appellant ook het voordeel van het bezit van de fondsen heeft gehad, op zijn minst merkwaardig is, omdat in de geannoteerde zaak niet de aansprakelijkheidsverzekeraar procedeerde. Het was wellicht beter te motiveren dat appellant niet aantoonde dat hij enige schade leed, aangezien de schadevergoeding, daarin begrepen de vergoedende interesten, in wezen is verschuldigd door zijn verzekeraar, die de leiding van het geding op zich had genomen en dus elke mogelijkheid van regres bij voorbaat had verbeurd.

Peter Geuens
Advocaat

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN AFDELING HASSELT

4e KAMER – 27 APRIL 1999

Voorzitter: de h. Martens

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Hellings en Vanbuel

Openbaar ministerie: de h. D'Halleweyn

Advocaten: mrs. Cielen loco Nulens en Descamps

Sociale Zekerheid Werknemers – Bijdragen – Bijdragegrondslag – Loonbegrip – Uitgesloten sommen – Bewijslast – Kosten ten laste van de werkgever – Begrip – Forfaitaire onkostenvergoeding – Verfrissingsvergoeding

Ten aanzien van de sommen die aan de werknemers worden uitgekeerd en die door de Socialezekerheidswet 1969 worden uitgesloten uit het loonbegrip als grondslag voor de berekening van de socialezekerheidsbijdragen, draagt de werkgever de be-

wijslast van de aard en de realiteit van die sommen, alsmede van de evenredigheid ervan met de beweerde kosten die ze beogen te vergoeden.

Onder de uit het loonbegrip gesloten «kosten die ten laste vallen van de werkgever» dienen o.m. te worden verstaan, kosten die wel worden gemaakt als gevolg van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, maar die niet noodzakelijk inherent zijn aan de eigenlijke uitvoering, voor zover de werkgever verplicht is die kosten te dragen krachtens een wet, c.a.o., individuele overeenkomst of zelfs een eenzijdige verbintenis.

De forfaitaire terugbetaling van kosten schept als zodanig geen vermoeden dat zij eigenlijk door de werknemer moeten worden gedragen en dus vermomd loon zijn.

De toegekende forfaitaire «verfrissingsvergoeding» vormt te dezen «kosten ten laste van de werkgever».

N.V. T. t/ R.S.Z.

...

Zijn functie impliceert dat V. praktisch de volledige dag op de baan is, zodat hij tal van onkosten zelf dient voor te schieten, zoals telefoongesprekken na de diensturen, klein bureelmaterieel, bij hem thuis verfrissingen en het onderhouden van de relaties met de leveranciers.

In september 1992 werd de onkostenvergoeding verhoogd, «gezien de uitbreiding van het klantenpotentieel». Vanaf dit moment wordt de vergoeding gesplitst in 3.000 frank telefoonkosten en 12.000 fr. algemene onkosten.

Na briefwisseling terzake gevoerd te hebben besluit geïntimeerde in zijn brief van 12 juli 1996 dat «voor geen enkele van de uitgekeerde forfaitaire onkostenvergoedingen bewijsstukken (worden) voorgelegd, waaruit blijkt dat deze forfaits overeenkomen met de werkelijke uitgaven» en gaat hij over tot een bericht van wijziging, waaruit de huidige vordering voortvloeit. Tevens werd meegedeeld dat werd overgegaan tot ambtshalve regularisatie van de oorspronkelijk niet aangegeven forfaitaire onkostenvergoedingen die werden uitbetaald aan V.

...

1. ...

2. Socialezekerheidsbijdragen worden berekend op grond van het loon van de werknemer (art. 14 van de R.S.Z.-wet 1969). Onder «loon» moet volgens art. 14, § 2, van R.S.Z.-wet worden verstaan datgene wat door art. 2 van de Loonbeschermingswet als loon wordt beschouwd.

3. Art. 2 van de Loonbeschermingswet bepaalt als volgt wat onder «loon» moet worden verstaan: 1° het loon in geld waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever; 2° de fooien of het bedieningsgeld; 3° de in geld waardeerbare voordelen.

4. Het K.B. van 28 november 1969 (uitvoerings-K.B. van de R.S.Z.-wet) bepaalt in art. 19 een aantal vergoedingen, waarvan enkele normaal de bescherming van de Loonbeschermingswet kunnen genieten, die niet onder toepassing vallen van het in de sociale zekerheid geldende loonbegrip, zodat geen inhoudingen of bijdragen erop verschuldigd zijn. Zo worden ondermeer niet als loon aangemerkt: «de bedragen die gelden als terugbetaling van de kosten die de werknemer heeft verricht om zich van zijn woonplaats naar zijn werkplaats te begeven, alsook de kosten die ten laste van zijn werkgever vallen» (art. 19, § 2, 4, K.B. 28 november 1969).

Uit de ruime omschrijving van het loonbegrip, namelijk dat de door de werkgever aan zijn werknemer uitbetaalde vergoedingen loon uitmaken, volgt dat het aan de werkgever behoort aan te tonen dat de vergoedingen *in casu* kosten uitmaken in de zin van voornoemde omschrijvingen.

5. Naar het oordeel van het Hof dient uit de wettelijke principes te worden afgeleid dat de bewijslast bij de werkgever ligt (Cass., 9 oktober 1989, *J.T.T.*, 1990, 252).

Dit bewijs moet betrekking hebben op enerzijds de aard van de kosten (zijn het kosten ten laste van de werkgever?), anderzijds op de realiteit van de kosten (werden de kosten daadwerkelijk door de werknemer gemaakt en gedragen?), en ten slotte op de evenredigheid tussen de omvang van de kosten en de vergoeding (betekenen de vergoedingen geen verrijking van de werknemer?) (Cass., 14 oktober 1985, *J.T.T.*, 1986, 161; Cass., 17 mei 1993, *R.W.*, 1993-94, 399, *J.T.T.*, 1993, 258; *Arbh. Antwerpen*, 20 september 1991, *J.T.T.*, 1992, 470).

6. Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt dat de vraag of kostenvergoedingen, zijnde de terugbetaling door de werkgever aan de werknemer van kosten, al dan niet loon is, nu eens bevestigend dan weer ontkennend wordt beantwoord.

Er is een onderscheid tussen twee soorten kosten. De terugbetaling van sommige kosten behoort wezenlijk niet tot het loon, terwijl die van andere in beginsel wel tot het loon behoort maar door een uitdrukkelijke bepaling daarvan kan worden uitgesloten (Cass., 12 februari 1990, *R.W.*, 1989-90, 1362, met conclusie van het openbaar ministerie). Het onderscheid kan ook artificeel zijn (W. Van Eeckhoutte «Het begrip loon in de bijdrageregeling van het sociale-zekerheidsstelsel voor werknemers», in «Het loonbegrip», Brugge, die Keure, 1995, blz. 15).

7. Art. 20, 1°, van de Arbeidsovereenkomstenwet kan verleend worden met de bepalingen betreffende de andere gelijksoortige betalingen die niet als loon worden aangemerkt, niet alleen volgens art. 19, § 2, 4°, maar ook volgens het 5° en 6° van dezelfde paragraaf.

In het 5° en 6° gaat het onmiskenbaar om kosten die inherent zijn aan de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, namelijk: 5°, de voordelen in de vorm van arbeidsgereedschap of werkkleding; 6°, de bedragen die de werkgever aan de werknemer betaalt teneinde zich te kwijten van zijn verplichting om arbeidsgereedschap of werkkleding te bezorgen of om te zorgen voor kost en inwoning, wanneer de werknemer ver van zijn woning is tewerkgesteld.

In het 4° wordt in de eerste plaats melding gemaakt van «de bedragen die gelden als terugbetaling van de kosten die de werknemer heeft verricht om zich van zijn woonplaats naar zijn werkplaats te begeven». Dat zijn de kosten die niet inherent zijn aan de eigenlijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Welke arbeid de werknemer ook verricht, de reiskosten zijn altijd dezelfde. Zij zijn niet afhankelijk van de verrichte arbeid, maar van de afstand tussen de verblijfplaats en de arbeidsplaats, alsook van het vervoermiddel dat de werknemer gebruikt. Daarover beslist hij vrij, tenzij anders is overeengekomen. Daarom worden die kosten in beginsel ook door de werknemer zelf betaald, zonder bijdrage van zijn werkgever. De reiskosten worden gedaan om de werknemer op de arbeidsplaats te brengen, maar hebben geen rechtstreeks verband met de eigenlijke arbeidsverrichting. Zij worden wel gedaan als gevolg van, in verband met

of ter gelegenheid van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, maar zijn niet inherent aan de eigenlijke uitvoering ervan.

Wanneer het K.B. van 28 november 1969 dan in hetzelfde 4° van art. 19, § 2, daarna melding maakt van «de kosten die ten laste van de werkgever vallen», mag men aannemen dat daarmee kosten zijn bedoeld die van dezelfde aard zijn als reiskosten of zulks kunnen zijn, namelijk kosten die wel worden gedaan als gevolg van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst maar niet, althans niet noodzakelijk, inherent zijn aan de eigenlijke uitvoering.

Kosten die alleen verband houden met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst zonder inherent te zijn aan de eigenlijke uitvoering worden door de werknemer zelf gedragen. Zij vallen ten laste van de werkgever zo deze zich daartoe heeft verbonden. Ook op dit punt is er een wezenlijk verschil met kosten die inherent zijn aan de eigenlijke uitvoering. Deze vallen uiteraard ten laste van de werkgever zonder uitdrukkelijke verbintenis van zijnentwege. Hij is van die last alleen ontheven indien de werknemer zich ertoe verbonden heeft die last op zich te nemen.

Kosten die ten laste van de werkgever vallen zijn dus: 1°, de kosten die inherent zijn aan de eigenlijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst, ook zonder uitdrukkelijke verbintenis van de werkgever, tenzij partijen het tegendeel hebben bedongen; 2°, de kosten die het gevolg zijn van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, zonder inherent aan die uitvoering te zijn, in zoverre de werkgever ertoe verplicht is die kosten te dragen krachtens een wet, een C.A.O., een individuele overeenkomst of zelfs een eenzijdige verbintenis van de werkgever» (conclusie van advocaat-generaal Bresselleers voor Cass., 17 mei 1993, *R.W.*, 1993-94, 400, *Arr.Cass.*, 1993, nr. 239).

8. De stelling dat een *forfaitaire* terugbetaling of vergoeding van kosten een vermoeden schept dat de kosten eigenlijk door de werknemer moeten worden gedragen, zodat de terugbetaling ervan door de werkgever een vorm van vermoed loon is, kan niet worden gevolgd. *Forfaitaire* vergoedingen kunnen immers ook in aanmerking worden genomen wanneer de werkelijke kosten moeilijk kunnen worden bepaald of de berekening of de terugbetaling ervan op praktische bezwaren stuit wegens bewijsmoeilijkheden of om het houden van een uitgebreide administratie betreffende kleine bedragen te vermijden. Het is fout daaruit gevolgtrekkingen te halen met betrekking tot het dragen van lasten, indien uit niets blijkt dat de toekenningen kennelijk onevenredig zijn met de gemaakte kosten. Een soort marginale toetsing dringt zich hier op.

Vergoedingen voor reis- en telefoonkosten die de werkgever ingevolge de arbeidsovereenkomst aan een personeelslid moet betalen, moeten als loon worden aangemerkt voor het vaststellen van de bijdragen van de sociale zekerheid, indien uit de arbeidsovereenkomst of uit de uitvoering die de partijen eraan geven, blijkt dat de kosten waarop ze betrekking hebben, niet ten laste van de werkgever vallen. Uit de vaststelling dat de vergoeding voor reis- en telefoonkosten die de werkgever aan zijn directeur betaalt, door de arbeidsovereenkomst forfaitair worden vastgesteld of forfaitair werden geregeld, kan de rechter wettig afleiden dat deze vergoedingen geen terugbetaling vormen van kosten die ten laste van de werkgever vallen, maar loon zijn voor de bereke-

ning van de socialezekerheidsbijdragen (Cass., 14 oktober 1985, *R.W.*, 1985-85, 2342).

...

10.1. Geïntimeerde betwist in de eerste plaats dat de vergoeding voor de aangerekende «verfrissingen» (verfrissingsvergoeding) betrekking heeft op «kosten ten laste van de werkgever».

Geïntimeerde dient te worden gevolgd in zijn stelling dat dit, behoudens andersluidende contractuele bepalingen, kosten zijn eigen aan de werknemer. De uitgaven voor eigen drank en eten behoren tot de normale besteding van het loon en kunnen niet als onkosten eigen aan de arbeid worden beschouwd. Dit zou enkel kunnen voor de meerkosten van deze uitgaven die door de verplaatsing ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst worden teweeggebracht.

Er bestaat een algemene verplichting (A.R.A.B.) om aan de werknemers drinkwater ter beschikking te stellen. Deze kosten zijn echter niet inherent aan de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, zodat de werkgever de bewijslast heeft aan te tonen dat er een concrete wettelijke, contractuele bepaling of eenzijdige verbintenis van toepassing is die deze kosten te zijnen laste legt.

Nu een eenzijdige verbintenis voldoende is om de kosten ten laste te leggen van de werkgever, blijkt uit de volgehouden wil deze kosten te vergoeden dat deze vergoedingen vallen in een verbintenis van de werkgever om de bedoelde kosten te vergoeden.

Aangezien het A.R.A.B. de algemene verplichting tot het verschaffen van drinkwater oplegt, dienen deze kosten te worden aangemerkt als volgende uit de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, zonder dat ze eraan inherent zijn. Het betreft dus kosten ten laste van de werkgever.

Aangezien dorst een algemeen menselijke behoefte is, kan de realiteit van het voldoen van deze behoefte worden aangenomen. Het is naar het oordeel van het hof immers niet aannemelijk dat er bij dienstreizen drankvoorzieningen zijn waar de werkgever *in natura* drank ter beschikking stelt, zodat mag worden aangenomen dat de werknemer deze kosten zelf diende te dragen.

Inzake de omvang en het aandeel van de vergoeding stelt het hof vast dat de *forfaitaire* onkostenvergoeding niet nader wordt uitgesplitst of toegelicht door appellante.

Het openbaar ministerie, in het ter openbare terechtzitting van 9 maart 1999 uitgebrachte schriftelijk advies, is van oordeel dat de enige wettelijke verplichting betrekking heeft op het verschaffen van drinkwater, en dat hier ten hoogste 60 frank per werkdag aangerekend kan worden. *In concreto* oordelend is het Hof evenwel van oordeel, rekening houdende met de algemene geldende en gekende kostprijzen en tarieven, dat te dezen een bedrag van 120 frank in aanmerking te nemen valt.

...

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE LEUVEN

TWEEDE KAMER – 14 SEPTEMBER 1999

Voorzitter: de h. Fourie

Rechters in handelszaken: de h. Boon en de h. Denon

Advocaten: mrs. Devos, Herinckx, de Voghel en Marneffe

Arbitrage – Concessieovereenkomst – Verdrag van New York – Arbitreerbaarheid

De geldigheid van een arbitrageclausule in een concessieovereenkomst dient te worden getoetst aan de autonomiewet. Volgens het verdrag van New York van 10 juni 1958 kan de arbitreerbaarheid van het geschil slechts aan de lex fori worden onderworpen ingeval van een vordering tot erkenning en tenuitvoerlegging van een reeds bestaande arbitrale uitspraak. Derhalve dient ten tijde van het opwerpen van de exceptie van onbevoegdheid enkel te worden nagegaan of geschillen over de eenzijdige beëindiging van alleenverkoopovereenkomsten volgens de lex contractus arbitreerbaar zijn.

N.V. W. t/ Vennootschap naar Nederlands recht B.V. D. en N.V. D.

1. Eiseres vordert dat voor recht wordt gezegd dat eerste verweerster contractbreuk heeft gepleegd en dat tweede verweerster derde-medeplichtig is aan deze contractbreuk. In conclusies vordert zij de veroordeling van beide verweersters solidair, *in solidum* of de ene bij gebreke van de andere tot betaling van 40.634.162 fr. opzegvergoeding voor 24 maanden, meer interesten vanaf 9 juli 1998.

2. De tegenvordering van tweede verweerster strekt ertoe eiseres te horen veroordelen tot betaling van 200.000 fr. uit hoofde van tergend en roekeloos geding.

3. Aan de basis van het geschil ligt een exclusieve distributieovereenkomst van onbepaalde duur van 1 oktober 1979, evenwel pas ondertekend op 13 augustus 1980 (D.) respectievelijk 10 oktober 1980 (N.V. D.), gesloten tussen de N.V. D., rechtsvoorgangster van eiseres, en eerste verweerster, houdende een alleenverkooprecht ten voordele van N.V. D. van alle D.-producten op het grondgebied van België en het Groothertogdom Luxemburg.

...

8. Beide verweersters roepen *in limine litis* de onontvankelijkheid van de vordering in op grond van onbevoegdheid van deze rechtbank, aangezien art. 18 van de distributieovereenkomst enkel het Nederlandse recht van toepassing verklaart en bovendien een arbitragebeding bevat, volgens welk alle geschillen die uit de overeenkomst voortvloeien zullen worden beslecht overeenkomstig de verzoenings- en arbitrageregels van de Internationale Kamer van Koophandel.

Er dient te worden opgemerkt dat deze exceptie niet de bevoegdheid van de Belgische rechter betreft, maar wel diens rechtsmacht (voor het onderscheid: zie J. Laenens, «Overzicht rechtspraak: De bevoegdheid (1979-1992)», *T.P.R.*, 1993, 1484; Dauwe e.a., *Commentaar bij de nieuwe wet op het faillissement van 8 augustus 1997*, Ced. Samson, 1998, p. 257, nr. 285).

9. Eiseres baseert zich op art. 4 van de Belgische wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van verkoopconcessies voor onbepaalde duur volgens welk de benadeelde concessiehouder bij de beëindiging van de concessie met uitwerking op het Belgische grondgebied «in elk geval» de concessiegever voor de Belgische rechtbank mag dagvaarden en er de Belgische wet mag laten toepassen, om uit de woorden «in elk geval» en uit art. 6 van de wet (die van dwingend recht is) te besluiten dat deze rechtbank rechtsmacht heeft, ongeacht tegenstrijdige overeenkomsten, zo-

als het arbitragebeding, gesloten vóór de beëindiging van de overeenkomst.

10. De geldigheid van een arbitrageclausule in een concessieovereenkomst dient te worden getoetst aan de *autonomiewet*. Volgens het verdrag van New York van 10 juni 1958 wordt de mogelijkheid van arbitrage slechts aan de *lex fori* onderworpen ingeval van een vordering tot erkenning en tenuitvoerlegging van een reeds bestaande scheidsrechterlijke beslissing (art. II verdrag van New York van 10 juni 1958; Antwerpen, 15 september 1997, *T.B.H.*, 1998, 132; Brussel, 4 oktober 1985, *J.T.*, 1986, 93, met noot Kohl; Kh. Hasselt 24 december 1996, *T.B.H.*, 1997, 270; Kh. Brussel, 5 oktober 1994, *J.T.*, 1995, 344, met noot B. Hanotiau; Kh. Leuven, 24 maart 1992, *T.B.H.*, 1993, 1131; Kh. Brussel, 29 oktober 1991, *T.B.H.*, 1993, 1118; Chambre de Commerce Internationale, nr. 6379 van 1990, *T.B.H.*, 1993, 1134, met noot Hanotiau; Keutgen en Huys, «Chronique de jurisprudence: l'arbitrage», *J.T.*, 1988, 418).

Het argument van eiseres dat dit standpunt (dat overigens steeds meer veld blijkt te winnen in rechtsleer en rechtspraak) zou leiden tot in België onuitvoerbare arbitrale uitspraken, is, wanneer de door haar aangehaalde Belgische cassatierechtspraak van 28 juni 1979 inzake de erkenning van arbitrale uitspraken toegepast zou blijven worden, mogelijk, maar in dit stadium van de zaak niet aan de orde en zeker geen voldoende reden om de contractvrijheid van partijen aan banden te leggen.

11. Te dezen is de *lex contractus* de Nederlandse wetgeving, aangezien partijen zeer uitdrukkelijk overeenkwamen dat de overeenkomst onderworpen zou zijn aan het Nederlandse recht (art. 18).

Er is geen enkele aanvaardbare reden om partijen bij het sluiten van internationale overeenkomsten te verbieden uitdrukkelijk en vrij te bedingen welk recht hun contract zal beheersen. Deze wilsovereenstemming dient te worden gerespecteerd, en het tegendeel zou een ernstige miskenning van de algemene regel van de contractvrijheid betekenen.

Er dient derhalve te worden nagegaan of geschillen over de eenzijdige beëindiging van alleenverkoopovereenkomsten naar Nederlands recht arbitabel zijn. Partijen zijn het erover eens dat dergelijke geschillen naar Nederlands recht vatbaar zijn voor arbitrage. Bijgevolg heeft deze rechtbank geen rechtsmacht om kennis te nemen van het geschil.

12. De vordering van eiseres, ertoe strekkende voor recht te zeggen dat eerste verweerster zich aan contractbreuk schuldig zou hebben gemaakt, valt geenszins onder de bepalingen van art. 2 of 3 van de wet van 27 juli 1961. Zelfs indien de arbitrageclausule ongeldig zou zijn voor wat de vorderingen tot betaling van opzegvergoedingen betreft, *quod non*, zou het beding nog altijd geldig blijven voor de vordering ertoe strekkende de beweerde contractbreuk vast te stellen.

Aangezien de vordering die eiseres tegen tweede verweerster instelde op grond van beweerde derde-medeplichtigheid aan contractbreuk vanzelfsprekend enkel kan worden ingewilligd wanneer contractbreuk van eerste verweerster wordt aangenomen, dient de rechtbank zich, ingevolge verknochtheid met een vordering waarvoor zij geen rechtsmacht heeft, eveneens zonder rechtsmacht te verklaren voor de vordering tegen tweede verweerster, alsook voor de tegenvordering van tweede verweerster op grond van tergend en roekeloos geding.

NOOT – *De beoordeling door de Belgische rechter, ten tijde van het opwerpen van de exceptie van onbevoegdheid, van de arbitreerbaarheid van een geschil inzake de eenzijdige beëindiging van een alleenverkoopconcessie*

1. Over het antwoord op de vraag aan de hand van welke wet de Belgische rechter moet nagaan of een geschil inzake internationale contracten, en in het bijzonder een geschil aangaande de eenzijdige beëindiging van een voor onbepaalde tijd verleende alleenverkoopconcessie, bedoeld in de wet van 27 juli 1961 vatbaar is voor beslechting door arbitrage, m.a.w. «arbitreerbaar» is, blijkt nog steeds geen rechtszekerheid te bestaan.

2. Veelal zal het probleem van de arbitreerbaarheid van het geschil rijzen voor de aangeduide arbitrale instantie. Maar ook gerechten kunnen worden geconfronteerd met deze probleemstelling, hetzij in het kader van een vordering tot erkenning en tenuitvoerlegging (art. 1723, 2°, Ger.W.) of een vordering tot vernietiging van de arbitrale uitspraak (art. 1704, 2, b), Ger.W.), hetzij nog alvorens deze uitspraak wordt geveld (impliciet: art. 1679, 1, Ger.W.). Deze laatste situatie doet zich voor wanneer een van de contractpartijen de overeengekomen arbitrageclausule negeert en het geschil aanhangig maakt bij de normaal, volgens de gewone internationale rechtsmachtregels, bevoegde rechtbank. De tegenpartij zal dan, net zoals in bovenstaand vonnis, als verweer de exceptie van onbevoegdheid opwerpen met als grondslag de overeenkomst tot arbitrage (B. Hanotiau, «L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen», *J.D.I.* 1994, p. 899, nr. 6).

3. Traditioneel wordt de arbitreerbaarheid van een geschil omschreven als een voorwaarde voor de geldigheid van de arbitrageovereenkomst; bijgevolg determineert zij mede de rechtsmacht van arbiters (B. Hanotiau, *o.c.*, *J.D.I.* 1994, p. 899, nr. 1). De bepaling of de beslechting van een bepaald geschil kan worden overgelaten aan deze conventionele private rechtsmacht, behoort tot het monopolie van de wetgever van elke Staat. Door een geschil arbitreerbaar te verklaren, staat de rechtsorde immers de partijen toe om een geschil aan zijn gerechten, normaal bevoegd om er kennis van te nemen, te onttrekken. Een Staat zal een dergelijke houding slechts aannemen wanneer hij van oordeel is dat het geschil enkel privé-belangen betreft die tussen partijen onderling kunnen worden uitgevochten (P.-E. Partsch, «L'arbitralité des litiges dans la Convention de New York», *Act.Dr.* 1992, p. 1259, nr. 6).

4. Zo stelt het Belgische gemene recht dat de overeenkomst tot arbitrage een geschil tot voorwerp moet hebben waarover een dading mag worden aangegaan (art. 1676, 1, Ger.W.), maar dit onder voorbehoud van «uitzonderingen die elders in de wet voorkomen» (art. 1676, 3, Ger.W.). Onder deze uitzonderingen blijkt voornoemde wet van 27 juli 1961 te ressorteren, in de mate waarin zij in een beperkt dwingend beschermingsregime ten voordele van de concessiehouder voorziet.

Beperkt, omdat de bescherming van deze wet enkel geldt indien aan specifieke toepassingsvoorwaarden is voldaan. Het moet immers niet alleen gaan om een in principe voor onbepaalde tijd (art. 2, eerste lid; echter art. 3bis wet van 27 juli 1961) verleende alleenverkoopconcessie als omschreven in art. 1, die uitwerking heeft voor het gehele Belgische grondgebied of een deel ervan (art. 4, eerste lid). Maar bo-

vendien mag het geschil betreffende de beëindiging van een dergelijke concessieovereenkomst enkel slaan op het verkrijgen van schadevergoeding op grond van art. 2 en/of 3 van de wet (zie o.m. P. De Vroede, Y. Merchiers en I. Demuyne, «Overzicht van rechtspraak Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming (1992-1997)», *T.P.R.* 1999, (p. 131), p. 185 e.v., nrs. 92 e.v. en de verwijzingen naar rechtspraak aldaar). In een dergelijk geval kan de concessiehouder een zodanig geschil «in elk geval» voor een Belgische rechtbank («hetzij voor de rechter van zijn eigen woonplaats, hetzij voor de rechter van de woonplaats of de zetel van de concessiegever») brengen, welke dan «uitsluitend» de voor hem gunstige bepalingen van de wet van 1961 moet toepassen (art. 4). Omdat uit art. 6 blijkt dat de concessiehouder slechts afstand kan doen van de door deze wet geboden bescherming ná het einde van het contract waarbij de concessie is verleend, lijkt de geldigheid van een eerder gesloten arbitragebeding naar Belgisch gemeen recht *a priori* te worden uitgesloten.

5. Uit (de combinatie van) art. 4 en 6 van deze wet kunnen twee internationaal privaatrechtelijke figuren worden afgeleid. Allereerst houdt art. 4, weliswaar enkel in de bovengenoemde beperkte hypothese, een «samenloop» van rechtsmacht («Belgische rechtbank») en toepasselijk recht ten gronde («de Belgische wet») in (F. Rigaux, *Droit international privé*, I, Brussel, Larcier, 1987, nr. 272). Daarnaast blijkt uit de combinatie van beide artikelen dat de Concessiewet als forale voorrangsregel (*'loi d'application immédiate'*, F. Rigaux, *o.c.*, nr. 274; A. Nuyts, *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, V, Brussel, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, 1996, nr. 5) kan worden gekwalificeerd, namelijk een (unilaterale) wet die een bijzonder publiek belang incorporeert en die voor de voldoening ervan niet enkel een intern, maar ook een bepaald grensoverschrijdend toepassingsbereik rechtstreeks en dwingend opeist, welke ook de door de verwijzingsregels aangewezen toepasselijke wet is (J. Meeusen, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht – Analyse van het Belgische conflictenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 335 e.v.). Bijgevolg, zodra het geschil beantwoordt aan de hypothese van de Concessiewet, zou de Belgische rechter, bij wie het geschil aanhangig is gemaakt, zich in eerste instantie bevoegd moeten verklaren overeenkomstig deze wet, ondanks het gestipuleerde arbitragebeding. Vervolgens zou hij diens materiële regels moeten toepassen, wat ook het recht is dat van toepassing is op de grond van het geschil krachtens de klassieke conflictenregel inzake contracten, namelijk in principe de autonomie-wet.

6. Nochtans lijkt het Hof van Cassatie de rechtsmacht van de arbiters te aanvaarden, op voorwaarde dat het beschermingsregime van de Concessiewet door hen wordt gegarandeerd. In het cassatiearrest van 28 juni 1979 (*R.C.J.B.* 1981, 332, met noot R. Vander Elst) werd immers uitdrukkelijk gesteld dat de erkenning van een buitenlandse arbitrale uitspraak aangaande een geschil dat onder het toepassingsgebied van de Concessiewet valt, «in beginsel» enkel moet worden geweigerd indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan: de arbitrageovereenkomst is gesloten vóór het einde van het contract én partijen zijn overeengekomen hun rechtsbetrekkingen te laten beheersen door een vreemde wet.

Het cassatiearrest van 22 december 1988 (*Distributiewet 1987-1992*, 145, met noot R. Vander Elst) lijkt deze stellingname volgens sommigen (A. Nuyts, *o.c.*, nr. 10; R. Vander Elst, «Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en matière de concessions de vente exclusive», *Distributierecht 1987-1992*, (151) 153) impliciet te bevestigen in het geval dat de rechter zich moet uitspreken over de gegrondheid van de opgeworpen exceptie van onbevoegdheid, met de nuancering van de tweede voorwaarde in die zin dat de rechter enkel nog moet nagaan of de arbiters gehouden zijn het Belgische recht toe te passen. Bijgevolg zal in deze materie arbitrage naar Belgisch recht worden toegestaan indien vaststaat dat de Concessiewet op de grond van de zaak zal worden toegepast.

7. Beide cassatiearresten hebben nochtans de discussie in de Belgische rechtsleer en rechtspraak aangaande de wet die van toepassing is op de arbitreerbaarheid van het geschil inzake internationale contracten niet doen verstommen. Traditioneel kan men hieromtrent twee grote strekkingen onderscheiden, elk met eigen nuanceringen. Veelal pogen beiden een verantwoording te vinden in de voor België geldende verdragen inzake internationale arbitrage, namelijk het Verdrag van New York van 10 juni 1958 (goedgekeurd bij wet van 5 juni 1975, *B.S.* 15 november 1975) en het Verdrag van Genève van 21 april 1961 (goedgekeurd bij wet van 19 juli 1975, *B.S.* 17 februari 1976). Dit laatste verdrag is echter *in casu* niet van toepassing, omdat Nederland dit verdrag niet heeft geratificeerd.

8. Een eerste strekking is van oordeel dat de klassieke conflictenregel inzake contracten, de autonomiewet (namelijk de door de partijen gekozen wet) de arbitreerbaarheid van het geschil moet blijven beheersen. Hierbij mag men niet uit het oog verliezen dat het begrip «autonomiewet» betrekking kan hebben op het recht gekozen voor twee verschillende contracten, namelijk de arbitrageovereenkomst (*lex arbitrationis*; zie *infra*, nrs. 9-10) en het hoofdcontract, d.i. het contract dat de rechtsbetrekkingen ten gronde regelt (*lex causae*; zie *infra*, nr. 11).

9. De meerderheid van de rechtsleer (B. Hanotiau, *o.c.*, *J.D.I.* 1994, 899, nrs. 25 e.v.; A. Kohl, noot onder Brussel, 4 oktober 1985, *J.T.* 1986, 94-95; H. Van Houtte, «L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, II, Brussel, Nemesis, 1986, (821), nrs. 7 e.v.), en rechtspraak, zoals het geannoteerde vonnis, laat de arbitreerbaarheid van het geschil ressorteren onder de wet die van toepassing is op de arbitrageovereenkomst zelf (*lex arbitrationis*). Deze strekking meent evenwel, ingevolge voornoemd cassatiearrest van 28 juni 1979 en in navolging van het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 4 oktober 1985 (*J.T.* 1986, 93, noot A. Kohl), een onderscheid te moeten doorvoeren naargelang de rechter moet oordelen over de geldigheid van de arbitrageovereenkomst (exceptie van onbevoegdheid) of de geldigheid van de arbitrale uitspraak (erkenning en tenuitvoerlegging). Deze visie stelt namelijk dat de *lex fori* moet gelden wanneer de tenuitvoerlegging van een arbitrale uitspraak wordt gevraagd, aangezien de rechter dan uitvoerende kracht moet verlenen aan een private akte. Maar wanneer de rechter om de uitvoering van de arbitrageovereenkomst wordt verzocht en aangezien het cassatiearrest van 28 juni 1979 enkel de erkenningsprocedure betrof, dient onverkort de wil van de partijen, en bijgevolg de *lex arbitrationis* te worden nageleefd.

Gelet op de formulering van de voorziening in cassatie (zie *infra*, nr. 14), lijkt het cassatiearrest van 22 december 1988 hen echter geen determinerende bijdrage te leveren die van aard is hun opvatting te wijzigen (B. Hanotiau, «L'arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation d'une concession exclusive de vente à durée indéterminée» (noot onder Arbitrale uitspraak CCI nr. 6.379), *T.B.H.* 1993, (1146), nr. 4).

Een dergelijke interpretatie lijkt volgens hen bovendien volledig in overeenstemming met beide verdragen inzake internationale arbitrage. Art. V, 2, a), Verdrag van New York staat immers enkel in geval van een vordering tot erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitrale uitspraak toe de arbitreerbaarheid van het geschil te onderwerpen aan de *lex fori*. Aangaande de beoordeling van de geldigheid van de arbitrageovereenkomst preciseert art. II, 3 *juncto* 1, Verdrag van New York niet ten aanzien van welke wet een dergelijke beoordeling moet geschieden. Hieruit leidt deze strekking af dat door dit verdrag het principe van de *lex arbitrationis* niet in het gedrang wordt gebracht. Indien het Verdrag van Genève eveneens op het geschil van toepassing is, voorziet art. VI, 2, *in fine* echter wel uitdrukkelijk in de mogelijkheid de geldigheid van de arbitrageovereenkomst niet te erkennen indien het geschil volgens de *lex fori* niet vatbaar is voor arbitrage. Maar omdat alle partijen bij het Verdrag van Genève tevens partij zijn bij dat van New York en aangezien de *favor arbitrandum*-gedachte aan beide verdragen ten grondslag ligt, dient volgens deze strekking de arbitrageovereenkomst, die geldig is volgens de *lex arbitrationis*, toch uitwerking te krijgen (H. Van Houtte, *l.c.*, 821, nr. 9).

10. Hoewel Nuyts (*o.c.*, 6-57) tevens voorstander is van de autonomiewet in de zin van de gekozen *lex arbitrationis*, stelt hij, trouwens net als de verder aangehaalde rechtsleer, dat niets de toepassing van een verschillende conflictenregel verantwoordt naargelang de vraag naar de arbitreerbaarheid van het geschil rijst wanneer de rechter over de geldigheid van de arbitrageovereenkomst uitspraak moet doen dan wanneer hij de erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitrale uitspraak moet beoordelen. Volgens hem (*o.c.*, nrs. 48 en 49) is de controle door de Belgische rechter van de arbitreerbaarheid van het geschil ten aanzien van het Belgische recht niet strijdig met de verdragen inzake internationale arbitrage die de toepassing van de *lex fori* toelaten voor het bepalen van de geldigheid van de arbitrageovereenkomst. Dit is zeker het geval in het stadium van de erkenning en tenuitvoerlegging, omdat art. V, 2, a), Verdrag van New York een dergelijke controle expliciet toelaat. Omdat de *favor arbitrandum* niet voldoende precies en volledig is om als een algemeen erkend rechtsbeginsel (inzake de interpretatie van deze verdragen) te worden beschouwd, kan de *lex fori* ook onbetwistbaar gelden ten tijde van het opwerpen van de exceptie van onbevoegdheid, indien het Verdrag van Genève eveneens van toepassing is op het geschil (art. VI, 2, *in fine*). Zoniet kan, volgens Nuyts, geen duidelijke oplossing uit het Verdrag van New York worden gehaald en dient de vraag naar de arbitreerbaarheid van het geschil ten tijde van de beoordeling van de exceptie van onbevoegdheid te worden opgelost volgens de interne rechtsregels van elke Staat, partij bij het Verdrag. Nuyts is van oordeel dat naar Belgisch recht de vraag naar arbitreerbaarheid van het geschil in principe onderworpen is aan de *lex arbitrationis*, maar dat dit beginsel ter zijde kan worden geschoven door de dwingende voorrangsregels van het forum. Volgens hem heeft het

Hof van Cassatie in zijn beide voornoemde arresten niet aan dit principe geraakt. Het is slechts omdat de wet van 27 juni 1961 een rechtstreekse toepassing opeist, ongeacht de wet die van toepassing is op het hoofdcontract, dat de Belgische rechter, zowel de erkenning en tenuitvoerlegging moet weigeren indien deze wet niet door de arbiters is toegepast, als zich bevoegd moet verklaren indien de arbiters niet ertoe gehouden zijn deze wet toe te passen.

Bij beide nuanceringen van de (princiële) toepasbaarheid van de *lex arbitrationis* op de arbitreerbaarheid van het geschil stelt men vast dat veelal de wet van het hoofdcontract (*lex contractus*) subsidiair als *lex arbitrationis* wordt gehanteerd, indien partijen hun arbitrageovereenkomst niet uitdrukkelijk aan een bepaald recht hebben onderworpen, maar wel het recht hebben bedongen dat van toepassing is op de grond van het geschil. Deze situatie doet zich vaak voor wanneer een arbitragebeding wordt opgenomen in het hoofdcontract, zoals *in casu*. Volgens de Franse auteurs Fouchard, Gaillard en Goldman (*Traité de l'arbitrage commercial internationale*, Parijs, Litec, 1996, nrs. 423 e.v.) kan, wegens het algemeen erkende beginsel van de autonomie van de arbitrageovereenkomst, de bepaling van de *lex arbitrationis* niet geschieden door middel van een enkel vermoeden ten gunste van het samenvallen van de *lex contractus* met de *lex arbitrationis*. Bij gebreke aan een expliciete wil van partijen, lijkt de zetel van de arbitrage hen wellicht de meest geschikte aanknopingsfactor, althans in ieder geval indien partijen deze zetel zelf hebben gekozen. Bovendien duiden ook de verdragen inzake internationale arbitrage, bij gebreke aan rechtskeuze, het recht van het land waarin de arbitrale uitspraak is of zal worden gewezen, als toepasselijk recht op de arbitrageovereenkomst aan (art. V, 1, a) Verdrag van New York; art. VI, 2 Verdrag van Genève). Volgens Rigaux («L'autonomie de la clause compromissoire en droit belge», *Ann.dr.* 1961, 215242) verhindert echter de verwijzing naar de *lex contractus* niet de door de Belgische rechtspraak aanvaarde autonomie van het arbitragebeding.

11. Een kleiner deel van de voorstanders van de autonomiewet (F. Rigaux en M. Fallon, *Droit international privé*, II, Brussel, Larcier, 1993, nrs. 1414-1415; G. Van Hecke en K. Lenaerts, *Internationaal privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, nr. 853; Arbrb. Brussel, 19 oktober 1987, *R.A.B.* 1987, 375) meent dat de beoordeling van de arbitreerbaarheid van het geschil niet aan de *lex arbitrationis* kan worden overgelaten. Om te oordelen of een arbitragebeding geldig is ten aanzien van het voorwerp van het geschil en dit ongeacht het ogenblik waarop de rechter met deze vraag wordt geconfronteerd, moet volgens hen in beginsel steeds de wet die van toepassing is op dat voorwerp (*lex causae*) worden geraadpleegd. Inzake contracten is dit dus de wet die van toepassing is op de grond van het geschil (*lex contractus*), namelijk in principe de autonomiewet. Wanneer naast de *lex contractus* een dwingende beschermingswet, een forale of vreemde voorrangregel, op het contract van toepassing is, aanvaardt deze strekking evenwel dat de geldigheid van het arbitragebeding in feite zal afhangen van de toepasbaarheid van een dergelijke voorrangregel in de rechtsorde van de geadieerde rechter. Een dergelijke opvatting lijkt hen bovendien conform met de bepalingen van het Verdrag van New York en Genève, althans wat de voorrangregels van het forum betreft.

12. Een tweede strekking (P.E. Partsch, *l.c.*, (1259), nrs. 7 e.v.; evenwel met nuances: N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Parijs, 1999, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, nrs. 237 e.v.; Kh. Brussel, 10 september 1979, *T.B.H.* 1980, 601) meent de geldigheid van de arbitrageovereenkomst te moeten onderscheiden van de erkenning, hetzij (van de jurisdictionele gevolgen) van deze overeenkomst, hetzij van de arbitrale uitspraak. Volgens deze leer dient de rechter die wordt geconfronteerd met een arbitrageovereenkomst, eerst aan de hand van de wet die de arbiter zal toepassen of zou moeten hebben toegepast, namelijk, de autonomiewet in de zin van *lex arbitrationis*, na te gaan of deze overeenkomst wel rechtsmacht verleent aan deze arbiter, met andere woorden of deze wet het geschil arbitreerbaar acht. Dit lijkt hen in overeenstemming met art. V, 1, a), Verdrag van New York inzake de erkenning van de arbitrale uitspraak en art. VI, 2, Verdrag van Genève en art. II, 2 en 3, Verdrag van New York aangaande de beoordeling van de exceptie van onbevoegdheid. De arbitreerbaarheid van het geschil wordt hier bijgevolg opgevat als een voorwaarde van de totstandkoming van de arbitrageovereenkomst. Anderzijds moet de arbitrageovereenkomst eveneens de rechtsmacht van de geadieerde rechter kunnen uitsluiten. Enkel de Staat van wie de rechter zijn rechtsprekende bevoegdheid verkrijgt, kan hem deze bevoegdheid ontnemen. Bijgevolg moet de rechter volgens deze strekking ook nagaan of zijn eigen wet, de *lex fori*, het geschil arbitreerbaar acht. Ook dit standpunt achten zij conform aan art. V, 2, a), Verdrag van New York ten tijde van de erkenning van de arbitrale uitspraak en art. VI, 2, *in fine*, Verdrag van Genève, maar ook art. I, 1, *in fine*, Verdrag van New York ten tijde van de beoordeling van de exceptie van onbevoegdheid. Art. I, Verdrag van New York zou immers met de wet die de arbitreerbaarheid van het geschil moet bepalen, niet de autonomiewet bedoelen, want dan zouden de voorwaarden van arbitreerbaarheid (art. I, 1) en de andere voorwaarden voor de geldigheid van de arbitrageovereenkomst (art. I, 2 en 3) gezamenlijk zijn vermeld.

13. Het door het geannoteerde vonnis gehanteerde onderscheid tussen de fase van de beoordeling van de exceptie van onbevoegdheid (*lex arbitrationis*) en die van de erkenning en tenuitvoerlegging van de arbitrale uitspraak (*lex fori*) kan niet langer worden aanvaard. Allereerst is dit onbetwistbaar strijdig met het Verdrag van Genève (art. VI, 2), *in fine*). Maar ook indien, zoals *in casu*, enkel het Verdrag van New York van toepassing is, kan een dergelijk uitgangspunt resulteren in het onlogische resultaat dat de Belgische rechter de rechtsmacht van arbiters erkent, maar niet diens uitspraken (A. Nuyts, *o.c.*, nr. 32; F. Rigaux en M. Fallon, *o.c.*, nr. 1415 *in fine*). Een zodanige situatie kan zich *in casu* voordoen, aangezien de vordering tot het verkrijgen van een opzegvergoeding niet enkel tegen een Nederlandse, maar eveneens tegen een Belgische vennootschap is gericht. Bijgevolg valt het *a priori* niet uit te sluiten dat wanneer hierover een arbitrale uitspraak wordt gewezen, deze tenminste deels in België zal moeten worden tenuitvoergelegd. De opvatting van de rechtbank dat de erkenning van arbitrale uitspraken haar niet aanbelangt, omdat dit probleem hier niet aan de orde is, komt daarom enigszins cynisch over. Bovendien blijkt inzake concessieovereenkomsten zelfs het Brussels Hof van Beroep op dit onderscheid te zijn teruggeko-

men in het arrest van 9 december 1986 (*Distributierecht* 1987-1992, 141, met noot R. Vander Elst), in de mate waarin dit Hof de controle van de arbitreerbaarheid van het geschil op basis van de Concessiewet erkende en hierbij de motieven van het cassatiearrest van 28 juni 1979 inzake de erkenning van arbitrale uitspraken overnam, zonder zich af te vragen of een verschil in behandeling nodig is naargelang het Verdrag van Genève dan wel dat van New York van toepassing is.

14. Dit leidt ons tot het probleem van de toepasselijke wet op de arbitreerbaarheid van het geschil. Zoals de tweede strekking beweert, lijkt de cumulatieve toepassing van de *lex arbitrationis* en de *lex fori* mij het meest verantwoord. Bij de beoordeling van de exceptie van onbevoegdheid dient de rechter in eerste instantie vooruit te zien aan de hand van de wet die de arbiter zal toepassen of laatstgenoemde het geschil *überhaupt* arbitreerbaar zal achten. Aangaande het probleem of, bij gebreke aan een uitdrukkelijke keuze van de *lex arbitrationis*, de rechter de wet van de zetel van de arbitrage of de *lex contractus* zal moeten hanteren, lijken de verdragen inzake internationale arbitrage eerder te wijzen op eerstgenoemde wet. Maar omdat het gaat om de wet die de arbiter zal toepassen en uit de praktijk blijkt dat de meeste arbiters de arbitreerbaarheid van het geschil aan de hand van de *lex contractus* beoordelen, lijkt deze wet de bovenhand te krijgen. In tweede instantie dient de rechter na te gaan of zijn eigen wet, de *lex fori*, het geschil vatbaar acht voor beslechting door arbitrage, omdat hij, als orgaan van de Staat, slechts zijn bevoegdheid mag afwijzen indien zijn eigen recht dit toestaat. Hiermede loopt hij ook vooruit op een eventuele erkenning van de arbitrale uitspraak in zijn eigen land. Deze cumulatieve toepassing lijkt op het eerste gezicht strijdig met de zogezegde *favor arbitrandum*, maar is uiteindelijk meer realistisch en kan kostenbesparend werken.

Een dergelijke opvatting lijkt m.i. eveneens in overeenstemming met de verdragen inzake internationale arbitrage. Zij voorzien immers, naast de *lex arbitrationis*, hetzij expliciet (Genève), hetzij impliciet (New York; omdat het onderscheid niet kan worden verantwoord, zie randnr. 13) in de mogelijkheid van de toepassing van de *lex fori* op de arbitreerbaarheid van het geschil. Deze mogelijkheid laat de rechter van het forum echter geen discretionaire bevoegdheid. Deze rechter toestaan om te oordelen over de opportuniteit van een controle naar de arbitreerbaarheid van het geschil volgens de *lex fori*, zou erop neerkomen hem toestaan de politieke beleidsopties van zijn wetgever in vraag te stellen (P.E. Partsch, *l.c.*, (1259), nr. 14; contra H. Van Houtte, *l.c.*, (821), nr. 2).

Hoe valt dit nu te rijmen met de cassatierechtspraak inzake de Concessiewet? Voornoemd arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 9 december 1986, waarbij de toepassing van de Concessiewet op de beoordeling van de exceptie van onbevoegdheid werd erkend, is door het Hof van Cassatie op 22 december 1988 weliswaar vernietigd, maar niet op het punt van de toepasselijke wet op de arbitreerbaarheid van het geschil. Aangezien de eiser in cassatie (concessiegever!) niet poneerde dat hiertoe de autonomiewet moet worden gehanteerd, maar het Hof van Beroep enkel verweet niet te hebben nagegaan of de arbiters de beslechting van het geschil moesten onderwerpen aan het Belgische recht, heeft het Hof van Cassatie deze problematiek helaas niet ex-

plicit beslecht. Het cassatiearrest stelde evenwel dat het Hof van Beroep wel had nagegaan of de arbiters ertoe gehouden waren het Belgische recht toe te passen, en uit de feitelijke elementen van de zaak had afgeleid dat een dergelijke verplichting niet voor de arbiters bestond, zodat dit Hof rechtmatig had beslist dat het geschil niet arbitreerbaar was. Uit deze motivering kan niettemin worden afgeleid dat het Hof van Cassatie van oordeel is dat een geschil dat onder het toepassingsgebied van de Concessiewet valt, in het stadium van de beoordeling van de exceptie van onbevoegdheid niet arbitreerbaar is indien de arbiters niet ertoe gehouden zijn het Belgische recht toe te passen. Volgens Nuyts (*o.c.*, nrs. 45 e.v.) wordt door het Hof van Cassatie in de arresten van 1979 en 1988 het beginsel van de autonomiewet (*lex arbitrationis*) enkel ter zijde geschoven wegens het karakter van voorrangsregel van de Concessiewet en niet wegens de hoedanigheid van *lex fori*. Opdat deze cassatierechtspraak in overeenstemming met de verdragen inzake internationale arbitrage zou zijn, moet deze m.i. als volgt worden geïnterpreteerd. Het Hof van Cassatie maakt m.i. enkel gebruik van de door deze verdragen aan de *lex fori* geboden mogelijkheid om mede de arbitreerbaarheid van het geschil te beheersen. Omdat de toepasselijke *lex fori* de Concessiewet is, en deze wet het geschil op het eerste gezicht niet arbitreerbaar acht, moet de rechter van het forum in beginsel elke uitwerking van de arbitrageovereenkomst weigeren. Steeds wanneer de normaal bevoegde rechter van zijn rechtsmacht dreigt te worden onttrokken, is hij, als orgaan van zijn Staat, verplicht om dienaangaande de voorschriften van zijn eigen recht (vervat in de wetgeving én verdragen) na te leven en dit ongeacht of de toepasselijke *lex fori* al dan niet als voorrangsregel kan worden gekwalificeerd. Hoewel een Staat veelal enkel arbitrage verbiedt in materies die de openbare orde raken of van dwingend recht zijn, zijn deze materies niet noodzakelijkerwijze steeds in een voorrangsregel vervat. In beide cassatiearresten geeft het Hof m.i. enkel een interpretatie en precisering van het doel van de Concessiewet als toepasselijke *lex fori*. De Concessiewet, in de zin van *lex fori*, zou volgens het Hof een geschil arbitreerbaar achten indien vaststaat dat het beschermingsregime van deze Concessiewet door de arbiters zal worden of is toegepast. Slechts inzake bedoelde concessieovereenkomsten lijkt het Hof van Cassatie de principiële interventie van de Concessiewet als *lex fori* te hebben geanueceerd.

In casu had de Rechtbank van Koophandel te Leuven m.i., in overeenstemming met (de geest van) het Verdrag van New York en de principes zoals uitgewerkt door het Hof van Cassatie, zich niet alleen moeten beperken tot de beoordeling van de arbitreerbaarheid van het geschil ten aanzien van de autonomiewet, *in casu* de *lex arbitrationis*. Ongeacht de discussie of bij gebreke aan rechtskeuze hiertoe de wet van de zetel van de arbitrage of, zoals hier, de *lex contractus* moet worden gehanteerd, had de rechtbank minstens eveneens moeten nagaan of de *lex fori*, het Belgische recht en met name de Concessiewet, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Cassatie, zodanig geschil al dan niet arbitreerbaar acht. Indien het cassatiearrest van 22 december 1988 zo moet worden uitgelegd dat de Concessiewet zich niet verzet tegen een beslechting door arbitrage indien vaststaat dat de arbitrale instantie ertoe gehouden is deze wet toe te passen, had deze rechtbank zich integendeel bevoegd moeten verklaren om van dit geschil kennis te nemen, aangezien *in casu* uit de fei-

telijke elementen van de zaak niet met zekerheid een zodanige verplichting voor de arbiters kan worden afgeleid.

Marie Neut
Assistente Universiteit Antwerpen (UIA)

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Coördinator: Johan Meeusen

Gerecht van eerste aanleg 28 april 1999

Mededinging – Concentratiecontrole – Verwijzing door lidstaat – Rechten van de verdediging – Inwinnen van informatie door de Commissie per telefoon

Endemol is een Nederlandse vennootschap die onder andere actief is in de productie van TV-programma's en de exploitatie van TV-studio's. In 1995 richtte Endemol samen met een aantal andere in de mediasector actieve ondernemingen de gemeenschappelijke onderneming Holland Media Group (HMG) op. HMG zou zich gaan toeleggen op de samenstelling van TV-programma's die door haarzelf of anderen in Nederland zouden worden uitgezonden. Alle op Nederland gerichte activiteiten van de oprichtende ondernemingen werden daartoe in HMG ondergebracht. Daarnaast verbond HMG zich er onder meer toe, minstens 60% van haar behoefte aan TV-programma's bij Endemol af te nemen. Bij brief van 19 april 1995 verzocht de Nederlandse overheid de Europese Commissie, op grond van art. 22, 3 van de Europese Concentratieverordening nr. 4064/89, om de gevolgen van deze operatie op de Nederlandse markt voor televisiereclame te onderzoeken. De Commissie verklaarde daarop bij beschikking 96/346/EEG van 20 september 1995 (*Pb.*, 5 juni 1996, L134/32) deze operatie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt. De concentratie zou immers, aldus de Commissie, leiden tot een machtspositie van HMG op de Nederlandse markt voor TV-reclame en zou daarenboven de reeds bestaande dominante positie van Endemol op de markt voor onafhankelijke TV-producties versterken. De oprichtende partijen tekenden tegen deze beschikking een beroep tot nietigverklaring aan bij het Gerecht van eerste aanleg van de EG. Nadat Endemol zich uit de gemeenschappelijke onderneming had teruggetrokken, keurde de Commissie de operatie in de aldus gewijzigde vorm goed. Enkel Endemol handhaafde daarna nog zijn annulatieberoep (voor meer achtergrond, zie J.-P. Gunther, «Politique communautaire de concurrence et audiovisuel: état des lieux», *R.T.D. Eur.* 1998, 1-33).

Het Gerecht verwierpt het beroep van Endemol over de gehele lijn. Endemol voerde nochtans tal van argumenten van zowel procedurele als substantiële aard aan, waarvan hierna de meest interessante worden aangestipt. Zo zou de Commissie om te beginnen haar bevoegdheid op grond van art. 22, 3 van de Concentratieverordening te buiten zijn gegaan, door ook de gevolgen van de operatie op de markt voor TV-producties te onderzoeken. Zij zou aldus ten onrechte een ruimer onderzoek hebben verricht dan de Nederlandse

overheid met haar verzoek had beoogd. Het Gerecht antwoordt hierop dat art. 22, 3 van de Concentratieverordening de lidstaten geen enkele bevoegdheid geeft om de omvang van het door de Commissie te verrichten onderzoek te bepalen. De Commissie mocht dus de gevolgen van de concentratie op andere markten dan die voor TV-reclame onderzoeken. Ten overvloede wijst het Gerecht er nog op dat uit het dossier geenszins blijkt dat de Nederlandse overheden het onderzoek inderdaad tot deze markt wilden begrenzen. Men kan zich, gelet op het voorgaande, terecht afvragen welke de relevantie van deze toevoeging is (zo G.J.M. Cartingny, «Noot», *AB Rechtspraak Bestuursrecht*, 1999, 1706).

Endemol stelde voorts dat haar rechten van verdediging zouden zijn geschonden. De vaste rechtspraak hieromtrent inzake procedures op grond van art. 85 en 86 EG-Verdrag (thans 81 resp. 82 EG), die vereist dat partijen tegen wie een procedure loopt, toegang krijgen tot het dossier waarop de Commissie zich bij haar onderzoek beroept, moet eveneens van toepassing worden geacht op concentratiezaken (de heersende Commissiepraktijk inzake toegang tot het dossier is neergelegd in de «Mededeling van de Commissie inzake de interne procedureregels voor de behandeling van verzoeken om toegang tot een dossier bij de toepassing van art. 85 en 86 EG-Verdrag, van art. 65 en 66 EGKS-Verdrag en van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad», *PB. C.*, 23 januari 1997, nr. 23, 3). De Commissie zou deze rechten op diverse punten hebben geschonden. Het Gerecht bevestigt volmondig dat de beginselen inzake de rechten van de verdediging, waarnaar verzoekster verwijst, eveneens van toepassing zijn op concentratiezaken. Onder verwijzing naar zijn eerste uitspraak in de zaak 'Kaysersberg' (Gerecht van eerste aanleg EG, 27 november 1997, zaak T-290/94, *Jur.*, 1997, II-2137, overweging 113) beklemtoont het Gerecht echter dat de toepassing van deze beginselen in concentratiezaken «in zekere mate [kan] worden geconditioneerd door het vereiste van snelheid, dat de algemene opzet van deze verordening kenmerkt». Het Gerecht wijst vervolgens de verschillende argumenten van de hand.

Wij onthouden vooral de redenering van het Gerecht m.b.t. het door Endemol aangevoerde argument, dat een aantal door derden verstrekte gegevens, waarop de Commissie zich beroept, telefonisch waren verkregen. De Commissie erkent inderdaad dat zij telefonisch informatie had ingewonnen bij een aantal ondernemingen die hadden nagelaten op een eerste schriftelijke vragenlijst te reageren. Endemol stelt dat zulks niet in overeenstemming is met de rechten van verdediging, omdat de juistheid van telefonisch verkregen informatie niet wordt gewaarborgd door het bestaan van een sanctie op het verstrekken van onjuiste gegevens. Bovendien zou deze handelwijze in strijd zijn met de regeling in de Concentratieverordening. Deze bepaalt in art. 11, vijfde lid, dat de Commissie, indien de door haar gevraagde inlichtingen niet binnen de gestelde termijn worden verstrekt, bij beschikking het voorleggen van deze inlichtingen eist. Volgens de Commissie zou het volgen van de door voornoemde bepaling voorgeschreven handelwijze in de gegeven omstandigheden echter te omslachtig geweest zijn. Het Gerecht volgt de zienswijze van de Commissie en oordeelt dat art. 11 niet vereist dat inlichtingen schriftelijk worden verkregen. In bepaalde omstandigheden kan het telefonisch inwinnen van inlichtingen, juist wegens de snelheid van handelen die de procedures in concentratiezaken kenmerkt, derhalve ge-

rechtvaardigd zijn. Hiermee brengt dit arrest een verfining aan in de toepassing van de rechten van de verdediging in concentratiezaken.

(Vierde kamer-uitgebreid – Zaak T-221/95 – Endemol t/ Commissie)

Yves Montangie

Hof van Justitie 14 september 1999

Rechtsbescherming – Werking van nietigheidsarrest jegens derden (art. 176 EG-Verdrag, thans art. 233 EG)

Het hier besproken arrest is de waarschijnlijk laatste episode in de beruchte houtslipsaga. In haar oorspronkelijke houtslipbeschikking stelde Commissie vast dat een groot aantal van de 43 adressaten van de beschikking art. 85, eerste lid, EG-Verdrag (thans art. 81, eerste lid, EG) hadden geschonden, onder meer door onderling prijsafspraken te maken. Aan nagenoeg alle betrokken ondernemingen werden geldboetes opgelegd; 26 adressaten stelden een beroep in op basis van art. 173 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 230 EG) tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie. Negen Zweedse firma's besloten daarentegen zich neer te leggen bij de beslissing en betaalden de hen opgelegde boetes.

Het Hof van Justitie verklaarde de bepalingen van de houtslipbeschikking waarin de schendingen van art. 85, eerste lid, EG-Verdrag (thans art. 81, eerste lid, EG) werden vastgesteld, nietig. Bovendien werden de geldboetes die waren opgelegd aan de ondernemingen die beroep hadden ingesteld, opgeheven of verlaagd.

De negen Zweedse firma's die geen beroep tot nietigverklaring hadden ingesteld, verzochten de Commissie, in het licht van het arrest van het Hof van Justitie, hun situatie te willen herzien en de hen opgelegde geldboetes eveneens te verminderen of op te heffen. De boetes zijn immers gebaseerd op vaststellingen die door het Hof van Justitie later nietig werden verklaard. De Commissie weigerde op dit verzoek in te gaan. Aangezien door de Zweedse ondernemingen geen beroep was ingesteld, heeft het Hof van Justitie de onderdelen van de beschikking waarin hen deze geldboetes werden opgelegd, niet nietig verklaard. Door enkel de boetes van de bedrijven die wel beroep hadden ingesteld, terug te betalen, meende de Commissie het arrest van het Hof van Justitie correct uit te voeren.

De negen Zweedse ondernemingen dienden vervolgens een beroep in bij het Gerecht van eerste aanleg tot nietigverklaring van deze weigering van de Commissie. De verzoekers baseerden hun vordering voornamelijk op twee overwegingen: allereerst de schending van de «*erga omnes*»-werking van een arrest van het Hof van Justitie en ten tweede de schending van art. 176 EG-Verdrag (thans art. 233 EG). Deze verdragsbepaling verplicht de instelling wier handeling nietig is verklaard, de nodige maatregelen te nemen ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie. De Commissie had volgens de Zweedse verzoekers in het licht van het arrest van het Hof van Justitie de gelijksoortige, maar niet nietig verklaarde beslissingen opnieuw moeten onderzoeken.

Het Gerecht van eerste aanleg verwierp het eerste middel. De gevolgen van een nietigverklaring beperken zich tot

de bedrijven die het beroep tot nietigverklaring indienden. Het tweede middel werd wel aanvaard. De verplichting vervat in art. 176 EG-Verdrag (thans art. 233 EG) beperkt zich volgens het Gerecht niet tot de rechtspositie van de partijen. De Commissie is op grond van art. 176 EG-Verdrag (thans art. 233 EG) verplicht de situatie te herbekijken en na te gaan of ze geen maatregelen moet nemen ter uitvoering van het arrest ten aanzien van adressaten van de beschikking die geen beroep instelden. Deze uitspraak verplicht de Commissie na te gaan of, in het licht van de nieuwe gegevens, de aan de Zweedse ondernemingen opgelegde boetes nog langer gerechtvaardigd zijn.

Tegen dit arrest stelde de Commissie hogere voorziening in. Het centrale punt van deze hogere voorziening is het vaststellen van de draagwijdte van de uitvoeringsplicht vervat in art. 176 EG-Verdrag (thans art. 233 EG). De oplossing van dit vraagstuk komt neer op een afweging door het Hof van twee fundamentele beginselen, namelijk het rechtszekerheids- en het wettigheidsbeginsel. Het rechtszekerheidsbeginsel ligt vervat in art. 176 EG-Verdrag (thans art. 233 EG). Dit bepaalt dat een nietigheidsberoep binnen een termijn van twee maanden moet worden ingediend. Na het verstrijken van deze termijn wordt de beslissing definitief en onherroepelijk.

Volgens het Hof houdt art. 176 EG-Verdrag (thans art. 233 EG) in dat de beslissing die in de plaats komt van de nietig verklaarde beslissing niet dezelfde onregelmatigheid mag bevatten. Voorts oordeelt het Hof in duidelijke bewoordingen dat de betrokken instelling niet verplicht is om op verzoek van belanghebbenden identieke of gelijksoortige beschikkingen opnieuw te onderzoeken.

Het Hof baseert zijn beslissing op overwegingen van rechtszekerheid. Het geeft prioriteit aan de rechtszekerheid verbonden aan de beroepstermijn vervat in art. 176 EG-Verdrag (thans art. 233 EG). De draagwijdte van deze verdragsbepaling kan volgens het Hof niet worden beknot door de eerder algemene verplichting vervat in art. 176 EG-Verdrag (thans art. 233 EG). Deze voorkeur van het Hof van Justitie voor rechtszekerheid is in overeenstemming met zijn vroegere rechtspraak (zie: arrest van 9 maart 1994, zaak C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, *Jur.*, 1994, I, 846).

Het Hof geeft ogenschijnlijk een beperkte draagwijdte aan de uitvoeringsplicht vervat in art. 176 EG-Verdrag (thans art. 233 EG). Toch zijn er volgens het Hof voorwaarden waaronder de instelling wier beslissing werd vernietigd, verplicht is soortgelijke beslissingen opnieuw te bekijken. Allereerst moet de verzoekende partij alle beschikbare rechtsmiddelen hebben aangewend. Het niet herbekijken van tot andere adressaten dan de verzoeker gerichte gelijksoortige beslissingen moet bovendien een rechtstreekse invloed hebben op de financiële situatie van de betrokkene.

Het Hof lijkt hierdoor zijn hierboven in het arrest gegeven interpretatie van art. 176 EG-Verdrag (thans art. 233 EG) te ondergraven. Deze uitspraak neemt dan ook de bestaande onduidelijkheid omtrent de draagwijdte van de uitvoeringsplicht vervat in art. 176 EG-Verdrag (thans art. 233 EG) niet weg.

(Voltallig Hof – Zaak C-310/97P – Commissie t/ AssiDomän Kraft Products e.a.)

Jan Bocken

Hof van Justitie 14 september 1999

Vrij verkeer van personen (art. 48 EG-Verdrag, thans, na wijziging, art. 39 EG) – Gelijke behandeling niet-ingezetenen – Inkomstenbelasting

In het arrest Gschwind gaat het Hof van Justitie opnieuw na in welke mate een lidstaat niet-ingezetenen op fiscaal gebied anders mag behandelen dan ingezetenen. Concreet wordt het Hof gevraagd of Duitsland een voor gehuwden voordelige berekeningswijze («splittingregeling») kan voorbehouden aan ingezetenen of daarmee gelijkgesteld.

De Duitse wetgeving voorziet in een systeem waarin bij de berekening van de inkomstenbelasting de inkomsten van gehuwden samen worden geteld en dit inkomen vervolgens wordt belast of ieder van de echtgenoten de helft van het inkomen heeft verworven. Gehuwden die in Duitsland wonen en niet-ingezetenen die minimum 90% van hun inkomen in Duitsland verwerven of wier inkomsten buiten Duitsland verkregen minder dan 24.000 DM bedragen, komen in aanmerking voor dit fiscaal voordeel.

De heer Gschwind (Nederlander en in Nederland wonend) werkte in 1991 en 1992 in Duitsland. Overeenkomstig een bilateraal belastingverdrag werden zijn inkomsten in Duitsland belast en die van zijn vrouw in Nederland. Aangezien de heer Gschwind 58% van het gezinsinkomen verdiende en zijn vrouw in Nederland meer dan 24.000 DM, kwam hij niet in aanmerking voor de voordelige berekeningswijze voor gehuwden. De heer Gschwind stelde beroep in tegen de weigering hem het fiscaal voordeel toe te kennen.

Het Hof van Justitie werd in een prejudiciële procedure door de nationale rechter gevraagd of de Duitse bepaling die de voordelige «splittingregeling» voorbehoudt aan ingezetenen en daarmee gelijkgestelden, in overeenstemming is met de bepalingen van het vrij verkeer van personen (art. 48 EG-Verdrag, thans, na wijziging, art. 39 EG) en de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Het Hof herhaalt in het arrest dat de directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, maar dat ze die bevoegdheid moeten uitvoeren in overeenstemming met de bepalingen van het EG-Verdrag. Toch heeft het Hof bij de beoordeling van deze problematiek, rekening houdend met de belangen van de lidstaten, steeds een zekere terughoudendheid aan de dag gelegd. Het Hof bevestigt zijn vroegere rechtspraak en stelt dat een ongelijke behandeling van ingezetenen en niet-ingezetenen op het gebied van directe belastingen in beginsel niet strijdig is met de bepalingen van het vrij verkeer (zie arresten van 14 februari 1995, zaak C279/93, Schumacker, *Jur.*, 1995, I-225; 11 augustus 1995, zaak C-80/94, Wielockx, *Jur.*, 1995, I-2493 en 27 juni 1996, zaak C-107/94, Asscher, *Jur.*, 1996, I-3089). Het uitgangspunt van deze redenering is dat ingezetenen en niet-ingezetenen zich niet in een objectief vergelijkbare situatie bevinden. Er is pas sprake van discriminatie wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties. Het Hof erkent hiermee het belang van het onderscheid tussen ingezetenen en niet-ingezetenen binnen het internationaal belastingrecht. Het woonplaatscriterium is binnen het internationaal belastingrecht immers een algemeen aanvaard bevoegdheidsverdelingscriterium. Zo worden ingezetenen belast over hun totaal inkomen; bij niet-ingezetenen worden

enkel de inkomsten belast die zijn verkregen in het betreffende land.

De modaliteit waaronder een ongelijke behandeling van ingezetenen en niet-ingezetenen wordt aanvaard, is door het Hof wel in sterke mate beperkt. In het arrest Schumacker besloot het Hof dat er geen onderscheid kan worden gemaakt tussen personen die hun gehele of nagenoeg gehele inkomen verwerven in de Staat waarin ze werken maar niet wonen, en ingezetenen van die Staat. In dat geval kan de woonstaat immers geen rekening meer houden met de persoonlijke en familiale situatie van de belastingplichtige. In het arrest Asscher oordeelde het Hof dat alleen als er fiscaal relevante verschillen zijn, een ongelijke behandeling mogelijk is.

Het Hof concretiseert deze vroegere rechtspraak nu in het arrest Gschwind en aanvaardt de Duitse regeling. Een belastingplichtige die minder dan 90% van zijn inkomen of het gezinsinkomen verdient in de Staat waarin hij werkt maar niet woont, bevindt zich in een fiscaal bekeken objectief andere situatie dan de ingezetenen van die Staat. Duitsland moet de voordelige berekeningswijze in het geval van de heer Gschwind niet toepassen. Volgens het Hof kan de woonstaat in dit geval nog steeds rekening houden met de familiale situatie van de heer Gschwind. Het feit dat Nederland geen dergelijke «splittingregeling» heeft, beïnvloedt de beoordeling van het Hof evenwel niet.

Het Hof van Justitie herbevestigt in het arrest Gschwind dat een verschillende behandeling van ingezetenen en niet-ingezetenen op het gebied van directe belastingen mogelijk blijft. De lidstaten zijn wel gebonden door de beperkingen die het Hof heeft uiteengezet in zijn vroegere rechtspraak.

(Voltallig Hof – Zaak C-391/97 – Gschwind)

Jan Bocken

Hof van Justitie 14 september 1999

Jaarrekening – Forfaitaire voorzieningen voor waarborgverplichtingen – Beginsel van getrouw beeld en voorzichtigheidsbeginsel

In dit arrest heeft het Hof van Justitie zich gebogen over de vraag of het aanleggen van een forfaitaire voorziening voor vrijwaringsrisico's verenigbaar is met de vierde richtlijn (78/660/EEG) van de Raad van 25 juli 1978 betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen. Deze vraag werd gesteld door het *Finanzgericht* van Keulen naar aanleiding van een geschil tussen een bouwonderneming naar Duits recht en de Duitse belastingadministratie.

De relevante feiten kunnen als volgt worden weergegeven. Een Duitse bouwonderneming, die niet alleen met eigen werknemers maar ook via onderaannemers bouwopdrachten uitvoert, heeft voor het boekjaar 1993 een forfaitaire voorziening aangelegd voor de aan bepaalde opdrachten verbonden vrijwaringsrisico's. De kwestieuze voorziening werd forfaitair begroot op 2% van de omzet en heeft betrekking op het gratis verrichten van herstellingen, het toestaan van een prijsverlaging en/of de uitkering van een schadevergoeding. De vorming van deze voorziening is volgens de bouwonderneming noodzakelijk – wat door de Duitse belastingadministratie trouwens niet wordt betwist – wegens

de gebrekkige uitvoering van in het vorige jaar gesloten bouwcontracten. Het probleem ontstond evenwel toen de Duitse belastingadministratie het bedrag van de aangelegde voorziening weigerde te aanvaarden.

Het *Finanzgericht* van Keulen wenste met zijn prejudiciële vraag van het Hof van Justitie te vernemen (1) of het aanleggen van een dergelijke forfaitaire voorziening überhaupt wel mogelijk is, (2) of zo'n voorziening voor alle vrijwaringsrisico's samen dan wel voor elk vrijwaringsrisico afzonderlijk moet worden aangelegd en ten slotte (3) of een dergelijke voorziening kan worden beperkt tot een vast percentage van de omzet.

Met betrekking tot de mogelijkheid tot het aanleggen van een voorziening voor vrijwaringsrisico's oordeelt het Hof allereerst dat zelfs wanneer slechts enkele van de geïsoleerde risico's intreden, zij toch allemaal verplichtingen vormen waaraan de vennootschap zich niet kan onttrekken, zodat deze potentiële verplichtingen aan de passiefzijde van de balans moeten worden opgenomen. Dit principe geldt zelfs wanneer nog niet kan worden gepreciseerd of en in welke mate deze verplichtingen ten laste van de vennootschap zullen vallen, en ook al kan het precieze bedrag ervan nog niet worden bepaald. Nalaten een dergelijke voorziening te vormen, zou tot gevolg hebben dat potentiële schulden niet op de balans voorkomen, waardoor het vermogen zou worden overgewaardeerd. Dit is evenwel in strijd met het voorzichtigheidsbeginsel en het beginsel van het getrouwe beeld.

Naar luid van dit laatste beginsel – waarvan de eerbiediging de voornaamste doelstelling van de richtlijn is – moet de jaarrekening een getrouw beeld geven van het vermogen, de financiële positie en het resultaat van de vennootschap, en moet de jaarrekening als weerspiegeling van de activiteiten en verrichtingen van de vennootschap de boekhoudkundige informatie verstrekken in de vorm die het meest bruikbaar en geschikt wordt geacht om aan de informatiebehoeften van derden te voldoen.

Wat vervolgens de vraag betreft of het mogelijk is een forfaitaire voorziening voor alle vrijwaringsrisico's samen te vormen, dan wel of elk vrijwaringsrisico afzonderlijk moet worden gewaardeerd, brengt het Hof van Justitie in herinnering dat de activa en passiva principieel elk afzonderlijk moeten worden gewaardeerd (art. 31, eerste lid, vierde richtlijn); hiervan kan slechts worden afgeweken in uitzonderingsgevallen (art. 31, tweede lid, vierde richtlijn). Aangezien in de richtlijn niet wordt gepreciseerd wat onder «uitzonderingsgevallen» moet worden begrepen, dient deze uitdrukking te worden uitgelegd in het licht van voormeld beginsel van het getrouwe beeld. Bedoelde uitzonderingsgevallen zijn bijgevolg die waarin een afzonderlijke waardering niet een zo getrouw mogelijk beeld van de werkelijke financiële positie van de betrokken vennootschap zou geven.

Toegepast op de voorliggende vraagstelling, oordeelt het Hof van Justitie dat door de vorming van een afzonderlijke voorziening voor elk vrijwaringsrisico afzonderlijk het beeld van de financiële positie van de vennootschap kan worden vertekend. Derhalve moet voor alle risico's samen één enkele voorziening worden gevormd wanneer – zoals *in casu* – een forfaitaire waardering van die voorziening het geschikte middel is om het getrouwe beeld van het bedrag van de uitgaven die aan de passiefzijde zullen worden opgenomen, te waarborgen.

Aangaande de berekening van de hoegrootheid van de forfaitaire voorziening verwijst het Hof ten slotte – gelet op het stilzwijgen van de richtlijn daaromtrent – naar de voorwaarden en criteria vastgesteld in de verschillende nationale wetgevingen. Deze door de nationale overheden vastgestelde criteria moeten de mogelijkheid bieden rekening te houden met de ervaring die de betrokken vennootschap of de andere in dezelfde sector bedrijvende ondernemingen in het raam van soortgelijke contracten hebben opgedaan terzake van vorderingen tot vrijwaring. Relevante criteria zijn o.m. het type gebouw, de waarschijnlijkheid dat het risico zal intreden, de waarschijnlijkste kosten daarvan, de mate waarin een beroep is gedaan op onderaannemers, het recht van verhaal op deze onderaannemers en ten slotte, elk ander criterium waarmee de risico's zo correct mogelijk kunnen worden gewaardeerd.

Een en ander betekent dat de vorming van een forfaitaire voorziening voor vrijwaringsrisico's door de belastingadministratie bijgevolg niet *a priori* en op abstracte wijze kan worden beperkt tot een vast percentage van de omzet die door vorderingen tot vrijwaring kan worden verzwaard. Anderzijds mag de door de betrokken onderneming gevormde forfaitaire voorziening niet hoger zijn dan redelijk is, gelet op het betrokken risico.

Dit arrest is uiteraard niet enkel relevant voor de interpretatie van de Duitse boekhoudkundige voorschriften inzake voorzieningen voor risico's en kosten. Het heeft o.i. ook belangrijke implicaties voor de Belgische rechtspraak. Het Hof van Justitie aanvaardt hier immers dat een voorziening voor waarborgverplichtingen forfaitair mag worden vastgesteld op een bepaald percentage van de omzet, indien dit althans het geschikte middel is om een getrouw beeld van de werkelijke financiële positie van de vennootschap te geven. De vraag is echter of het Belgische boekhoudrecht hiermee in overeenstemming is. Algemeen wordt immers aangenomen dat de vorming van voorzieningen voor algemene risico's niet toegestaan is en dat het uitgesloten is voorzieningen aan te leggen tot dekking van onnauwkeurig omschreven risico's (cfr. advies C.B.N. nr. 107/2, *Bull. C.B.N.*, nr. 5, 1979, 7-9 en advies C.B.N. nr. 107/7, *Bull. C.B.N.*, nr. 21, 1988, 18-20).

In fiscalibus rijst trouwens hetzelfde probleem. Fiscaal komen voorzieningen immers enkel voor belastingvrijstelling in aanmerking indien ze voldoen aan het vereiste van scherpe omschrijving van de risico's en kosten (cf. art. 48 W.I.B.). Terzake heeft het Hof van Cassatie in zijn arrest van 23 december 1971 (*Bull. Bel.*, 1972, nr. 505, p. 467) weliswaar reeds aanvaard dat aan dit vereiste wordt geacht voldaan te zijn indien de voorziening werd vastgesteld op grond van coëfficiënten of normen voortvloeiend uit de bevindingen betreffende vorige jaren (zie ook Com.IB. 92 nr. 48/21). Nochtans is de rechtspraak zeer terughoudend en blijft de algemene strekking dat voor algemene risico's en voor louter hypothetische risico's geen belastingvrije voorziening kan worden gevormd. Aangaande de tienjarige aansprakelijkheid van aannemers kan alzo worden verwezen naar de volgende uitspraken van de Belgische hoven van beroep: Antwerpen, 27 juni 1989, *Bull. Bel.*, 1991, nr. 705, p. 1194 en *T.R.V.*, 1990, 198, met noot S. Van Crombrugge; Gent, 17 december 1992, *Bull. Bel.*, 1994, nr. 738, p. 1086, *T.R.V.*, 1993, 78 en *F.J.F.*, nr. 93/139; Antwerpen, 13 september 1994, *Fiscale Koerier*, 1994, 562 en *F.J.F.*, nr. 95/158. Terzake de wettelijk opgelegde tien-

jarige aansprakelijkheid van architecten, zie Antwerpen, 24 mei 1993, *F.J.F.*, nr. 94/114.

(Vijfde kamer – C-275/97 – DE + ES Bauunternehmung GmbH t/ Finanzamt Bergheim)

Tim Wustenberghs

BOEKEN

P.J. BOON, J.G. BROUWER en A.E. SILDER, **Regelgeving in Nederland**, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 220 p.

Dit boek is de derde, herziene druk van wat, in eerste druk, beperkter van opzet, «Wetgeving in Nederland» heette. Het woord vooraf meldt dat het gaat om een «geheel herziene» druk, die «zo veel mogelijk aangepast is aan de nieuwste ontwikkelingen op het gebied van wetgeving, rechtspraak en anderszins». Zo veel is er sinds 1996 echter niet gebeurd, dat wie over de tweede druk beschikt, daarmee niet verder zou kunnen. Aanpassingen betreffen vooral verbeterde zinsconstructies, extra voorbeelden of voorbeelden of een verplaatsing van voorbeelden naar een andere alinea, aanpassingen van de woordkeuze aan het tijdsverloop – wat in de vorige editie nog een «recent handboek» was, is nu een «belangrijk handboek», sporadische vermeldingen van nieuwe regelgeving of verdragen, die echter aan de uitleg zelf weinig veranderen.

De bespreking bij de vorige druk (*R.W.*, 1996-97, 1415) geldt zo nog steeds voor de derde druk. Wat voorligt is een louter juridisch-beschrijvende voorstelling van de geschreven overheidsregelgeving, zowel formele wetgeving als regelgeving die uitgaat van de regering, de lokale en de inter- en supranationale niveaus. Er wordt niet ingegaan op de plaats en de rol van algemene beginselen, noch op niet-juridische aspecten bij de totstandkoming, noch op de technieken van wetgeving en de plaats van bijvoorbeeld convenanten of wetelijk geconditioneerde zelfregulering en evenmin op de evaluatie van wetgeving of deregulering. Bedoeling is slechts het juridische kader aan te geven waarin geschreven regelgeving totstandkomt en rechtskracht heeft. Het is in die zin uitgegeven in de reeks «studie-pockets staats- en bestuursrecht».

Patricia Popelier

E.H. HONDIUS (red.), **De meerwaarde van de rechtsvergelijking. Opstellen aangeboden door prof. mr. H.U. Jessurun d'Oliveira bij gelegenheid van zijn afscheid als bestuurslid van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking**, Deventer, Kluwer, 1999, VIII + 270 p.

Het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking had een origineel idee om het afscheid van haar bestuurslid en oud-voorzitter Prof. Jessurun d'Oliveira te vieren: aan de preadviseurs van de afgelopen dertig jaar werd gevraagd een update van hun preadvies te maken. Deze idee resulteerde in een erg gevarieerd boek met bijdragen over rechtsvergelijking in het algemeen, over privaatrecht, sociaal recht, staats- en bestuursrecht en strafrecht.

Sommige bijdragen zijn uitgegroeid tot stevige werkstukken, andere artikelen bieden weinig nieuws, omdat hun preadvies van jonge datum was en er dus maar weinig te melden viel.

Een van de meest lezenswaardige bijdragen betreffende de rechtsvergelijking in het algemeen is deze van prof. Kötz over de stijl en de motivering van de arresten van de hoggerichtshoven, een onderwerp waarop de *praesumptio similitudinis* blijkbaar niet van toepassing is. Hij onderzoekt of de motivering volgens een bepaald formeel schema wordt opgebouwd, hoe de feiten worden weergegeven, of precedenten worden vermeld, welke plaats de rechtsleer inneemt, of rechtspolitieke overwegingen een rol spelen en in welke mate het arrest als anoniem standpunt van een instelling dan wel als persoonlijke mening van de rechters kan worden beschouwd. Uit een vergelijking van Franse, Duitse en Engelse arresten beveelt hij terecht de Franse rechter aan zich wat meer te laten inspireren door de wijze waarmee het *Bundesgerichtshof* met precedenten en rechtsleer omgaat, en wijst hij erop dat de Engelse stijl leidt tot een

grotere duidelijkheid en dus tot een vlottere aanvaarding van de beslissing.

In de bijzondere delen over privaatrechtelijke, sociaalrechtelijke, staats- en bestuursrechtelijke en strafrechtelijke rechtsvergelijking komen tal van onderwerpen aan bod van insolventierecht, consumentenrecht, concernrecht, beroepsvoetbal, bestuurlijke boetes, scheiding der machten, tot de organisatie van het hoger onderwijs en politieke misdrijven en asiel. Bijzonder interessant zijn een aantal bijdragen die de krijtlijnen uittekenen voor de beoefening van de rechtsvergelijking in andere domeinen dan het privaatrecht. Ik denk aan de bijdrage van prof. Pieters over de specificiteit van de rechtsvergelijking in het sociaizekerheidsrecht en aan een aantal bijdragen over strafrechtsvergelijking (Brants/Field, Fijnaut, Nijboer) die voor een gebied waarin de rechtsvergelijking later op gang is gekomen dan in het privaatrecht, erg stimulerend kunnen zijn.

W. Pintens

Ales GHUYS, **Les collèges d'urbanisme et d'environnement en Région de Bruxelles-Capitale**, Brussel, Bruylant, 1999, 175 p.

De Brusselse stedenbouw- en milieuwetgeving is voor vele Vlaamse juristen vreemd recht. In twee opzichten. Het is een wetgeving die werd geconcipeerd en van toepassing is in een ander gewest dan het Vlaamse. Voorts bevat ze een aantal regelingen die specifiek zijn en die sterk afwijken van wat gekend was sinds de stedenbouwwet van 29 maart 1962.

Op stedenbouwkundig vlak is één van de eigenheden het «Stedenbouwkundig College». Inzake milieuvergunningen worden de administratieve beroepen behandeld door het «milieucollege».

De Bestendige Deputatie van de provincieraad heeft, sinds de laatste staatshervorming, in beginsel geen bevoegdheden meer in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Het provinciale niveau is in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad verdwenen. Art. 13 van de ordonnantie van 29 augustus 1991 betreffende de planning en de stedenbouw bepaalt dat een stedenbouwkundig college wordt opgericht dat bevoegd is voor de behandeling van beroepen tegen de beslissingen van het college van burgemeester en schepenen of van de gemachtigde ambtenaar. Dit college bestaat uit zes deskundigen (onder wie een magistraat of eremagistraat die voorzitter is, en minstens één jurist en één architect) benoemd door de regering op een dubbele lijst van kandidaten voorgedragen door de Brusselse Hoofdstedelijke Raad. De organisatie en de werking van het stedenbouwkundig college werden geregeld in de artikelen 129 tot 132 van die ordonnantie en het besluit van de Brusselse regering van 29 juni 1992. Het milieucollege werd in het leven geroepen door de (toenmalige) ordonnantie van 30 juli 1992 betreffende de milieuvergunning, thans door art. 79 van de ordonnantie van 5 juni 1997.

Deze colleges zijn nu ongeveer sedert zeven jaar werkzaam, en hebben een eigen jurisprudentie ontwikkeld. De auteur is de «vastte secretaris» van zowel het stedenbouwkundig colleges als van het milieucollege. Hij maakt dus de werking van beide college van zeer nabij mee. Het werk bevat dan ook een schat aan bevindingen van een bevoorrechte getuige.

Het is de verdienste van de auteur dat hij, na een algemene herhaling van de beginselen inzake administratieve beroepen in bouw- en milieuzaken (deel 1), een volledig en gedetailleerd overzicht geeft van de regelen die de werking van beide colleges beheersen (deel 2). Hij geeft, in het derde deel, een goed gedocumenteerd overzicht van de rechtspraak van deze colleges. In een vierde deel wordt naar de toekomst gekeken. De evolutie van de betreffende wetgevingen staat immers niet stil. De bijlagen bevatten nuttige legislatie, reglementaire en praktische informatie.

Het boek munt uit door zijn heldere voorstelling. De vier delen, de meeste hoofdstukken, en sommige afdelingen ervan, worden voorafgegaan door een korte samenvatting, die in een kadertje wordt gevisualiseerd. De leesbaarheid ervan wordt ook bevorderd door de klare en heldere taal van de auteur. Om even een metafoor te gebruiken: de taal van het boek is mooi en vele delen van het Brussels stedenbouwkundig landschap. Wel kan worden betreurd dat de auteur de Nederlandstalige doctrine – die ook over de Brusselse stedenbouwwetgeving bestaat – links laat liggen.

Deze handleiding is nuttig, zelfs onmisbaar voor al wie met de Brusselse stedenbouwkundige- en milieuproblematiek te maken heeft.

Eric Brewaeys

Timesharing van onroerend goed

Een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse

JACQUELINE VAN DE VELDE

2000; ISBN 90-5095-114-7; 944 blz; 6.450 BEF; gebonden boek met harde kaft

Dit boek is een praktisch werkinstrument voor iedereen die met timesharing wordt geconfronteerd. Niet alleen voor notaris en advocaat biedt het nuttige tips en verwijzingen naar buitenlandse reglementeringen, maar ook voor promotoren van een timesharingproject, voor timesharingverkopers en voor reisorganisatoren is het een handig naslagwerk. De consument, die niet aan de druk van de verkoper heeft weerstaan, krijgt praktische wenken in verband met zijn rechten en plichten.

In dit werk wordt het fenomeen timesharing zowel juridisch als rechtseconomisch geanalyseerd.

In het juridisch deel wordt onderzocht of voor timesharing een specifieke juridische regeling noodzakelijk is. Voor de verschillende rechtsfiguren, die een juridische kwalificatie voor timesharing kunnen leveren, worden de voor- en nadelen op een rij gezet. Nadruk wordt gelegd op timesharing in de volgende landen: België, Canada, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Italië, Malta, Nederland, Portugal, Spanje, U.S.A. en Verenigd Koninkrijk.

In het rechtseconomisch deel worden de juridische regelingen getoetst aan het efficiëntie criterium. Gezocht wordt naar rechtsregels die vanuit het oogpunt van maximalisatie van economische welvaart te verkiezen zijn.

Bijzonder nuttig is de vergelijking tussen kopen, huren en in timesharing aanschaffen van onroerend goed voor vakantie doeleinden.

Wie waakt over de kwaliteit van de wet? Het wetgevingsbeleid in België

M. ADAMS EN P. POPELIER (eds)

2000; ISBN 90-5095-110-4; 315 blz.; 1.950 BEF

Na vele jaren van klachten over de magere kwaliteit van onze regelgeving is de overheid recent actief geworden met het nadenken over een structureel wetgevingsbeleid. Er is een groeiende interesse merkbaar voor de kwaliteit van de wetgeving. Zowel op federaal als op regionaal niveau werden initiatieven terzake genomen. Wetgevingsbeleid lijkt een uitermate actueel thema te zijn.

Dit boek geeft de stand van zaken met betrekking tot het Belgisch wetgevingsbeleid en bespreekt de recente ontwikkelingen. Het boek geeft aan wat de kwaliteitseisen zijn van een wet en op welke wijze de besluitvormingsprocedure daarop dient te worden ingericht om te verzekeren dat de wet zo goed mogelijk aan die kwaliteitseisen voldoet.

In dit boek zijn bovendien een aantal bijdragen opgenomen die dieper ingaan op de Europese en de lokale dimensie van het wetgevingsbeleid en werd tevens een bijdrage toegevoegd die een andere - niet-juridische - benadering voorstelt van de evaluatie van wetgeving.

Uit de inhoud:

- Wetgevingsbeleid, wat doen we? (J. Gijssels)
- De organisatie van het besluitvormingsproces inzake wetgeving (P. Popelier)
- Enkele beschouwingen bij de actuele en de virtuele ontwikkelingen inzake het wetgevingsbeleid in België (D. Voorhoof)
- De aanwijzingen voor de regelgeving in het Nederlandse wetgevingsbeleid (T.C. Borman)
- Aanwijzingen voor de regelgeving in België (M. Van Damme en K. Declercq)
- Wetsevaluatie als element van kwaliteitszorg? (M. Adams)
- Wetsevaluatie vanuit bestuurskundig perspectief (P. Van Humbeeck)
- Wetgeving als instrument voor probleemoplossing in de polyarchie (W. Dewachter)
- Het preventieve grondwettigheidsstoezicht van de Raad van State in het raam van de kwaliteitszorg voor wetgeving (J. Velaers)
- Van doelstelling tot norm (E. Vermeiren)
- Voorwaarden voor goede EG-wetgeving (N. Bracke)
- Wetgeving en wetgevingsbeleid in Nederland (J.M. Polak)

Reeds eerder verscheen binnen dit domein:

Patricia Popelier, Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving,

ISBN 90-5095-027-2, 677 blz.; 3.950 BEF

Bekroond met de Fernand Collin-prijs

The logo for Intersentia, featuring the word 'inter' in a large, bold, sans-serif font, with 'sentia' in a smaller, lighter font directly beneath it. The entire logo is contained within a dark rectangular box.