

HET GEMEENSCHAPS- EN HET NATIONALE RECHT: EEN STAND VAN ZAKEN INZAKE GELIJKE BEHANDELING VAN MANNEN EN VROUWEN

*Rede uitgesproken door advocaat-generaal H. VAN NUFFEL
op de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Antwerpen op 1 september 1992*

I. NAAR EEN SOCIAAL EUROPA?

De grenzeloze Europese interne markt, die vanaf 1 januari 1993 een gevoelige impact zal hebben op het economisch leven van de Lid-Staten van de E.E.G.¹, kan de sociale bewogenheid van de ingezetenen niet onberoerd laten.

Het bevorderen van de toenemende verbetering van de levensstandaard is een doelstelling die tot de oprichting van de E.E.G. heeft aangezet, doch die door haar algemeenheid en haar nauwe samenhang met het oprichten van een algemene markt, met het geleidelijk tot elkaar brengen van het economisch beleid van de Lid-Staten, geen juridische verplichting voor de Lid-Staten, noch rechten voor de particulieren kan doen ontstaan².

Ontstaan er geen rechten op een verbeterende levensstandaard, toch kan niet ontkend worden dat in de grote gemeenschappelijke markt, die stoelt op economische spelregels van vrij en creatief ondernemingsinitiatief, de mens centraal dient te staan³.

De verwezenlijking van een gemeenschappelijke markt zonder de erkenning van de ruggesteun van die markt, zou een miskennis betekenen van de Europese voorvechters. Nochtans zijn er redenen om te twifelen aan voldoende positieve inzet die de eenmaking op het Europees sociaal vlak tot gevolg zal hebben. Bij de auteurs van het Verdrag heerste immers de opvatting dat de sociale uitbouw van Europa de noodzakelijke consequentie zou zijn van de economische eenmaking. Ook de huidige gemeenschapsorganen huldigen te veel die opvatting⁴. De sociale doelstellingen worden ondergeschikt gemaakt aan de economische.

Het E.E.G.-Handvest van sociale grondrechten mocht enigszins een koerswijziging inluiden; de uitvoering ervan door het sociaal actieprogramma bleef bij niet-bindende aanbevelingen door de Commissie aan de Lid-Staten⁵.

Het past nochtans aan de sociale aspecten hetzelfde belang te hechten als aan de economische en ook deze derhalve op evenwichtige wijze te ontwikkelen, vermits zij bijdragen tot de verbetering van het welzijn der burgers van de gemeenschap.

Dat de evenwichtige evolutie onvoldoende tot uiting komt heeft ongetwijfeld te maken met de houding van het Verenigd-Koninkrijk, reden waarom op de Top van Maastricht in december 1991 het sociaal luik een nieuwe impuls kreeg doordat de andere elf partners van de Raad beslisten voort te gaan op de weg die is ingeslagen met het Sociaal Handvest van 1989.

Het unanimitieitsbeginsel dat in principe bij reglementerende beslissingen primeerde, werd in een aantal materies afgezwakt en herleid tot gekwalificeerde meerderheidsbeslissingen. Door de inperking van het vetorecht van de Lid-Staten, kan de Raad op een soepeler wijze zijn doelstellingen verwezenlijken. Het nastreven van een dergelijk standpunt reikt verder dan de politieke intentieverklaring van het gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten⁶. Daarenboven werd tijdens de Top van Maastricht aan de door de eenheidsakte ingevoerde maar moeilijk op gang gebrachte sociale dialoog meer armslag gegeven. Op grond van de Maastrichter Overeenkomst tussen elf partners treft de Commissie alle maatregelen die nuttig zijn om de dialoog tussen de partners te vergemakkelijken door middel van een evenwichtige ondersteuning van de partijen. Hieruit blijkt duidelijk dat de sociale dialoog een prioriteit van de Gemeenschap geworden is⁷.

Een schaduwzijde van de Top blijft de sociale dualiteit van de Europese Unie. Enerzijds bestaat de E.G.-Unie met de twaalf wier bevoegdheden onverkort blijven; anderzijds staan we voor een vooruitschrijdende sociale locomotief met elf. Het op de kier staande sociaal luik van Europa zal noodgedwongen met twee versnellingen moeten werken: het eerder logge sociaal beleid van de 12 en het dynamisch sociaal beleid van de 11.

Dit progressieve sociale beleid is een dwingende noodzaak wil men het sociaal deficit dat een gevolg is van het democratisch tekort een halt toeroepen. Dit democratisch tekort werd in de hand gewerkt door de labiele structuren die de Europese verdragen in het leven hebben geroepen: op

¹ Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, gesloten te Rome op 25 maart 1957 en goedgekeurd door de wet van 2 december 1957, *B.S.*, 25 december 1957.

² H.v.J., 29 september 1987, *Jur. H.v.J.*, 1987, 3697.

³ BLANPAIN, R., «Proloog» in *Europees arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1991, 1.

⁴ STROOBANT, M., *Het sociaal beleid van de Europese Gemeenschap. De stand van zaken in het Arbeidsrecht*, Referaat Rechtscongres «Sociaal Europa», Leuven, 6 maart 1990, 12.

⁵ BETTEN, L., «E.G.-Handvest van sociale grondrechten: een hol vat?», *Sociaal maandblad arbeid*, 1990, 119.

⁶ Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden, Straatsburg, 9 december 1989, *Europese Sociale*, 1990, 46.

⁷ BETTEN, L., o.c.

wetgevend vlak een toezien Europees Parlement, dat zijn bevoegdheden terzake sinds de Top van Maastricht enigszins ziet opfleuren; een Commissie die voorstellen formuleert en een Ministerraad die als het beslissend orgaan er niet kan toe komen de sociale bepalingen van het Verdrag in de juiste banen te leiden.

Juristen met een terzake positieve ingesteldheid gaan er evenwel vanuit dat na Maastricht een nieuwe horizon rijst, met ruime mogelijkheden voor een meer uitgesproken Europa, dat geschraagd wordt door meer solidariteit dan voorheen, aangezien de economische en sociale samenhang eveneens versterkt werd met een volwaardiger deelname van de sociale partners aan de uitbouw van een Europees sociaal beleid⁸.

Die visie kan steun vinden in het protocol van Maastricht, dat bij nader toezien het sociaal beleid als een geïntegreerd bestanddeel van de Europese politiek beschouwt⁹.

Door sommigen wordt evenwel gesteld dat de eengemaakte markt zonder de sociale spelregels tot stand wordt gebracht¹⁰. Of die eerder pessimistische stelling bewaarheid wordt zal afhangen van de wil van de 11 om de door hen verklaarde speciale samenhang te verwezenlijken; een vraag die op grond van het verleden met reden in vraag kan worden gesteld: de uitvoering van de eenheidsakte van 1985 heeft immers aangetoond dat de wil daartoe nog niet werd waargemaakt.

Dat de geest van samenspel tussen de economische en sociale gemeenschap tot nog toe zijn doel heeft gemist, blijkt ook uit de schamele sociale communautaire regelen.

Op het vlak van het arbeidsrecht kan de gemeenschap slechts bogen op de aanpak van enkele domeinen die als het ware voor de Lid-Staten een noodzaak bleken. Wat het individueel arbeidsrecht betreft, moet erop gewezen worden dat hier op enkele belangrijke thema's baanbrekend werk werd geleverd en dat het Hof van Justitie ingrijpende arresten geveeld heeft. Te vermelden valt: het vrije verkeer van werknemers, de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, de herstructurering van de ondernemingen in verband met het collectief ontslag en de overgang van de ondernemingen en de insolventie van de werkgever¹¹.

II. KEUZE EN VERANTWOORDING VAN HET ONDERWERP

Bij nader toezien op de Europese sociale reglementering in samenhang met ons nationaal recht, viel mijn aandacht op de problematiek van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen; enerzijds omdat in het geheel van de Europese

normering het mij voorkwam dat de Lid-Staten blijkbaar de aanpak van dit probleem als noodzakelijk aanvoelden; anderzijds omdat de diversiteit van het communautair secundair recht dit onderwerp tegelijkertijd attractief maar ingewikkeld maakte en tenslotte omdat er een vleugje nieuwsgierigheid is die ons aanzette dit onderwerp te behandelen: de aparte situatie van de vrouw in het arbeidsproces was in 1979 bij de opening van het gerechtelijk jaar het thema voor dit Hof¹². Het past de evolutie na 13 jaar op de valreep van de eenmaking van de interne markt te evalueren.

III. EUROPESE NORMERING

A. Het E.E.G.-Verdrag. Artikel 119

Draagwijdte

De enige bepaling van het E.E.G.-Verdrag, die handelt over de gelijke behandeling van mannen en vrouwen is artikel 119. Het betreft een belangrijk principe¹³: gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid.

Dit gelijkheidsbeginsel is een der grondslagen van de Gemeenschap en de opheffing van discriminaties naar geslacht maakt deel uit van de fundamentele rechten van de mens¹⁴.

Meteen moet er echter op gewezen worden dat niet alle discriminaties naar geslacht binnen de werkingssfeer van het communautair recht vallen¹⁵.

In de formulering van alinea 1 wordt het beginsel van de gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers slechts opgevolgd voor een gelijke arbeid en overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie voor een gelijkwaardige arbeid en niet voor een ongelijkwaardige arbeid¹⁶. Dit gelijkheidsbeginsel wordt nader gepreciseerd in een aantal richtlijnen van de Raad, die genomen worden op grond van artikel 235 van het E.E.G.-Verdrag. Zij moeten door de Lid-Staten binnen een gestelde termijn worden omgezet in hun nationaal recht.

Rechtstreekse werking

Volgens de principes die door het Hof van Justitie worden gehandhaafd, komt de rechtstreekse werking van artikel 119 als ultima ratio in aanmerking wanneer het nationaal recht op geen enkele wijze in overeenstemming met het gemeenschapsrecht kan worden geïnterpreteerd of toegepast. Artikel 119 kan worden ingeroepen zowel tegen de Staat (verticale rechtstreekse werking) als tegen particulieren (hori-

⁸ BLANPAIN, R., «Europees arbeidsrecht na Maastricht» in *Het sociale Europa na de top van Maastricht*, Studiedag K.U.L., 27 maart 1992, nr. 120, p. 48.

⁹ DELARUE, R., «Het sociale Europa na Maastricht», 1, in *Het sociale Europa na de top van Maastricht*, Studiedag K.U.L., 27 maart 1992.

¹⁰ VAN OUTHRIE, L., «Het sociaal Europa en de nieuwe taakverdeling tussen Europese Commissie, Europese Ministerraad, Europees Parlement en de Europese sociale gesprekspartners», p. 1, in *Het sociale Europa na de top van Maastricht*, Studiedag K.U.L., 27 maart 1992.

¹¹ BLANPAIN, R., *Europees arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1991, 4.

¹² DE JAEGER, D., «De vrouw in het arbeidsproces: een aparte situatie», *R.W.*, 1978-79, 1329.

¹³ PIETERS, D., «Situering van het Europees sociaal zekerheidsrecht» in *De Europese sociale zekerheid - Commentaar*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 1988, 22.

¹⁴ DOCKSEY, C., «Richtlijn van de Raad 76/207 E.E.G. van 9 februari 1976 betreffende de gelijkheid in de arbeidsvoorwaarden», *Arbbl.*, 1990, 574.

¹⁵ GILLIAMS, H., «Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van man en vrouw 1988-1990», *R.W.*, 1990-91, 1355 e.v.

¹⁶ SCHINTGEN, R., «Toepassing in het Groothertogdom Luxemburg van richtlijn 75/117/E.E.G. betreffende de gelijke beloning», *Arbbl.*, 1990, 517.

zontale directe werking), met andere woorden het beginsel van gelijke beloning kan worden ingeroepen tegen de bepalingen van een individuele of collectieve overeenkomst.

De rechtstreekse werking kan worden afgeleid van niet of niet tijdig omgezette richtlijnen in verticale situaties. Een Lid-Staat die de door de richtlijn voorgeschreven uitvoeringsmaatregelen niet tijdig heeft getroffen, kan immers zijn tekortkoming niet aan de particulieren tegenwerpen wanneer die een onvoorwaardelijke en nauwkeurige verplichting ten opzichte van de Lid-Staat willen afdwingen¹⁷. Na het verstrijken van de in de richtlijn gestelde termijn vermag de Lid-Staat aan de uitvoeringsmaatregelen, die niet tijdig genomen werden, slechts terugwerkende kracht te verlenen tot de datum waarop de bedoelde termijn verstreek¹⁸. De rechtstreekse werking van artikel 119 heeft enkel betrekking op het beginsel van gelijke beloning, maar niet op de verschillende richtlijnen inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen¹⁹.

Hierbij moet opgemerkt worden dat de richtlijnen die een horizontale werking (verhouding werkgever-werknemer) bevatten, geen rechtstreekse werking hebben, behalve wanneer de werkgever kan worden geacht te behoren tot de «Staat». In dat verband is het onverschillig in welke hoedanigheid de Staat handelt, als werkgever of als overheid²⁰. De voorwaarden van de rechtstreekse werking werden door het Hof van Justitie duidelijk omschreven in het arrest Van Duyn²¹.

Aan die voorwaarden voldoet de derde richtlijn. Zolang aan de richtlijn geen uitvoering was gegeven, kon het in artikel 4 bepaalde discriminatieverbod na het verstrijken van de uitvoeringstermijn worden ingeroepen om de toepassing van ieder met genoemd artikel strijdige nationale bepaling te beletten²².

In de gevallen waarin de Raad of de Commissie aan de Lid-Staten een welbepaalde gedragslijn hebben voorgeschreven zou aan de praktische werking van de richtlijn afbreuk worden gedaan, indien de rechtsonderhorigen er in rechte geen beroep op zouden kunnen doen en de nationale rechter ze niet als een «element van gemeenschapsrecht» in aanmerking zou kunnen nemen²³.

De gelijke beloning is geen absoluut beginsel. Zo kon een vrouw op grond van artikel 119 niet het loon opeisen dat zij zou hebben ontvangen als ze een man geweest was, indien er geen enkele mannelijke werknemer die gelijktijdig of eerder een vergelijkbare arbeid heeft verricht of verricht²⁴.

Het begrip «beloning»

In alinea 2 van artikel 119 wordt nader omschreven wat onder beloning wordt verstaan. Het betreft het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura, die de werkgever direct of indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt.

In alinea 3 wordt verder uitgeweid omtrent de gelijkheid van loon zonder onderscheid naar kunne. Het begrip loon wordt ruim geïnterpreteerd. Vergoedingen die aan de werknemer worden toegekend uit hoofde van zijn ontslag zijn te beschouwen als loon, ook de afvloeiingsvergoeding krachtens een C.A.O., de bedrijfspensioenregelingen, gefinancierd door werkgeversbijdragen²⁵, andere voordelen ook al is de tewerkstelling voorbij²⁶.

Het Hof van Justitie stelde immers dat wanneer sommige prestaties worden verleend na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, dit geen beletsel vormt voor het loonkarakter van artikel 119²⁷. Volgens het Hof van Justitie heeft artikel 119 E.E.G.-Verdrag ook betrekking op het geval waarin de werknemer, die zich op deze bepaling beroept teneinde een in de zin van deze bepaling gelijke beloning te verkrijgen, werk verricht van grotere waarde dan het werk van degene die als vergelijkingsbasis dient.

Het Hof overwoog immers dat, hoewel artikel 119 uitgaat van arbeid van gelijke waarde, het in dit artikel vervatte beginsel zich a fortiori ertegen verzet dat een verschillende beloning wordt betaald, wanneer de laagst bezoldigde werknemers arbeid van een hoger niveau verrichten²⁸.

Discriminatie

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt verworven, dat de ongelijke beloning tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers de weerspiegeling veronderstelt van de minst begunstigde groep²⁹.

De regelgeving van de ongelijke behandeling naar geslacht komt, in het gemeenschapsrecht op een ondoorzichtige wijze aan bod. Normatieve bepalingen van het communautair recht maken ofwel geen onderscheid naar de aard van de discriminatie, die direct of indirect is, aldus artikel 119 en de Richtlijn 75/117/E.E.G., ofwel wordt het onderscheid zonder verdere verduidelijking enkel vermeld zoals in de Richtlijn van 9 februari 1976 betreffende het gelijkheidsbeginsel inzake de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding, de promotiekansen en de arbeidsvoorwaarden, de Richtlijn van 19 december 1978 betreffende de gelijke behandeling op het gebied van de sociale zekerheid, de Richtlijn van 24 juli 1986 inzake gelijke behandeling in de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid en de Richtlijn van 11 december 1986 inzake de gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en

¹⁷ H.v.J., 20 september 1988, *Jur. H.v.J.*, 1988, 4635; GILLIAMS, H., o.c., 1355 e.v.

¹⁸ H.v.J., 8 maart 1988, *Jur. H.v.J.*, 1988, 1601.

¹⁹ H.v.J., 26 februari 1986, *Jur. H.v.J.*, 1986, 723; GILLIAMS, H., o.c., 1355 e.v.

²⁰ H.v.J., 12 juli 1990, aangehaald door EECKMAN, P. en VANHEES, H., in «Overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (september 1989 - juli 1990)», *R.W.*, 1990-91, 793.

²¹ H.v.J., 4 december 1974, *Jur. H.v.J.*, 1974, 1337.

²² H.v.J., 24 maart 1987, *Jur. H.v.J.*, 1987, 1453.

²³ H.v.J., 4 december 1986, *Jur. H.v.J.*, 1986, 3855.

²⁴ BANKS, K., «De gelijke beloning», *Arbbl.*, 1990, 495.

²⁵ GILLIAMS, H., o.c., 1357.

²⁶ BANKS, K., o.c., 500.

²⁷ WILLEMS, C. en MILDE, M., «L'Egalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins en matière de plans des pensions», *J.T.T.*, 1992, 57.

²⁸ H.v.J., 4 februari 1988, *Jur. H.v.J.*, 1988, 673.

²⁹ WILLEMS, C. en MILDE, M., o.c.

vrouwen³⁰, waarbij moet worden opgemerkt dat telkens dezelfde stereotype zinsnede terugkomt met name «iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van het geslacht, hetzij direct hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie».

Bij gebrek aan enige verhelderende toelichting in de gemeenschapsteksten en hun ontstaansgeschiedenis is men aangewezen op de rechtsleer en de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.

De directe discriminatie behoeft geen interpretatie; het is een minder gunstige behandeling op grond van het geslacht³¹. Ten aanzien van de indirecte discriminatie, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen enige opheldering gegeven in 1981 in antwoord op een vraag van mevrouw Lizin. Onder indirecte discriminatie moet worden verstaan «verkapte of verborgen» discriminaties, die voor de werknemers van een bepaald geslacht in feite zouden voortvloeien uit de inaanmerkingneming van de echtelijke staat of de gezinssituatie bij de vaststelling van de rechten die binnen de werkingssfeer van de beide richtlijnen vallen³².

Volgens advocaat-generaal Mancini zijn indirecte discriminaties niet formeel op het geslacht gebaseerd, doch leiden in de praktijk tot een «resultaat» dat niet verschilt van dat van vormen van ongelijke behandeling, die uitdrukkelijk met het geslacht verband houden³³.

Er bestaat een vermoeden van indirecte discriminatie, zodra een schijnbaar neutrale maatregel in feite in overwegende mate de werknemers van een van beide geslachten betreft, zonder dat de bedoeling om te discrimineren behoeft te worden aangetoond. Daarentegen is het aan degene die de vermeende discriminerende maatregel treft om gronden aan te voeren waaruit blijkt dat deze gebaseerd was op objectieve gerechtvaardigde redenen, waaraan iedere gedachte van discriminatie vreemd is³⁴.

Een eerder praktische benadering van de definitie van indirecte discriminatie kan als volgt worden omschreven: indirecte discriminatie is het gevolg van een wetgeving, praktisch handelen of overeenkomst, die uiterlijk neutraal en egalitair zijn, maar die in de praktijk het tegenovergestelde effect hebben, dat niet kan worden gerechtvaardigd door de eisen die de functie stelt of de aanvaardbare minimumeisen, dat wil zeggen dat het geslacht de enige grond voor de discriminatie is³⁵. Een kernachtige directe omschrijving van het begrip indirecte discriminatie kan als volgt worden gelezen. Wanneer de verschillende behandeling tussen man en vrouw niet direct geslachtsgebonden is, maar als een ogenschijnlijke neutrale maatregel eenzelfde effect heeft als een

geslachtsgebonden discriminatie, waardoor een nadeel ontstaat voor een werknemer van een bepaald geslacht³⁶.

Belangrijk hierbij is dat de vraag naar intentie of opzet niet in aanmerking wordt genomen³⁷, waaruit volgt dat bij het vermoeden van onrechtstreekse discriminatie het statistisch bewijs belangrijk kan zijn, aangezien dit bewijs gericht is op het grootste aantal, wat neerkomt op het feit dat de sociologische realiteit op zich kan wijzen op een discriminerende toestand, zelfs op toevallige wijze³⁸. De omschrijving van de indirecte discriminatie door gezaghebbende communautaire auteurs verschilt niet fundamenteel. De toepassing door de individuele Lid-Staten in het licht van het gemeenschapsrecht komt in grote lijnen neer op het wegwerken van discriminatoire toestanden door factoren die vreemd zijn aan het discriminerend proces.

Ten aanzien van de rechtspraak van het Hof van Justitie is bij de problematiek van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen artikel 119 niet de enige grond van discriminatiebestrijding; de E.E.G.-rechtspraak inzake het vrije verkeer van werknemers, goederen en diensten is hieraan niet vreemd. Het Hof heeft dan ook voldoende denkoefeningen kunnen beoefenen om een naar het gemeenschapsrecht vooropgestelde verdoken discriminatiegrond vast te stellen.

De rechtspraak van het Hof van Justitie inzake discriminaties

Bij de toepassing van de directe discriminatie heeft het Hof van Justitie recentelijk in een aantal arresten artikel 119 van het E.G.-Verdrag getoetst. De meest opvallende zijn de arresten Barber (1990), het arrest Dekker (1990) en het arrest Nimz (1991).

In de zaak Barber werd een 52 jarig kaderlid van een Britse firma ontslagen wegens economische redenen. Hij was verzekerd via lastens de werkgever ingestelde en betaalde premies voor een extra-legaal pensioen vanaf zijn pensioenleeftijd. Was hij een vrouw, dan kon hij onmiddellijk genieten van het pensioenvoordeel.

Die discriminatie werd aangeklaagd bij het Europees Hof van Justitie, dat o.m. verklaarde dat artikel 119 van het E.E.G.-Verdrag eraan in de weg staat dat een om economische redenen ontslagen man slechts aanspraak heeft op een uitgesteld (bedrijfs)pensioen op de normale pensioenleeftijd, terwijl een vrouw in dezelfde omstandigheden recht heeft op een rustpensioen zulks als gevolg van de toepassing van een naar geslacht verschillende leeftijdsgrens overeenkomend met een verschil in de nationale wettelijke regeling voor de toekenning van rustpensioenen³⁹.

Als meest geschikte kandidaat voor een betrekking, werd mevrouw Dekker aangewezen, maar niet in dienst genomen, omdat zij zwanger was. Uit hoofde van die toestand zou de werkgever op grond van de Nederlandse sociale zekerheidsregeling zelf moeten instaan voor de wettelijke vergoedingen

³⁰ HERBERT, F., «Indirecte discriminatie», *Arbbl.*, 1990, 670.

³¹ BLANPAIN, R., «Gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake tewerkstelling. De richtlijn van 9 februari 1976», *T.S.R.*, 1977, 256; GILLIAMS, H., o.c., 1362.

³² Schriftelijke vraag nr. 2295/80, *P.B. C.*, 29 mei 1981, nr. 129, p. 22.

³³ H.v.J., 11 juni 1987, *Jur. H.v.J.*, 1987, 2507, concl. adv.-gen. MANCINI, G.F., van 7 oktober 1986.

³⁴ Tussentijds verslag over de toepassing van Richtlijn 79/7, COM(83)793, 6 januari 1984, 7.

³⁵ «Het gemeenschapsrecht en de vrouw», in *Vrouwen van Europa*, Commissie der Europese Gemeenschappen (red.), Brussel, 1986, supplement nr. 25, p. 83.

³⁶ ANDRE, L., «De richtlijn m.b.t. de gelijke behandeling in de sociale zekerheidsregelingen», *Arbbl.*, 1990, 525.

³⁷ DOCKSEY, C., o.c., 581, met verwijzing naar rechtspraak H.v.J.

³⁸ DE VOS, D., «Gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers in de wettelijke en niet wettelijke sociale zekerheidsregelingen. Tenuitvoerlegging in België», *Arbbl.*, 1990, 541.

³⁹ H.v.J., 17 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 794.

waarop zwangere vrouwen zich kunnen beroepen. Een dergelijke aanwervingsweigering, oordeelde het Hof, is niet in overeenstemming met de Richtlijn 76/207 E.E.G. en maakt een directe discriminatie uit, die niet kan worden gerechtvaardigd door een ernstig financieel nadeel dat de werkgever oploopt⁴⁰. De vraag naar de aanwezigheid van enig schuldelement bij de werkgever is ook niet ter zake dienend.

In de zaak Nimz (1991) besliste het Hof dat de bepalingen van een C.A.O. die de toekenning van de loonsverhogingen uitsluitend doen hangen van de anciënniteit binnen het toepassingsgebied vallen van artikel 119; dergelijke bepalingen mogen niet nadelig werken voor vrouwelijke werknemers⁴¹.

Het valt op dat deeltijdarbeid een mogelijk gewilde of ongewilde aanleiding is voor de schending van het beloningsgelijkheidsbeginsel. Een arrest m.b.t. een vermeende indirecte discriminatie is het Bilka-Kaufhaus arrest.

Uit het voordeel van het aanvullend pensioen ingericht door de werkgever op grond van een bedrijfs-C.A.O. werden de part-time werknemers uitgesloten. Het Hof stelt dat artikel 119 E.E.G.-Verdrag wordt geschonden indien uit het regime van het ondernemingspensioen part-timers worden uitgesloten, wanneer de maatregel een groter aantal vrouwen treft dan mannen, tenzij de onderneming bewijst dat de maatregel is ingegeven door objectieve factoren.

Aan die vereiste beantwoordt de onderneming die zich tot doel heeft gesteld zo weinig mogelijk deeltijdarbeiders te werk te stellen, wanneer wordt aangetoond dat dit doel aan een echte behoefte van de onderneming beantwoordt en de ter bereiking van dit doel gekozen middelen daarvoor ook geschikt en noodzakelijk zijn⁴².

Het behoud van loon bij ziekte van een deeltijdse werknemer was het voorwerp van een prejudiciële vraag naar aanleiding van een weigering van een schoonmaakbedrijf mevrouw Rinner door te betalen gedurende de acht uur dat zij wegens ziekte afwezig was geweest. In de toepasselijke Duitse wetgeving is er geen recht op loon wanneer in de arbeidsovereenkomst de normale werktijd 10 uur per week of 45 uur per maand niet te boven gaat. Het staat vast dat overwegend vrouwen van die groep werknemers deel uit maken.

Het Hof weerhield de discriminatie op grond van artikel 119 van het Verdrag, maar voegde een overweging toe waardoor het de nationale rechter staat te bepalen of er en in hoeverre een wettelijke bepaling, die ongeacht het geslacht van de werknemer van toepassing is, maar die in feite vrouwen meer treft dan mannen, haar rechtvaardiging vindt in objectieve factoren die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht⁴³.

In het Kwalska arrest⁴⁴ werd door het Hof gesteld dat artikel 119 zich verzet tegen een bepaling van een C.A.O. voor de nationale overheidsdienst op grond waarvan de werkgevers deeltijdse werknemers mogen uitsluiten van de toekenning van een tijdelijke vergoeding bij beëindiging van

de arbeidsverhouding, indien er een aanzienlijk kleiner aantal mannen dan vrouwen in deeltijd werkzaam zijn, tenzij objectieve factoren worden aangetoond.

De identificatie en de beoordeling van die factoren worden overgelaten aan de nationale rechter. Aan de rechter behoort het in de zin van het gemeenschapsrecht de feiten op hun juiste toedracht te toetsen aan de nationale wetgeving, geval per geval zonder te vervallen in algemene vaststellingen, die het objectiviteitscriterium aantasten. Het anciënniteitscriterium is in een loonsverhogingssysteem niet noodzakelijk enkel te meten aan de hoegrootte van de wettelijke of maandelijkse opdracht; andere factoren kunnen medebepalend zijn voor de toepassing van het systeem.

Het komt de nationale rechter toe de gelijke of ongelijke behandeling te evalueren, als behoeder van het belangen-evenwicht, dat ten grondslag ligt aan het door de verkapte vormen van discriminaties bedreigde gelijkheidsprincipe. Die opdracht lijkt in de uitvoering vanuit het oogpunt van de bewijsvoering niet zo vanzelfsprekend.

Doorgaans zal de directe discriminatie kunnen worden vastgesteld wanneer het gaat over de gelijke beloning. Gaat het echter om gelijke beloning voor gelijkwaardig werk, dan zal het discriminatoir karakter van een loonstelsel vaak erg moeilijk vast te stellen zijn⁴⁵.

In het Danfoss arrest⁴⁶ werd een belangrijk principe in verband met de bewijslast van de niet discriminatoire toepassing van het beloningssysteem vooropgesteld.

De Danfossonderneming betaalde aan de werknemers in dezelfde loongroep hetzelfde basisloon, maar kende overeenkomstig een landelijke C.A.O. ook individuele toeslagen toe op basis van hun flexibiliteit, beroepsopleiding en anciënniteit. Uit statistische gegevens bleek echter dat binnen eenzelfde loongroep het gemiddelde loon voor mannen 6,85% hoger was dan voor vrouwen. Een sluitend bewijs van de oorzaken van dit verschil kon door de vrouwelijke werknemers niet achterhaald worden, omdat zij niet wisten of konden weten welke toeslagcriteria gehanteerd werden.

Bij een dergelijk stelsel van beloning, oordeelde het Hof, moet de werkgever bewijzen dat zijn beloningspraktijk niet discriminerend is, door aan te geven hoe hij de criteria voor de individuele toeslagen heeft toegepast, zodat hij verplicht wordt zijn beloningsstelsel doorzichtig te maken.

Het statistisch bewijs is het enig doeltreffend middel waarop de gediscrimineerde kan steunen om het principe van de gelijke beloning voor de nationale rechter af te dwingen; de werkgever kan hieraan ontsnappen door de doorzichtigheid van zijn loonpolitiek aan te tonen. In wezen gaat het hier om een omkering van de bewijslast. Er is echter voorzichtigheid geboden bij de toepassing van de omkering van de bewijsvoering, die hoewel gegrond op artikel 119 van het Verdrag, in beperkte mate kan worden toegepast; het door de werkgever toegepast loonstelsel moet volstrekt ondoorzichtig zijn en de lager liggende gemiddelde beloning van de gediscrimineerde groep, moet betrekking hebben op een relatief groot aantal loontrekkenden.

⁴⁰ H.v.J., 8 november 1990, *Soc.Kron.*, 1991, 43, met opm. JACMAIN, J.

⁴¹ H.v.J., 7 februari 1991, *J.T.T.*, 1991, 346; GILLIAMS, H., o.c., 1357.

⁴² H.v.J., 13 mei 1986, *Jur. H.v.J.*, 1986, 1607.

⁴³ H.v.J., 13 juli 1989, *Jur. H.v.J.*, 1989, 2743.

⁴⁴ H.v.J., 27 juni 1990, aangehaald door EECKMAN, P. en VANHEES, H., o.c., 794.

⁴⁵ GILLIAMS, H., o.c., 1366.

⁴⁶ H.v.J., 17 oktober 1989, *Jur. H.v.J.*, 1989, 3199.

B. De vijf richtlijnen

De uitvoering van het in artikel 119 E.E.G.-Verdrag neergelegd beginsel van gelijke behandeling werd vastgesteld in een aantal richtlijnen⁴⁷, die betrekking hebben op de beloning, de behandeling bij de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en promotiekansen en arbeidsvoorwaarden, de sociale zekerheid, de beroepsregelingen inzake sociale zekerheid en tenslotte de zelfstandigen.

De eerste richtlijn

De eerste richtlijn⁴⁸ betreffende de gelijke beloning werd genomen op 10 februari 1975. Voor gelijke arbeid en arbeid van gelijke waarde, moet zonder onderscheid van geslacht een gelijke beloning worden toegekend. Onder de aandacht werd in het bijzonder de beloning via het systeem van werkclassificatie gebracht. Volgens de richtlijn moet het systeem berusten op criteria die voor mannelijke en vrouwelijke werknemers eender zijn, en zodanig zijn opgezet dat ieder onderscheid naar kunnen is uitgesloten. De Lid-Staten moeten in hun rechtsorde erin voorzien dat de benadeelde zijn rechten voor het gerecht kan doen laten naleven en zorgen voor een ontslagbescherming wanneer de werknemer een vordering instelt.

De ongelijke behandeling komt eerder voor bij de moeilijk te achterhalen indirecte discriminatie. Denken wij aan het toekennen van een bepaalde waarde aan de lichaamskracht in een classificatiesysteem.

Te dezen heeft het Hof van Justitie beslist, dat niets een systeem van werkclassificatie in het algemeen in de weg staat als voor de vaststelling van de loonniveaus gebruik wordt gemaakt van het criterium lichamelijke inspanning of belasting of van het criterium zwaarte van de arbeid, wanneer de te verrichten arbeid, gelet op de aard van de werkzaamheden, daadwerkelijk een zekere krachtsinspanning vergt, mits het systeem in zijn geheel ook andere factoren in aanmerking neemt en aldus iedere discriminatie van het geslacht uitsluit⁴⁹.

In het Danfoss arrest⁵⁰ werd door het Hof dieper ingegaan op de rechtvaardigingsgrond van toeslagcriteria met

betrekking tot de systematische toepassing van de flexibiliteit, de beroepsopleiding of de anciënniteit waardoor vrouwelijke werknemers werden benadeeld. De flexibiliteit kan gerechtvaardigd worden, indien het criterium duidt op het vermogen om zich aan te passen aan de variabele werktijden en arbeidsplaatsen, door aan te tonen dat het vermogen van belang is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden, maar niet indien het wordt opgevat als betrekking hebbend op de kwaliteit van het door de werknemer verrichte werk. In dezelfde zin geldt het criterium beroepsopleiding, terwijl het anciënniteitscriterium geen rechtvaardiging behoeft.

Dat de regeling met betrekking tot de gelijke behandeling niet noodzakelijkerwijze enkel de vrouw treft, blijkt uit het arrest Newstead⁵¹, waarin voor recht werd gezegd dat het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers er zich niet tegen verzet, dat de werkgever, ofschoon hij aan mannelijke en vrouwelijke werknemers hetzelfde brutoloon betaalt, uitsluitend in het geval van mannelijke werknemers, ook indien ongehuwd, een inhouding van 1,5% van het brutoloon toepast als bijdrage voor de vorming van een fonds voor weduwenpensioenen, dat vastgelegd is in het kader van een algemene bedrijfsregeling, die in de plaats komt van een wettelijke regeling van sociale zekerheid.

De tweede richtlijn

Gelijke behandeling is de uitsluiting van iedere vorm van discriminatie op grond van het geslacht, hetzij direct hetzij indirect door verwijzing naar de echtelijke staat of de gezinsituatie.

De tweede richtlijn⁵² zegt dat dit beginsel moet toegepast worden op de toegang tot het arbeidsproces, de promotiekansen, de beroepsopleiding en de arbeidsvoorwaarden.

In bepaalde gevallen mag van het beginsel worden afgeweken: als het geslacht een bepalende factor is voor het beroep of de opleidingen die enkel specifieke werkzaamheden kunnen betreffen en voldoende doorzichtig moeten zijn⁵³ en bij positieve vormen van discriminatie. Dit zijn maatregelen die de gelijkheid proberen te bevorderen door feitelijke ongelijkheden op te heffen. De beschermende maatregelen in geval van zwangerschap blijven van kracht.

Om de gelijke behandeling niet in de weg te staan, moeten de beschermende bepalingen voor de vrouw herzien en afgeschaft worden, wanneer hun bedoeling niet meer gerechtvaardigd is.

Mogelijkheid tot procesvoering en ontslagbescherming werd in de richtlijn voorzien en alle strijdige nationale bepalingen moeten worden vernietigd of gewijzigd.

Het beroep op de rechter kan eventueel worden voorafgegaan door een beroep te doen op andere bevoegde instanties. Die instanties zouden vooraf de nodige juridische informatie kunnen verstrekken. Zij die het meest getroffen worden door een discriminatie, zijn immers het minst geneigd er iets aan te doen omdat zij hun rechten niet kennen of uit vrees. Een dergelijke instantie kan hen helpen door

⁵¹ H.v.J., 3 december 1987, *Jur. H.v.J.*, 1987, 4753.

⁵² Richtlijn 76/207, *P.B. L.*, 14 februari 1976.

⁵³ H.v.J., 30 juni 1988, *Jur. H.v.J.*, 1988, 3559.

⁴⁷ Pro memore: art. 189 E.E.G.-Verdrag luidt:

«Voor de vervulling van hun taak stellen de Raad en de Commissie verordeningen en richtlijnen vast, geven beschikkingen en brengen aanbevelingen of adviezen uit onder de in dit Verdrag vervatte voorwaarden.

Een verordening heeft een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke Lid-Staat.

Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.

Een beschikking is verbindend in al haar onderdelen voor degenen tot wie zij uitdrukkelijk is gericht.

Aanbevelingen en adviezen zijn niet verbindend.»

⁴⁸ Richtlijn 75/117 E.E.G. betreffende de nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, *P.B. L.*, 19 februari 1975.

⁴⁹ H.v.J., 1 juli 1986, *Jur. H.v.J.*, 1986, 2101.

⁵⁰ H.v.J., 17 oktober 1989, *Jur. H.v.J.*, 1989, 3199.

bijvoorbeeld een onderzoek in te stellen en bewijsmateriaal te verzamelen of door het oprichten van een dienst voor gelijke kansen ⁵⁴.

Volgens het Hof van Justitie moet het in artikel 5, lid 1, vermelde «ontslag» ruim worden opgevat en omvat het ook een leeftijdsgrens voor het verplicht vertrek van werknemers in het kader van een algemeen pensioenbeleid van de werkgever, ook indien bij dat vertrek een rustpensioen wordt toegekend ⁵⁵.

Een algemeen ontslagbeleid, dat inhoudt dat een vrouw wordt ontslagen op de enkele grond dat zij de leeftijd waarop zij recht heeft op een staatspensioen, heeft bereikt of overschreden, welke leeftijd ingevolge de nationale wetgeving voor mannen en vrouwen verschillend is, vormt een door deze richtlijn verboden discriminatie op grond van het geslacht ⁵⁶.

Daarentegen is een contractuele bepaling, waarbij een gelijke leeftijd is vastgesteld voor mannelijke en vrouwelijke werknemers in het kader van het collectief ontslag met toekenning van een vervroegd rustpensioen, zulks terwijl de normale pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen verschillend is, geen naar het gemeenschapsrecht verboden discriminatie op grond van het geslacht ⁵⁷.

Evenmin is er ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden een discriminatie, wanneer zoals in het reeds vermelde geval *Newstead* een inhouding op het brutoloon enkel de mannelijke werknemers treft.

Dat ongewenst seksueel gedrag op de arbeidsplaats een directe discriminatie kan vormen, steunend op het geslacht, werd sinds medio voorgaand decennium herhaaldelijk beklemtoond. Onder ongewenst seksueel gedrag van seksuele aard op de werkplek wordt verstaan: «Gedrag van seksuele aard of ander gedrag op grond van het geslacht, ook aan de kant van de superieuren en collega's, dat afbreuk doet aan de waardigheid van vrouwen en mannen op het werk» ⁵⁸.

Aan de nationale wetgever behoort het te bepalen wat een onaanvaardbaar gedrag of onduidelbare praktijk vormt en in welke omstandigheden de verantwoordelijkheid van de werkgever meespeelt ⁵⁹.

De richtlijn doet geen afbreuk aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, voor wat de zwangerschap en het moederschap betreft. Dat die bescherming aan de gelijke behandeling werd onttrokken heeft enkel te maken met de specifieke eigenschappen van de zwangerschap en het moederschap van de vrouw; ze houdt evenwel een beperking in: de bescherming moet restrictief worden toegepast en reikt niet verder dan de beoogde situaties, waarbij voor de vrouwen bijzondere rechten worden gewaarborgd. Aan elke Lid-Staat behoort het de periodes van zwangerschapsverlof te bepalen. De bescherming van de vrouw in verband met het moederschap heeft tot doel de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind tijdens de op het zwangerschap en de bevalling volgende periode te

waarborgen door te voorkomen dat die relatie wordt verstoord door cumulatie van lasten als gevolg van gelijktijdige beroepsuitoefening. Vindt geen rechtvaardiging in deze laatste bepaling de handhaving van bijzondere rechten voor vrouwen die beogen de bescherming van vrouwen in hun hoedanigheid van andere werknemer of van ouder van een kind, hoedanigheden die zowel de mannelijke als de vrouwelijke werknemers kunnen bezitten ⁶⁰. Wanneer zich een ziekte manifesteert na het zwangerschapsverlof is er geen reden tot onderscheid naargelang de ziekte haar oorsprong vindt in de zwangerschap, de bevalling of elke andere oorzaak. Dit behoort tot het algemeen regime dat van toepassing is ingeval van ziekte.

Bij een ontslag van een vrouwelijke bediende omwille van herhaalde afwezigheden wegens ziekte na de bevalling is het bijgevolg de vraag of deze bediende onder dezelfde voorwaarden als mannelijke collega's ontslagen werd om reden van afwezigheid wegens ziekte. Indien dit het geval is, is er geen sprake van discriminatie op grond van het geslacht ⁶¹.

Volgens artikel 5 van de tweede richtlijn houdt de toepassing van het principe van gelijke beloning wat de arbeidsvoorwaarden betreft in, dat aan de mannen en de vrouwen dezelfde voorwaarden worden verzekerd, zonder discriminatie gegrond op het geslacht.

In het kader van een strafrechtelijke procedure gevoerd voor een Franse politierechter, waarbij een directeur van een onderneming vervolgd werd, omdat hij een aantal vrouwen 's nachts had tewerkgesteld en dit in strijd met de Franse arbeidswetgeving, richtte de rechter zich tot het Hof van Justitie met de prejudiciële vraag, of artikel 5 van de Richtlijn van 9 februari 1976 voldoende duidelijk is om lastens een Lid-Staat het verbod voor vrouwen om nachtarbeid te verrichten, zoals neergeschreven in artikel L 213 - 1 van het Franse arbeidsrecht, te negeren.

Het Hof antwoordde dat artikel 5 voldoende duidelijk is om de Lid-Staten de verplichting op te leggen het verbod van de nachtarbeid voor vrouwen niet als een wettelijke norm te stellen, ook al bevat deze verplichting uitzonderingen, waar geen verbod van nachtarbeid voor mannen bestaat ⁶².

Ten aanzien van de gelijke behandeling inzake de arbeidsvoorwaarden, kan worden aangevoerd dat tot nogtoe het begrip arbeidsvoorwaarden geen nauwkeurige juridische omschrijving bevat ⁶³, hetgeen een gevaar betekent bij de toepassing ervan. Gaat men naar een restrictieve of extensieve interpretatie?

Men behoeft zich ervoor dat minima voorwaarden, die behoren tot de sociale openbare orde niet aangetast worden door de wetgever. Zo is flexibiliteit van de arbeid niet altijd een voordeel, wel voor de ondernemingen, niet voor de werknemers.

De richtlijn verplicht de Lid-Staten in hun interne orde de nodige voorschriften op te nemen om eenieder die door discriminatie meent te zijn benadeeld de mogelijkheid te

⁵⁴ BLANPAIN, R., «Gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake tewerkstelling. De richtlijn van 9 februari 1976», *T.S.R.*, 1977, 260-261.

⁵⁵ H.v.J., 26 februari 1986, *Jur. H.v.J.*, 1986, 773.

⁵⁶ H.v.J., 26 februari 1986, *Jur. H.v.J.*, 1986, 773.

⁵⁷ H.v.J., 26 februari 1986, *Jur. H.v.J.*, 1986, 703.

⁵⁸ Raad van de E.E.G., Resolutie 90/C157/02 van 29 mei 1990.

⁵⁹ DOCKSEY, C., o.c., 579.

⁶⁰ H.v.J., 25 oktober 1988, *Jur. H.v.J.*, 1988, 6315.

⁶¹ H.v.J., 8 november 1990, *Soc.Kron.*, 1991, 48 met opm. JACQMAIN, J.

⁶² H.v.J., 25 juli 1991, *Soc.Kron.*, 1991, 385.

⁶³ SPYROPOULOS, G., «Condition de travail : élargissement du concept et problématique juridique», *Droit Social*, 1990, 851 e.v. voetnoten.

bieden een rechtsvordering in te stellen. Uit deze bepaling volgt dat de Lid-Staten verplicht zijn maatregelen te nemen, die voldoende effectief zijn om het doel van de richtlijn te bereiken, en om er zorg voor te dragen, dat de betrokkenen voor de nationale rechter daadwerkelijk een beroep op die maatregelen kunnen doen. Daarbij valt te denken aan bepalingen, die de werkgever verplichten een passende financiële vergoeding toe te kennen; de richtlijn verlangt niet dat de schuldige werkgever met de gediscrimineerde sollicitant een arbeidsovereenkomst sluit.

Een wettelijke bepaling, die het recht op vergoeding tot een symbolische schadevergoeding zou herleiden, zoals bijvoorbeeld de terugbetaling van de sollicitatiekosten, zou niet beantwoorden aan een doeltreffende omzetting van de richtlijn in het nationaal recht⁶⁴. Ter verkrijging van de schadevergoeding kan een orgaan aangesproken worden, dat ongeacht zijn rechtsvorm, krachtens een handeling van de overheid, tot taak heeft, onder toezicht van de overheid, een dienst van openbaar belang te verrichten, en daartoe over bijzondere bevoegdheden beschikt, vergeleken met de regels die in de betrekkingen met de particulieren gelden⁶⁵.

De derde richtlijn

In de derde richtlijn⁶⁶ wordt de gelijkheid behandeld op het gebied van de sociale zekerheid, inzonderheid in de wettelijke regelingen, die bescherming bieden tegen ziekte, invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen, beroepsziekten, werkloosheid en in de sociale bijstandsregelingen, voor zover deze een aanvulling vormen op of in de plaats komen van genoemde wettelijke regelingen.

Anders dan in de eerste en tweede richtlijn, die de gelijke behandeling van man en vrouw uitsluitend in de hoedanigheid van werknemer beogen, reikt de personele werking van de derde richtlijn verder. Zij richt zich tot de beroepsbevolking, met inbegrip van de zelfstandigen, van werknemers en zelfstandigen wier arbeid is onderbroken door ziekte, ongeval of onvrijwillige werkloosheid en van werkzoekenden, alsmede op gepensioneerden of invalide werknemers en zelfstandigen.

De richtlijn is niet van toepassing op de personen, zoals de huisvrouwen of -mannen die geen arbeid hebben verricht en die geen werkzoekenden zijn; evenmin op personen die arbeid hebben verricht, welke niet onderbroken is door de in de richtlijn vermelde risico's en die geen werkzoekende zijn⁶⁷; ook diegenen die nog geen arbeid mogen verrichten zoals de leerplichtigen en die geen arbeid kunnen verrichten⁶⁸.

Het begrip beroepsbevolking moet ruim worden geïnterpreteerd. Zo behoort diegene die een invalide bloedverwant verzorgt tot die categorie.

Het Hof van Justitie stelde dat er sprake is van discriminatie op grond van geslacht, wanneer een in de richtlijn bedoelde, tot de wettelijke regelingen behorende uitkering, niet wordt toegekend aan de gehuwde vrouw die met haar man samenwoont of door deze wordt onderhouden, terwijl die uitkering in dezelfde omstandigheden wordt toegekend aan de gehuwde man⁶⁹.

De beschermende maatregelen voor het moederschap werden ook in deze richtlijn ingeschreven.

In de tekst van de richtlijn is er geen sprake van objectieve rechtvaardigingsgronden. Het Hof van Justitie heeft evenwel in het arrest Teuling de objectieve rechtvaardigingstoets aanvaard⁷⁰. Bij het ontbreken van passende maatregelen die de discriminaties ongedaan moeten maken, hebben vrouwen recht op dezelfde behandeling en op toepassing van dezelfde regeling als de mannen, die in een gelijke situatie verkeren, waarbij die regeling, zolang aan de richtlijn geen uitvoering wordt gegeven, het enig bruikbaar referentiekader blijft⁷¹.

De toepassing van de derde richtlijn heeft vooral in de pensioensector misverstanden aan het licht gebracht. Het Hof van Justitie heeft terzake enkele belangwekkende arresten geveld, die klaarheid, maar ook deining brachten in deze materie.

Voor de goede orde moet opgemerkt worden dat er een verschil bestaat tussen de pensioenleeftijd, wat betreft het ontslag⁷² van de arbeidsrelatie en de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van een ouderdoms- en een rustpensioen. De eerste wordt in het gemeenschapsrecht als een arbeidsvoorwaarde beschouwd; de tweede als een toekenning van een sociaalzekerheidsprestatie⁷³, waarbij de pensioengerechtigde leeftijd bij wege van uitsluiting uit de werkingssfeer van de richtlijn inzake sociale zekerheid aan de Lid-Staten wordt toegelaten. Er moet evenwel worden toegezien dat die uitsluitingsmogelijkheid restrictief wordt geïnterpreteerd. Ze betreft enkel de pensioenleeftijd en raakt niet aan de berekening van de pensioenprestatie.

Het Hof van Justitie heeft in die richting zijn rechtspraak uitgebouwd⁷⁴.

Naast de pensioengerechtigde leeftijd zijn er nog andere gebieden, waar de Lid-Staten bevoegd zijn deze uit het toepassingsgebied van de derde richtlijn te sluiten: de voordelen die op het gebied van ouderdomsverzekering zijn toegekend aan hen die kinderen hebben opgevoed: het verkrijgen van rechten op prestaties na tijdvakken van onderbreking van het werk wegens opvoeding van kinderen. In die optiek kan het nationaal recht pensioenrechten toekennen aan moeders die zich bezig hebben gehouden met de opvoeding van jonge kinderen. Er bestaat geen verplichting die rechten toe te kennen aan mannen die kinderen hebben opgevoed.

Uit het toepassingsgebied kan ook gesloten worden het verlenen van rechten op prestaties inzake ouderdom of in-

⁶⁴ H.v.J., 10 april 1984, *Jur. H.v.J.*, 1984, 1891.

⁶⁵ H.v.J., 12 juli 1990, aangehaald door ECKMAN, P. en VANHEES, H., o.c.

⁶⁶ Richtlijn 79/7, 19 december 1978, *P.B. L.*, 10 januari 1979.

⁶⁷ H.v.J., 27 juni 1989, *Jur. H.v.J.*, 1989, 1963.

⁶⁸ SALAERT, C., TAGHON, A. en ZEIJEN, J., «Gelijke behandeling van mannen en vrouwen» in *De Europese sociale zekerheid - Commentaar*, PIETERS, D. (red.), Antwerpen - Appeldoorn, Maklu, 1988, 175.

⁶⁹ H.v.J., 24 juni 1986, *J.T.T.*, 1987, 203.

⁷⁰ H.v.J., 11 juni 1987, *Arbbl.*, 1990, 546.

⁷¹ H.v.J., 24 juni 1986, *Jur. H.v.J.*, 1986, 2865.

⁷² Art. 5, Richtlijn 76/207, *P.B. L.*, 14 februari 1976.

⁷³ Art. 7, lid 1, a Richtlijn 79/7, 19 december 1978, *P.B. L.*, 10 januari 1979.

⁷⁴ De Vos, D., o.c., 551.

validiteit uit hoofde van afgeleide rechten van de echtgenote ⁷⁵.

Met betrekking tot de toepassing van de derde richtlijn, heeft het Hof enkele belangrijke arresten geveld, waaronder twee uitspraken met betrekking tot de Belgische sociale zekerheid.

De heer Rouvroy, een Belgische onderdaan, die als zelfstandige zeer geringe bedrijfsinkomsten had, vraagt toepassing van artikel 37 K.B. 19 december 1967, dat onder bepaalde voorwaarden vrijstelling van sociale zekerheidsbijdragen voorziet. De sociale verzekeringskas Integrety verzette zich hiertegen op grond van het feit dat het artikel 37 slechts van toepassing is op gehuwde vrouwen, weduwen en studenten, doch niet op gehuwde mannen en weduwnaars. Het bevoegde arbeidsrecht bracht het geschil met een prejudiciële vraag bij het Hof van Justitie. Het Hof stelde vast dat de richtlijn zich verzet tegen een nationale regeling, die de mogelijkheid van gelijkstelling met personen, die zijn vrijgesteld van betaling van sociale zekerheidsbijdragen enkel voorziet voor gehuwde vrouwen, weduwen en studenten zonder te voorzien in dezelfde vrijstelling voor de mannen en weduwnaars, die voor het overige aan dezelfde voorwaarden voldoen ⁷⁶.

In een arbeidsongeschiktheidsaangelegenheid werd geoordeeld, dat een bepaling van de nationale wettelijke regeling die aan arbeidsongeschikt geworden verzekerden een sociaal minimum garandeert, van het beginsel van gelijke behandeling afwijkt, ten aanzien van de verzekerden die voordien in deeltijd hebben gewerkt, en het bedrag van de uitkering beperkt tot het voorheen genoten loon, wanneer deze regel een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft, tenzij die wettelijke regeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren, die niets van doen hebben met discriminatie op grond van het geslacht ⁷⁷.

Dat de Belgische werkloosheidsreglementering ingewikkeld is zal geen enkel beoefenaar van dit recht in twijfel trekken. De structuren werden neergelegd in het K.B. van 20 december 1963: de toelatings- en uitkeringsvoorwaarden van dit recht werden met de regelmaat van een klok gewijzigd. Een herschrijving van het K.B. drong zich dan ook op ⁷⁸.

Ook het Hof van Justitie ⁷⁹ heeft zich gebogen over een deel materie van onze werkloosheidsreglementering en dit op initiatief van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, die van oordeel was dat de Belgische overheid naliel binnen de in de derde richtlijn gestelde termijn ⁸⁰ het instandhouden van een berekeningssysteem van werkloosheids- en ziektevergoedingen, te wijzigen, dat volgens de Commissie zonder objectieve gronden, een indirecte discrimi-

minatie ten nadele van de vrouwelijke rechthebbende inhield. Onze wetgeving behield na het verstrijken van de uitieme datum een bevoorrecht berekeningssysteem van de uitkeringen voor werklozen, die als hoofd van het gezin een echtgenote, een concubine, een ouder of een kind zonder inkomen ten laste had. Er werd vastgesteld dat die categorie overwegend uit mannen was samengesteld en dat de rechthebbende vrouwen behoren tot de twee andere categorieën met minder gunstige uitkeringen.

Het Hof besliste dat een wetgeving die met het oog op de noden van een sociaal beleid in die Lid-Staat in de verlaging van de uitkeringen aan rechthebbenden zonder kinderlast voorziet, niet strijdig is met het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw in de sociale zekerheid, ook al treft deze wetgeving meer vrouwen dan mannen omwille van de ongelijke verdeling van de mannen en de vrouwen in de beroepsbevolking. Het Belgisch stelsel van werkloosheids- en invaliditeitsuitkeringen beantwoordt aan een rechtmatig doel inzake sociaal beleid en stelt verhogingen in die dit doel kunnen bereiken en daartoe noodzakelijk zijn. Het is bijgevolg gerechtvaardigd door redenen die vreemd zijn aan een discriminatie op grond van het geslacht.

De uitspraak werd niet onverdeeld bekritiseerd, waarbij de klemtoon vooral wordt gelegd op de politiek waarop het Europees Hof de noden van het sociaal beleid van de Lid-Staten interpreteert ⁸¹.

Daartegenover kan aangevoerd worden dat om het discriminatoire karakter van een juridische regel aan te tonen het niet volstaat vast te stellen dat zij statistisch de ene of andere groep benadeelt: er wordt ook vereist dat dit verschil in beloning redelijkerwijze niet kan gerechtvaardigd worden door wettelijke redenen die vreemd zijn aan de discriminatie ⁸².

Vanuit de communautaire regelgeving is het gelijkheidsbeginsel in de sociale zekerheidsmaterie een zulkdanige delicate aangelegenheid, dat de optie convergentie of divergentie van de uit te vaardigen regelen in de nabije toekomst eerder zullen duiden op het subsidiariteitsprincipe.

Men kan hier niet voorbijgaan aan de complexiteit van het stelsel, waarbij verzekering of bijstand, gekoppeld aan de budgettaire haalbaarheid een fundamentele vraagstelling inhoudt. Het Europees Hof heeft blijkbaar in de marge van de in de richtlijn vooropgestelde «geleidelijke tenuitvoerlegging» ⁸³ de politiek van het gezond verstand gevoerd.

Tussen de richtlijnen bestaat er een zekere samenhang, die wat betreft de eerste (gelijke beloning) en de derde (sociale zekerheid) kan voortvloeden uit het feit dat de sociale zekerheidsuitkeringen meestal berekend worden op basis van het verdiend loon. Discriminatie tussen man en vrouw inzake beloning zal derhalve ook discriminatie inzake sociale zekerheid tot gevolg hebben. Ten aanzien van de samenhang tussen de tweede en de derde zal een regeling die in overeenkomst is met de derde dit ook moeten zijn met de tweede richtlijn ⁸⁴.

⁷⁵ SALAERT, C., TAGHON, A. en ZEIJEN, J., o.c., 179.

⁷⁶ H.v.J., 21 november 1990, *J.T.T.*, 1991, 115, met opm. De Vos, D. en JACOMAIN, J.

⁷⁷ H.v.J., 13 december 1989, *Jur. H.v.J.*, 1989, 4311.

⁷⁸ K.B. 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering, B.S., 31 december 1991; M.B. 26 november 1991 houdende de toepassingsregelen van de werkloosheidsreglementering, B.S., 25 januari 1992.

⁷⁹ H.v.J., 7 mei 1991, *Soc.Kron.*, 1992, 88, met opmerkingen.

⁸⁰ Art. 8, lid 1, Richtlijn 79/7, 19 december 1978, *P.B. L.*, 10 januari 1979, waarin de termijn werd bepaald op zes jaar, die in casu op 22 december 1984 verstreek.

⁸¹ Zie op. CUVELLIEZ, M.-T., bij H.v.J., 7 mei 1991, *Soc.Kron.*, 1992, 91.

⁸² Zie opm. PALSTERMAN, P., bij H.v.J., 7 mei 1991, *Soc.Kron.*, 1992, 95.

⁸³ Zie art. 1, Richtlijn 79/7, 19 december 1978, *P.B. L.*, 10 januari 1979.

⁸⁴ SALAERT, C., TAGHON, A. en ZEIJEN, J., o.c., 207.

De vierde richtlijn

De vierde richtlijn van 24 juli 1986⁸⁵ beoogt de gelijke behandeling in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid. Zij heeft tot doel de prestaties van de wettelijke sociale zekerheid aan te vullen of deze te vervangen. Het is zonder belang of een aansluiting bij deze regelingen al dan niet verplicht is.

Het betreft regelingen die hun oorsprong vinden in C.A.O.'s, bedrijfs-C.A.O.'s die de werkgever eenzijdig in het leven roept of waarin hij eenzijdig ten behoeve van zijn werknemers of bepaalde categorieën van werknemers voorziet. Ook worden bedoeld regelingen die uitgevaardigd worden voor vertegenwoordigers van een bepaalde beroepsgroep, die anders dan in loondienst werkzaam zijn.

De doelgroep waarvoor deze richtlijn bestemd is, is dezelfde als deze van de derde richtlijn: de beroepsbevolking in de ruime zin, met inbegrip van de zelfstandigen.

Uit de lectuur van de richtlijn kan niet worden vastgesteld dat de bepalingen directe werking hebben. Hieruit volgt dat met toepassing van artikel 12 waarin bepaald wordt dat de Lid-Staten uiterlijk drie jaar na de kennisgeving, zijnde 30 juli 1986, de nodige wettelijke en bestuurlijke maatregelen in werking doen treden, de vergoedingen, die voortvloeien uit de aanvullende wettelijke sociale zekerheidsregelingen en andere dan het aanvullend wettelijk vakantiegeld, vanaf 30 juni 1989 tot het begrip loon behoren. Uiterlijk op 1 januari 1993 moeten de Lid-Staten maatregelen nemen die nodig zijn opdat de met het beginsel van gelijke behandeling strijdige C.A.O.'s worden herzien.

Na die datum mag geen wettelijke regeling instand worden gehouden, waarbij de afschaffing van bepaalde ongelijkheden aan de sociale partners wordt overgelaten zonder deze een termijn voor de nakoming van de verplichting op te leggen.

De tenuitvoerlegging van het gelijkheidsbeginsel kan, met betrekking tot de pensioengerechtigde leeftijd en de eventuele gevolgen daarvan voor andere prestaties, door de Lid-Staten binnen bepaalde perken verdaagd worden.

In het reeds geciteerd Barber arrest heeft het Hof van Justitie geponereerd dat het begrip beloning in de zin van artikel 119 E.E.G.-Verdrag ook moet worden uitgebreid tot de extra-legale voordelen betaald, zelfs indirect, door de werkgever op grond van een arbeidsovereenkomst⁸⁶.

Pensioenen, betaald in het kader van een vervangende particuliere bedrijfspensioenregeling, vallen binnen de werkingssfeer van artikel 119 van het Verdrag, dat elke discriminatie tussen mannen en vrouwen verbiedt, ook al is de situatie het gevolg van een naar het geslacht verschillende leeftijd in de nationale wettelijke pensioenregeling. Door te stellen dat de bedrijfspensioenregelingen, die zowel de bijdragen als de uitkeringen omvatten, een loon is en dit element elke discriminatie verbiedt, waarop de burger zich rechtstreeks kan beroepen voor de nationale rechter, kan men de vraag stellen hoe artikel 9, a van de vierde richtlijn in overeenstemming gebracht kan worden met de bepaling van artikel 119 van het Verdrag.

⁸⁵ Richtlijn 86/378, *P.B. L.*, 12 augustus 1986.

⁸⁶ Zie H.v.J., 17 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 794 en *J.T.T.*, 1991, 129.

De richtlijn is op dat punt strijdig met artikel 119, wanneer een nationale C.A.O. een voor man en vrouw verschillende pensioenleeftijd vaststelt.

De vijfde richtlijn

De vijfde richtlijn handelt over de specifieke toestand van de zelfstandigen en hun echtgenoten, die behulpzaam zijn bij de zelfstandige activiteit zonder financiële tegemoetkoming, inzonderheid wat de landbouwsector betreft⁸⁷.

De richtlijn heeft inhoudelijk een vrij algemeen karakter.

Ze vrijblijvende en niet dwingende bepalingen⁸⁸ moeten de Lid-Staten de nodige maatregelen doen treffen opdat de meewerkende echtgenoten zouden kunnen aansluiten bij een stelsel van sociale zekerheid. De Lid-Staten zullen ook nagaan op welke wijze het werk van de meewerkende echtgenoot gevaloriseerd kan worden en hoe de vrouwelijke meewerkende zelfstandige tijdens haar zwangerschap of moederschap beschermd kan worden.

IV. INTERNATIONALE VERDRAGEN EN HUN GEVOLGEN TEN AANZIEN VAN ARTIKEL 119 E.E.G.-VERDRAG

Nachtarbeid voor vrouwen wordt in de industrie verboden krachtens de Conventie nr. 89 van de Internationale Arbeidsorganisatie.

Die conventie is niet in overeenstemming met de Europese Richtlijn 76/207 (art. 5), die de ongelijke behandeling van mannen en vrouwen verbiedt⁸⁹. Het verbod tot nachtwerk voor vrouwen is discriminerend te hunnen opzichte. Einde februari 1992 werd de conventie door België opgezegd. Ook onze arbeidswet is wat dit verbod betreft aan een vernieuwing toe.

V. DE UITVOERING VAN ARTIKEL 119 EN DE RICHTLIJNEN IN ONZE BELGISCHE REGLEMENTERING

De gelijke beloning

De C.A.O. nr. 25 van de N.A.R. van 15 oktober 1975⁹⁰ heeft het principe van de gelijke beloning in het Belgisch recht ingevoerd⁹¹.

In artikel 4 wordt het begrip loon nader omschreven. Naast het loon, de fooien en de in geld waardeerbare voordelen, worden onder meer ook de vergoedingen die voort-

⁸⁷ Richtlijn 86/613, 11 december 1986, *P.B. L.*, 19 december 1986.

⁸⁸ BLANCHE, M., «De Richtlijn 86/613 van de Raad van de Europese Gemeenschappen dd. 11 december 1986 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap», *Arbbl.*, 1990, 627.

⁸⁹ Zie H.v.J., 25 juli 1991, *Soc.Kron.*, 1991, 385.

⁹⁰ Algemeen verbindend verklaard bij K.B. 9 december 1975, *B.S.*, 25 december 1975.

⁹¹ Voor verdere commentaar raadplege men TAQUET, M. en WANTIEZ, C., «L'Egalité des rémunérations des travailleurs masculins et féminins», *J.T.T.*, 1976, 1370 e.v.; zie ook PICHIAULT, C., «Gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers». Een etappe: de C.A.O. nr. 25 van 15 oktober 1975», *Or.*, 1975, 310 e.v.

vloeien uit de aanvullende niet-wettelijke sociale zekerheidsregelingen in aanmerking genomen. Hieronder vallen de sectoriële- en bedrijfsregelingen, die krachtens de vierde richtlijn (83/378), wat de pensioenleeftijd betreft, bij de tenuitvoerlegging van het beginsel van de gelijke behandeling uitgesteld mogen worden.

Vermits het bedrijfspensioen binnen de regeling van artikel 119 van het E.G.-Verdrag valt ⁹², is elke discriminatie tussen man en vrouw verboden, ook wat de sectoriële pensioenleeftijd aangaat. Hieruit volgt dat de C.A.O. nr. 25 strijdig is met het gelijkheidsbeginsel van artikel 119 van het Verdrag vanaf de datum van het Barberarrest en van de periode die kunnen worden toegekend na 17 mei 1990.

De gelijke behandeling

De wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering bevat een titel V, waarin de krachtlijnen van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en de arbeidsvoorwaarden worden onderstreept. De wet voert de Richtlijn 76/207/E.E.G. uit.

Sollicitatie

Op grond van artikel 121 is het bij de toegang tot het arbeidsproces verboden de kandidatuur te weigeren, om redenen die direct of indirect op het geslacht van de sollicitant steunen ⁹³.

De vraag naar de mogelijke zwangerschap is discriminatoir en mag in principe niet gesteld worden. Volgens het Hof van Justitie ⁹⁴ betekent iedere verwijzing naar de zwangerschap bij een aanwerving een directe discriminatie. Enkel vragen die verband houden met het werk zijn geoorloofd ⁹⁵.

Te dezen heeft de N.A.R. onlangs in de C.A.O. 38bis van 29 oktober 1991 de nadruk gelegd op de non-discriminatie van de sollicitanten ⁹⁶.

Handelt de toekomstige werkgever of de werkgever in strijd met de wet, dan kan hij strafrechtelijk vervolgd worden ⁹⁷ of administratieve geldboetes oplopen, maar de werknemer die niet werd aangenomen of bevorderd en de nietigheid van de niet-aanwerving of niet-bevordering vorderde, wordt daardoor niet aangeworven of bevorderd; hij kan enkel een schadevergoeding bekomen. Hierbij moet hij het bewijs leveren zowel van de discriminatie als van de schade ⁹⁸.

Positieve acties

Artikel 119 van de wet stelt dat de bepalingen van de wet geen belemmering vormen voor maatregelen, die het bevorderen van gelijke kansen voor mannen en vrouwen tot doel hebben.

Zulke maatregelen noemt men positieve acties. Ze beogen het opheffen van de feitelijke ongelijkheden die de kansen van de vrouwen nadelig beïnvloeden en worden opgezet via gelijke-kansen plannen, die in de privé-sector door het K.B. van 14 juli 1987 een juridische basis kregen ⁹⁹. In uitvoering van het K.B. kunnen in de bedrijfstakken en/of in de ondernemingen gelijke kansen-plannen worden opgesteld. Bedoelde acties kunnen ook slaan op maatregelen die een mentaliteitsverandering tegenover vrouwenarbeid stimuleren door het inrichten van seminaries voor kaderleden en managementtraining.

De laatste jaren hebben een aantal paritaire comités C.A.O.'s gesloten waarin het principe van de positieve acties wordt opgenomen ¹⁰⁰. Voor de concrete uitvoering ervan is het te vroeg een oordeel te vormen omdat voor de meeste C.A.O.'s de onderzoeksperiode nog loopt.

Ook op het ondernemingsvlak worden de bedrijven gesensibiliseerd om een beleid van positieve acties te voeren. Een aantal bedrijven uit diverse bedrijfstakken hebben sinds 1987 positief gereageerd op de oproep van de toenmalige staatssecretaris voor maatschappelijke emancipatie ¹⁰¹.

Het mag vermeld worden dat België op het stuk van de positieve acties met betrekking tot de gelijke kansen tot de kopgroep in Europa behoort aangezien het het enig land is dat een wettelijk kader heeft gegeven ¹⁰² aan de positieve acties.

Arbeidsvoorwaarden en ontslag

Volgens artikel 127 van de wet moet de gelijke behandeling gewaarborgd zijn in alle bepalingen en praktijken betreffende de arbeidsvoorwaarden en de voorwaarden inzake ontslag. Het is onder meer verboden voorwaarden, criteria of redenen op discriminerende wijze volgens het geslacht van de werknemer vast te stellen of toe te passen. De be-

⁹⁹ K.B. 14 juli 1987 houdende maatregelen tot bevordering van gelijke kansen voor mannen en vrouwen in de privésector, *B.S.*, 26 augustus 1987. In de overheidssector: K.B. 27 februari 1990 houdende maatregelen tot bevordering van gelijke kansen voor mannen en vrouwen in de overheidsdiensten, *B.S.*, 8 maart 1990.

¹⁰⁰ Par.Com. 107, C.A.O. 12 juni 1991; Par.Com. 109, C.A.O. 17 april 1991 (K.B. 25 november 1991, *B.S.*, 20 december 1991); Par.Com. 110, C.A.O. 7 februari 1991; Par.Com. 111.01, C.A.O. 18 maart 1991 (K.B. 10 oktober 1991, *B.S.*, 31 januari 1992); Par.Com. 111.02, C.A.O. 18 maart 1991 (K.B. 10 oktober 1991, *B.S.*, 31 januari 1992); Par.Com. 119, C.A.O. 22 mei 1991 (K.B. 9 oktober 1991, *B.S.*, 5 november 1991); Par.Com. 120, C.A.O. 21 februari 1991 (K.B. 5 augustus 1991, *B.S.*, 12 oktober 1991); Par.Com. 123, C.A.O. 9 april 1991 (K.B. 18 juli 1991, *B.S.*, 4 oktober 1991).

¹⁰¹ SMET, M., «Beleid inzake positieve acties in privé-ondernemingen in België», in *Informatiedag inzake positieve acties in privé-ondernemingen*, Brussel, 18 oktober 1989, 10.

¹⁰² JACOMAIN, J., «Gelijke arbeidsvoorwaarden voor mannelijke en vrouwelijke werknemers in België — Ten uitvoerlegging van Richtlijn 76/201 in het Belgisch recht», *Arbbl.*, 1990, 599.

⁹² H.v.J., 17 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 794.

⁹³ Een praktische leidraad bij een werkaanbieding: raadpleeg *Niet-discrimineren de werkaanbiedingen*, Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid (red.), 1992.

⁹⁴ H.v.J., 8 november 1990, *Soc.Kron.*, 1991, 43.

⁹⁵ *Arbrb.* Gent, 31 oktober 1981, *J.T.T.*, 1981, 300.

⁹⁶ Zie commentaar bij art. 10 C.A.O., nr. 38bis van 29 oktober 1991 van de N.A.R.

⁹⁷ Art. 141, Wet 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, *B.S.*, 17 augustus 1978.

⁹⁸ BLANPAIN, R., «Gelijke behandeling van mannen en vrouwen naar Belgisch recht», *Sociaal maandblad arbeid*, 1979, 71.

palingen die strijdig zijn met het beginsel van de gelijke behandeling zijn nietig ¹⁰³.

Op grond van deze bepaling werd vastgesteld dat de vrouwelijke bediende, die de pensioengerechtigde leeftijd van 60 jaar ging bereiken en ontslagen werd met een opzeggingstermijn van 6 maanden op grond van de toen vigerende tekst van artikel 83 van de arbeidsovereenkomstenwet, met reden aanvoerde dat het betrokken artikel niet mocht worden toegepast, vermits het toeliet een discriminerende daad te stellen tegen een vrouwelijke bediende. Het ontslag van de vrouw met het enkel motief dat zij de pensioengerechtigde leeftijd bereikte, die evenwel op grond van de nationale wetgeving verschillend is voor mannen en vrouwen, houdt een verboden discriminatie in ¹⁰⁴.

Die discriminatie werd in onze wetgeving inmiddels opgeheven ¹⁰⁵.

Het in artikel 127 van de wet vermelde verbod geldt voor ontslagredenen die al dan niet uitdrukkelijk verwijzen naar het geslacht van de werknemer.

In dit verband werd uw Hof geconfronteerd met een casus waar, bij de indiensttreding, met de werknemers mondeling werd bedongen dat ze ontslag zouden nemen op het ogenblik dat zij kinderen zouden krijgen. Een werknemer deed dit niet. Na afloop van de periode van moederschapsbescherming werd ze met opzegging ontslagen. Alhoewel daartoe door de wet niet verplicht, werd het ontslag gemotiveerd. In de ontslagredenen verwees de werkgever duidelijk naar het moederschap en de niet nageleefde mondelinge overeenkomst, die strijdig was met de bepaling van artikel 127, waaruit voortvloeide dat de werknemer recht had op een vergoeding wegens onrechtmatig ontslag ¹⁰⁶.

Ongewenst sexueel gedrag

Dat ook in België het ongewenst sexueel gedrag op de arbeidsplaats een maatschappelijk probleem is, moge blijken uit een in 1987 ingesteld interuniversitair onderzoek, waaruit is komen vast te staan dat 41% van de ondervraagde vrouwen en 21% van de ondervraagde mannen op hun werk te maken hebben gehad met dit ongewenst gedrag ¹⁰⁷.

Een specifiek Belgische arbeidsrechtelijke wetgeving is niet voorhanden. Ter oplossing ervan is men aangewezen op een aantal in diverse reglementeringen verspreide bepalingen ¹⁰⁸.

Bij de toepassing van de wetgeving op situaties, die leiden tot rechtsvorderingen, is de bewijsvoering dikwijls een ernstig knelpunt, vooral wanneer wettelijke bepalingen de voor-

handen liggende omkering van de bewijslast in de weg staan ¹⁰⁹.

Ter illustratie volgend voorbeeld:

Het beëindigen van de arbeidsovereenkomst om elke persoonlijke band tussen de directeur en zijn vrouwelijke bediende te verbreken, die een bedreiging vormde voor de harmonie, zowel binnen de gezinnen als in het bedrijf, is bij ontstentenis van bewijs een beweerd ongewenst sexueel gedrag van de directeur van de onderneming, een volgens het Arbeidshof te Luik voor het ontslag gewettigde reden. Het arrest lokt kritiek uit, vooral in verband met de onvoldoende impact van het Hof op de bewijsvoering ¹¹⁰.

Sociale zekerheid

In het geheel van de Belgische reglementering moet vastgesteld worden dat de overheid, in tegenstelling met de gelijke beloning en behandeling, geen aparte regeling heeft uitgevaardigd om het gelijkheidsbeginsel inzake de sociale zekerheid in overeenstemming te brengen met het communautair recht. België heeft er zich toe beperkt de bestaande reglementering aan te passen en dit zowel in het stelsel van de loontrekkenden als dit van de zelfstandigen ¹¹¹.

Hoewel België door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen verschillende keren werd veroordeeld wegens inbreuken op de bepalingen van verordeningen en richtlijnen van de Europese Gemeenschap, meer bepaald ten aanzien van discriminaties, ook deze tussen mannen en vrouwen ¹¹², heeft de vraag naar de conformiteit van onze reglementering met het communautair recht niet steeds moeten leiden tot een wijziging van de reglementering.

Onze werkloosheidsreglementering staat op een bepaald punt haaks tegenover het standpunt van de Europese Commissie, die de Belgische Staat voor het Hof van Justitie daagde, omdat ze van oordeel was dat een feitelijke discriminatie de vrouwen benadeelde tengevolge van de verschillende uitkeringen die aan de werklozen werden uitgekeerd, naargelang zij gezinshoofd, alleenstaanden of samenwonenden zijn ¹¹³.

Als samenwonenden hebben de vrouwen meestal de laagste uitkeringen, terwijl de mannen meestal als gezinshoofd de hoogste uitkeringen genieten.

In de ziekte- en invaliditeitsverzekering (uitkeringen) ontstond een gelijkaardig probleem, doordat dezelfde catego-

¹⁰³ Art. 130, Wet 4 augustus 1978, *B.S.*, 17 augustus 1978.

¹⁰⁴ Art. 15, Wet 20 juli 1990 tot instelling van een flexibele pensioenleeftijd voor werknemers en tot aanpassing van de werknemerspensioenen aan de evolutie van het algemeen welzijn, *B.S.*, 15 augustus 1990.

¹⁰⁵ Arbh. Luik, 13 september 1990, 9 juli 1991 en 9 februari 1992, *Soc.Kron.*, 1992, 106, met opm. JACQMAIN, J.

¹⁰⁶ Arbh. Antwerpen, 26 januari 1989 en 14 december 1989, *Soc.-Kron.*, 1990, 157, met opm. JACQMAIN, J.

¹⁰⁷ Rapport nr. 35 en Mededeling nr. 4 betreffende de problematiek inzake ongewenst gedrag van seksuele aard op de werkplek, *N.A.R.*, 18 december 1990.

¹⁰⁸ DOCKSEY, C., *o.c.*, 579.

¹⁰⁹ JACQMAIN, J., «Ongewenst sexueel gedrag op de arbeidsplaats. Juridische actiemiddelen (Arbeidsrecht)», *Arbbl.*, 1988, 159 e.v.

¹¹⁰ Arbh. Luik, 21 oktober 1991, *Soc.Kron.*, 1992, 118, met opm. JACQMAIN, J.

¹¹¹ Voor een overzicht: zie *Gelijkheid van mannen en vrouwen*, basisdocumentatie, 1990, bijgewerkt op 1 januari 1992, Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid – Secretariaat van de Commissie Vrouwenarbeid (red.), 59.

¹¹² VAN LANGENDONCK, J., «Gelijke behandeling in de sociale zekerheid», *R.W.*, 1991-92, 1212.

¹¹³ Art. 160, K.B. 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, zoals vervangen bij art. 3, K.B. 8 augustus 1986, *B.S.*, 27 augustus 1986 en *Wetboek Sociaal Zekerheidsrecht*, STORME, M. (red.), II, Brussel, E. Story Scientia.

rieën van de werkloosheidsreglementering in deze van de ziekteverzekering werden opgenomen ¹¹⁴.

Het Europees Hof van Justitie besliste dat het Belgisch stelsel van werkloosheid- en ziekteverzekering niet strijdig is met het gemeenschapsrecht en met de richtlijn over de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

Het feit dat meer vrouwen lagere uitkeringen ontvangen heeft niets te maken met hun geslacht maar vindt de rechtsgrond in een legitiem sociaal beleid, waarbij een onderscheid in uitkeringen mag worden gemaakt ¹¹⁵.

De invoering ¹¹⁶ van de flexibele wettelijke pensioenleeftijd, sinds 1 januari 1991, waarbij mannen en vrouwen onder dezelfde voorwaarden hun pensioen kunnen nemen tussen 60 en 65 jaar, betekent, hoewel de Richtlijn 79/7 van 19 december 1978 een verschil in pensioenleeftijd vooralsnog toelaat, een afschaffing van een positieve discriminatie ten gunste van de vrouwen en sluit aan bij de Aanbeveling 82/857/E.E.G. ¹¹⁷.

Verzet de Richtlijn 79/7/E.E.G. zich niet tegen de mogelijkheid voor de Lid-Staten om de vaststelling van de pensioenleeftijd in principe van het toepassingsgebied van de richtlijn uit te sluiten, dan kan de vraag gesteld worden of ons pensioenstelsel voor de werknemers met flexibele pensioenleeftijd niet strijdig is met de richtlijn, vermits een verschillend berekeningsstelsel van de uitkeringen gehandhaafd blijft; 45sten voor de mannen en 40sten voor de vrouwen.

Wanneer men er vanuit gaat dat de gevallen van uitsluiting strict geïnterpreteerd moeten worden, kan bezwaarlijk aanvaard worden dat terzake de berekening van de pensioenen automatisch gekoppeld wordt aan de leeftijd. Het argument dat verwijst naar de verworven rechten van de vrouwen in de bestaande wetgeving ¹¹⁸ is onverzoenbaar met het begrip «gelijke behandeling».

Aan de wet inzake de flexibele pensioenleeftijd werd een wijziging aan de arbeidsovereenkomsten gekoppeld ¹¹⁹.

Vermits voor 1 januari 1991 de normale pensioengerechtigde leeftijd voor mannen en vrouwen verschilde en artikel 83 van de wet van 3 juli 1978 ertoe strekte de mogelijkheid te openen een voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst te beëindigen mits een verkorte opzeggingstermijn bij het bereiken van die leeftijd, ontstond er een discriminatie inzake arbeidsvoorwaarden, die diende weggevoerd te worden.

De discriminerende gevolgen van het Rouvroye arrest in de sociale zekerheid van de zelfstandigen werden door de Belgische overheid hersteld door het K.B. 12 december 1991 ¹²⁰.

De vijfde richtlijn werd in onze Belgische wetgeving ingevoerd door de wet van 14 december 1989 ¹²¹ en dit ten aanzien van de vrijwillige onderwerping van de meewerken-de echtgenoot aan de sector van de verzekering tegen arbeidsongeschiktheid, waarbij zij ook verzekerd is tegen moederschapsuitkering ¹²². De moederschapsuitkering is gekoppeld aan een verplichte moederschapsrust gedurende een ononderbroken periode van drie weken na de bevalling.

VI. DE TOP VAN MAASTRICHT

Van het sociaal luik van het gemeenschapsrecht dat tot de top van Maastricht in december 1991 schoorvoetend de economische trend volgde, wordt een doorbraak verwacht.

Toegegeven moet worden dat waar in heel wat sociale materies de eenparigheid van stemmen binnen de Raad van de 12 vereist is, de gelijke behandeling van mannen en vrouwen een domein is waar met gekwalificeerde meerderheid beslissingen genomen kunnen worden, wanneer het de gelijkheid op de Arbeidsmarkt en op het werk betreft. In de Maastrichter Overeenkomst werd de tekst van artikel 119 van het E.E.G.-Verdrag opgenomen met de toevoeging «Dit artikel belet niet dat een Lid-Staat maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit voor vrouwen te vergemakkelijken of om nadelen in hun beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren».

Er blijkt aldus een strekking te zijn ontstaan om de notie discriminatie ten gunste van de vrouwen om te buigen in meer positief gerichte werkmaatregelen voor vrouwen ¹²³.

Knelpunten bij de uitvoering van het Maastrichterakkoord door de 11 zijn niet weg te denken.

De confrontatie van materies die met gekwalificeerde meerderheid worden beslist met deze waar eenparigheid van stemmen vereist is, is niet denkbeeldig.

Op het stuk van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, waar de gekwalificeerde meerderheidsbeslissing eerder de regel is, kunnen maatregelen worden voorgesteld die de bescherming van de gediscrimineerden bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst beogen, materie waarvoor eenparigheid van stemmen vereist is.

Kan hier, zoals professor Blanpain stelt, het adagium «accessorium sequitur principale» toegepast worden, waardoor het gelijkheidsbeginsel primeert ¹²⁴? of geeft het beoogde doel de rechtsgrond van de richtlijn aan, waaruit dan volgt dat de bescherming van de gediscrimineerden bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst minstens evenwaardig is ¹²⁵?

¹¹⁴ Art. 229bis, K.B. 30 juli 1986 tot wijziging van het K.B. van 4 november 1963, tot uitvoering van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, B.S., 2 augustus 1986.

¹¹⁵ H.v.J., 7 mei 1991, Soc.Kron., 1992, 89.

¹¹⁶ Wet 20 juli 1990, B.S., 15 augustus 1990.

¹¹⁷ Parl.St., Kamer, 1989-90, nr. 1175/7, 107.

¹¹⁸ Parl.St., Kamer, 1989-90, nr. 1175/7, 113.

¹¹⁹ Zie art. 15, Wet 20 juli 1990, B.S., 15 augustus 1990.

¹²⁰ K.B. 12 december 1991 tot wijziging van het K.B. van 19 december 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, B.S., 23 januari 1992.

¹²¹ B.S., 22 december 1989.

¹²² K.B. 24 januari 1990 tot wijziging van het K.B. van 20 juli 1971 houdende instelling van een verzekering tegen arbeidsongeschiktheid ten voordele van de zelfstandigen, B.S., 20 februari 1990.

¹²³ Analyse synoptique des traités avant et après Maastricht – Observatoire social Européen, Studiedag K.U.L., 27 maart 1992.

¹²⁴ BLANPAIN, R., «Europees arbeidsrecht na Maastricht» in *Het Europa na de top van Maastricht*, Studiedag K.U.L., 27 maart 1992, 15.

¹²⁵ Zie over de rechtsgrond van de richtlijn: H.v.J., 11 juni 1991, nr. 300/79 (Titaar-dioxyde arrest), aangehaald door VAN OUTRIVE, L., o.c., 5.

Voorts hebben de akkoorden van Maastricht het E.E.G.-Verdrag, zoals gewijzigd door de Eenheidsakte en het secundair recht (het zogenaamde *acquis communautaire*) bevestigd.

Om de gevolgen van het Barber arrest op te vangen werd een bijkomend protocol «ad artikel 119 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap» ondertekend.

Het Barber arrest, dat volgens de bewoordingen van het arrest niet kan worden ingeroepen om pensioenrechten op te eisen op een vroeger tijdstip dan het arrest, heeft bij de pensioenfondsen interpretatieproblemen in verband met de retroactieve werking doen rijzen.

Het protocol ad hoc heeft hieraan verholpen door te stellen: «voor de toepassing van artikel 119 van het Verdrag worden uitkeringen uit hoofde van een ondernemings- of sectoriële regeling inzake sociale zekerheid niet als beloning beschouwd; indien en voor zover zij kunnen worden toegerekend aan tijdvakken van arbeid voor 17 mei 1990, behalve in geval van werknemers of hun rechtverkrijgenden, die voor die datum een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld».

VII. NABESCHOUWING

Wanneer wij in het geheel van de sociaalrechtelijke context stelden dat het *communautaire* arbeidsrecht niet kan bogen op een gestadige vooruitgang, moet als correctief hieraan toegevoegd worden dat inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het licht van artikel 119 van het

E.E.G.-Verdrag de laatste decennia doeltreffende communautaire en hierop inspelend nationale maatregelen genomen werden. Er werd een belangrijk stuk weg afgelegd. De tunnel die voorheen als ondoorzichtbaar werd beschouwd, heeft de sporen van het zichtbare ontwaard.

Gemeenschapsregelen die het gelijkheidsprincipe inzake beloning hebben bijgestuurd werden door de Raad uitgevaardigd en verduidelijkt door het Hof van Justitie, dat met een argusoog het evenwicht nastreeft tussen de socio-economische divergentie tussen de Lid-Staten binnen het rechtsbestel van het gemeenschapsrecht.

Toekomstgericht kan, hoe dan ook, niet worden voorbijgegaan aan het feit dat de gelijkheid vanuit de situatie van het moederschap de kinderopvang de meeste aandacht verdient, wil men de vrouw in haar vrouw-zijn de kansen bieden waarop zij recht heeft. Vrouwen moeten immers terzelfdertijd én een beroep én kinderen aankunnen.

In het Europa van morgen moet de grenzeloze interne markt openstaan voor een welvaartgerichte maatschappij, waar de gelijke behandeling van mannen en vrouwen een sociale vooruitgang in een welvarender leefgemeenschap betekent.

Die vooruitgang wordt mede bepaald door duidelijke sociale gemeenschapsregelen, waarvan het gezag zal uitstralen in de mate dat recht gekend is.

Aan de rechters behoort het te waken op de juiste toepassing ervan, ook wanneer zij op grond van de rechtstreekse werking zelf kunnen ingrijpen.

Misschien is de benadering van dit onderwerp onbewust daartoe een uitnodiging geweest.

DE GOEDKEURING VAN HET VERDRAG VAN MAASTRICHT

Dit artikel brengt geen vergelijkende analyse van de wijze waarop het Verdrag betreffende de Europese Unie, zoals het Verdrag van Maastricht van 7 februari 1992 officieel wordt genoemd¹, in de twaalf lidstaten van de Europese Gemeenschap (EG) wordt goedgekeurd. Als bijlage is wel een tabel opgenomen die een overzicht geeft van de toestand op 20 december 1992. Hierbij kan op drie feiten worden gewezen:

1) Het Verdrag moet in alle twaalf lidstaten door het Parlement worden goedgekeurd volgens het democratisch principe dat over een internationaal verdrag dat een gemeenschap belast of een burger verbindt, weliswaar kan worden onderhandeld en dat het kan worden ondertekend door de regering, maar dat het slechts uitwerking heeft wanneer het door de «volksvertegenwoordiging», conform de in elk land constitutioneel geldende regels, wordt goedgekeurd;

2) In sommige landen is daartoe een volksraadpleging (referendum) vereist, zoals in Denemarken en Ierland; in andere lidstaten wordt traditioneel een referendum gehou-

den voor belangrijke beslissingen, zoals in Frankrijk en dan is de uitslag van die volksraadpleging bindend; theoretisch kan natuurlijk in elke lidstaat een referendum plaatsvinden, al is dat dan juridisch niet bindend;

3) In sommige lidstaten dient vooraf de Grondwet te worden gewijzigd, met name voor de toekenning van politieke rechten bij de gemeenteraadsverkiezingen aan niet-nationale EG-onderdanen; dit is o.m. het geval in Frankrijk, Ierland en Spanje, waar dat reeds gebeurd is, evenals in Portugal en in Duitsland, waar deze grondwetswijziging normaliter dit jaar nog zal worden uitgevoerd; in België zou dit ook moeten, maar hier heeft de regering, in tegenstelling met het advies van de Raad van State van 6 mei 1992, geoordeeld dat de nodige grondwetswijziging² achteraf zou kun-

² Krachtens art. 4, tweede lid, van de Belgische Grondwet, moet men «de staat van Belg» hebben om zijn politieke rechten te kunnen uitoefenen. Dit artikel moet worden gewijzigd om te kunnen voldoen aan het vereiste van artikel 8, B, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, dat bepaalt dat ieder burger van de Unie die verblijft houdt in een Lid-Staat, waarvan hij geen onderdaan is, het

¹ P.B. nr. C 224 van 31 augustus 1992.

nen gebeuren, nadat het Verdrag van Maastricht is goedgekeurd; ook in Italië en Luxemburg zal de noodzakelijke grondwetswijziging achteraf worden uitgevoerd.

De kernvraag bij dit alles is of het nog wel zin heeft dat de andere elf lidstaten het Verdrag van Maastricht ratificeren, terwijl Denemarken als eerste het reeds op 2 juni 1992 heeft afgewezen. Strikt juridisch bekeken is het antwoord natuurlijk neen, aangezien artikel R van het verdrag bepaalt dat het door alle verdragsluitende partijen zal worden bekrachtigd; het zal in werking treden nadat alle akten van bekrachtiging zijn neergelegd, zo mogelijk op 1 januari 1993. Politiek gezien liggen de zaken enigszins anders. Op de top van Birmingham van 16 oktober 1992 herhaalde de Europese Raad van Staats- en Regeringsleiders nogmaals dat «de Gemeenschap als een Gemeenschap van Twaalf verder moet, op basis van het Verdrag van Maastricht (...) zonder de huidige tekst open te breken».

Misschien komt er een zogenaamde Verklaring (er zijn er al 33, op één meer komt het niet aan), waarbij (voorlopig) bepaalde delen van het verdrag, wat Denemarken betreft, buiten werking worden gesteld. Voor zover dit slaat op stukken uit de titels V (Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid) en VI (Samenwerking op het gebied van Justitie en Binnenlandse Zaken), die toch op intergouvernementele samenwerking berusten, en dus ontsnappen aan de eventuele uitspraken van het Europees Hof van Justitie, stelt dit geen onoverkomelijk probleem. Wanneer de uitzondering echter ook slaat op de Europese Gemeenschappen als dusdanig, bv. het Europees burgerschap (art. 8, A en B), de visumplicht (art. 100, C), het monetair beleid (artt. 105-109), is een dergelijke verklaring niet zonder problemen. En, als men verder wil gaan, bv. door inlassing van een nieuw protocol met «opting out»-clausules, of door uitbreiding van het protocol nr. 12 t.o.v. Denemarken, dan is dat een nieuw verdrag, dat dan opnieuw in alle lidstaten moet worden geratificeerd.

Hoe wordt nu het Verdrag van Maastricht in België goedgekeurd?

Vanzelfsprekend gebeurt dit conform artikel 68 van de Belgische Grondwet door Kamer en Senaat bij eenvoudige meerderheden en bij wet, maar bovendien, sinds de staatsvorming, ook door de Gemeenschapsraden bij decreet. Deze beschikken immers, krachtens de Grondwet (art. 59bis, § 2, § 2bis, art. 59ter, § 1, 2) en de bijzondere wetten van 8 augustus 1980 (art. 16, § 1) en van 12 januari 1989 voor Brussel (art. 63), over het internationaal verdragsrecht en dienen dus eveneens, wat hun bevoegdheden betreft, het Verdrag van Maastricht goed te keuren.

Dit beantwoordt aan de logica zelve: wanneer de federale staat inhoudelijk, krachtens de Grondwet, niet meer bevoegd is voor bepaalde materies, waarvoor hij de soevereine rechten heeft overgedragen aan een andere volksvertegenwoordiging, moet deze laatste haar instemming betuigen

met de internationale verdragen, voor zover zij op zulke aanlegenheden slaan, om ze, volgens het bovenvermelde principe, in werking te kunnen laten treden.

Concreet gezien dus dienen de Duitstalige, de Franse en de Vlaamse Gemeenschapsraad het Verdrag van Maastricht goed te keuren, aangezien dit ook handelt over onderwijs (titel VIII), cultuur (titel IX) en volksgezondheid (titel X).

Het Verdrag van Maastricht behandelt eveneens een hele reeks andere aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de Gewesten behoren, zoals ruimtelijke ordening, leefmilieu, verkeer en infrastructuur, economie en industrie, tewerkstelling, evenals het wetenschappelijk onderzoek dat hierop betrekking heeft. Het zou dus logisch zijn dat ook de Gewestraden, voor zover ze bevoegd zijn, hun instemming betuigen met het Verdrag van Maastricht, maar in het huidige stadium van de staatsvorming beschikken de Gewestraden – in tegenstelling dus met de Gemeenschapsraden – nog niet over het internationale verdragsrecht. Dit zal uiteraard wel het geval zijn wanneer de derde fase van de staatsvorming in de Grondwet, de bijzondere wetten en de gewone wetten zal zijn voltooid³.

Bij dit alles speelt het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest de rol van buitenbeentje. In Brussel zijn de Franse, respectievelijk de Vlaamse Gemeenschap immers bevoegd voor gemeenschapsaangelegenheden zoals cultuur en onderwijs. Hiervoor worden ze trouwens bijgestaan door de Franse, respectievelijk Vlaamse Gemeenschapscommissie. Maar zij zijn in het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest niet bevoegd voor de persoonsgeboden materies en met name de volksgezondheid. De volle soevereiniteit hiervoor behoort toe aan de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, met uitsluiting van de Franse en de Vlaamse Gemeenschap⁴. Het is dan ook logisch dat de Verenigde Vergadering van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie het Verdrag van Maastricht inzake volksgezondheid (art. 129) voor het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest bij ordonnantie goedkeurt, en dit met de door artikel 72 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 (Brusselwet) vereiste volstreekte meerderheid van stemmen in elke taalgroep.

Op 22 oktober 1992 is het Verdrag van Maastricht bij dubbele meerderheid in de Verenigde Vergadering ook aangenomen. Daarmee werd eigenlijk een tweede klip omzeild, want de eerste bestond erin vooraf het verdrag bij consensus

³ Zie voorstel van nieuw artikel 68, § 1, eerste lid, van de Grondwet: «De Koning heeft de leiding van de buitenlandse betrekkingen, onverminderd de bevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten om de internationale samenwerking te regelen met inbegrip van het sluiten van verdragen, voor de aangelegenheden waarvoor zij door of krachtens de Grondwet bevoegd zijn» (*Parlementaire stukken, Senaat*, nr. 100 - 16/1°).

⁴ De persoonsgebonden aangelegenheden (art. 59bis, § 2bis Gw.), met name het gezondheidsbeleid en de bijstand aan personen (art. 5 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980) behoren in het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest tot de soevereine bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie (art. 63 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 (Brusselwet)), behalve wanneer het gaat om particuliere instellingen, die vóór 30 juni 1989 goedgekeurd hebben voor een unicommunautair statuut (art. 64, § 2, van de Brusselwet en art. 65, § 5, van de bijzondere wet op de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten van 16 januari 1989).

actief en passief kiesrecht bezit zowel bij gemeenteraadsverkiezingen als voor de verkiezingen van het Europees Parlement. De voorwaarden hiertoe moeten nog bij eenparigheid van stemmen in de EG-Raad van Ministers worden vastgelegd vóór 31 december 1994 wat het eerste geval betreft (dus vóór de gemeenteraadsverkiezingen van 2000) en vóór 31 december 1993 in het tweede geval (dus voor de Europese verkiezingen van 1994, die trouwens in België samenvallen met de volgende gemeenteraadsverkiezingen).

(art. 75) goed te keuren in de executieve, namelijk het Verenigd College. Aangezien hierin partijen zitten die op het nationaal vlak niet in de Regering vertegenwoordigd zijn, die in het nationale parlement misschien tegen het Verdrag van Maastricht zouden stemmen, is zo een consensus a priori niet evident. Dit zal in de toekomst nog veel meer het geval zijn wanneer, na de afschaffing van het dubbel mandaat, de meerderheden in de verschillende deelregeringen, niet noodzakelijkerwijze dezelfde samenstelling hebben als die van de nationale regering. Dat zal trouwens de ultieme test zijn van het al dan niet functioneren van België als federale staat.

Meer nog, na de voltooiing van de derde fase van de staatshervorming, waarbij de Franse Gemeenschapscommissie te Brussel soevereine bevoegdheden kan krijgen inzake cultuur, onderwijs en persoonsgebonden aangelegenheden, met uitsluiting van de Franse Gemeenschap, zal ook deze internationale verdragen, die deze materies behandelen, bij decreet moeten goedkeuren, terwijl dit voor de Vlaamse Gemeenschapscommissie niet het geval is ⁵.

Dit alles is zeer ingewikkeld, tijdrovend en misschien gevaarlijk, want het is weinig waarschijnlijk dat in de toekomst – na de afwerking van de derde fase van de staatshervorming – alle zeven of acht Gemeenschaps- en Gewestraden altijd hun instemming zullen betuigen met alle internationale verdragen, tenzij misschien indien zij, via hun executieve, op permanente en gedetailleerde wijze, betrokken zijn geweest bij de besprekingen die tot het sluiten van het verdrag hebben geleid.

De vraag kan ook gesteld worden wat er zou gebeuren indien een van die executieven (straks regeringen) of raden hun instemming met een door België ondertekend internationaal verdrag zou weigeren.

Theoretisch blijken twee oplossingen mogelijk:

– ofwel legt België de akte van bekrachtiging (instrument van ratificatie) niet neer en dan zal het betreffende internationaal verdrag niet in werking kunnen treden, wanneer oorspronkelijk is bepaald dat het door alle verdragsluitende partijen dient te worden goedgekeurd, wat het geval is voor het Verdrag van Maastricht (art. R); indien het verdrag zelf bepaalt dat het in werking kan treden wanneer een deel (twee derde bv.) van de verdragsluitende partijen de akte van bekrachtiging hebben neergelegd, dan kan het verdrag uiteraard wel in werking treden, maar niet t.o.v. België;

– ofwel legt België de akte van bekrachtiging wel neer, eraan toevoegend dat, voor bepaalde aangelegenheden, het verdrag in een of ander deelgebied (geografisch en/of functioneel) niet van toepassing kan zijn; concreet gezien dus, indien de Verenigde Vergadering van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest zijn instemming had geweigerd – en het zij onderstreept dat dit grondwettelijk had gekund wanneer bv. niet ten minste de helft plus één van de aanwezige leden van de Nederlandse taalgroep (in totaal zijn er elf) hadden in-

gestemd – dan zou het Verdrag van Maastricht, wat betreft titel X «Volksgezondheid» (artikel 129), niet van toepassing zijn op het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest.

Wij Belgen hoeven dus niet laatdunkend te doen over de krappe meerderheid van het Deense neen op 2 juni 1992, want, misschien zonder het te weten, zitten wij de facto in hetzelfde schuitje.

Men zou de redenering trouwens kunnen omkeren en de vraag stellen: wat zou er gebeuren indien bv. de Vlaamse Gemeenschap een internationaal verdrag, uit eigenbelang, snel goedkeurt, terwijl bv. het Waalse Gewest, alleen maar om dwars te liggen, zijn instemming altijd maar uitstelt, om zo de Belgische regering (eventueel) te beletten de akte van bekrachtiging neer te leggen, of omgekeerd? Logischerwijze is het antwoord dat dit internationale Verdrag dan volledig rechtskracht heeft wat de Vlaamse Gemeenschap betreft, aangezien deze, krachtens de Belgische Grondwet, over het internationaal verdragsrecht beschikt, maar dat is alleen maar juist wat de interne rechtsorde betreft, want op het externe vlak wordt, bij ontstentenis van het neerleggen van de akte van bekrachtiging, het verdrag geacht niet te zijn goedgekeurd door België, en dus ook niet door een deel ervan. Dat is wat logischerwijze volgt uit de Conventie van Wenen over het internationaal verdragsrecht van 23 mei 1969. Hoe zou trouwens het Internationaal Gerechtshof van Den Haag in zo een geval uitspraak doen?

Waarom hebben de Belgische politici het zich zo moeilijk gemaakt? Was er, of beter gezegd, is er geen alternatieve oplossing, die het internationaal verdragsrecht van Gemeenschappen en Gewesten volledig overleefd houdt, en bv. de instemming van hun Raden vereist wanneer het gaat om bilaterale verdragen die zij hebben geïnitieerd, terwijl internationale verdragen, die door de wereldgemeenschap, of een deel ervan, tot stand worden gebracht, zouden kunnen worden goedgekeurd in de Kamer van Volksvertegenwoordigers bij eenvoudige meerderheid en in de toekomstige Senaat, waarin ook de Gemeenschappen en Gewesten vertegenwoordigd zullen zijn, met een dubbele meerderheid in elk der twee taalgroepen?

J. VANGINDERACHTER

Eredirecteur van de Europese Commissie

Goedkeuring van het Verdrag van Maastricht (Toestand 20.12.1992)

België

ja	17.07	Kamer: 143 ja, 33 neen
	20.10	Franse Raad: 69 ja, 15 onthoudingen
	22.10	Vlaamse Raad: 113 ja, 35 neen; 1 onthouding
	22.10	Verenigde Vergadering Brussel:
		- Franse taalgroep: 45 ja, 8 onthoudingen
		- Nederlandse taalgroep: 6 ja, 1 onthouding
	04.11	Senaat:
	23.11	Duitstalige Raad: 20 ja, 4 onthoudingen

Denemarken

neen	12.05	Folketing: 130 ja, 25 neen
	02.06	Referendum: 50,7% neen, 49,3% ja

⁵ Zie punt 1.2 van de Voorstellen tot vervollediging van de federale staatsstructuur van 28 september 1992. Voor deze overdracht van bevoegdheden is een tweederde meerderheid nodig in de Franse Gemeenschapsraad en een (eenvoudige) volstrekte meerderheid in de Waalse Gewestraad en in de Franse taalgroep van de Brusselse Hoofdstedelijke Raad.

Duitsland

ja 02.12 Bundestag : 543 ja, 17 neen
18.12 Bundesrat : éénstemmig ja

Griekenland

ja 31.07 Parlement : 286 ja, 8 neen

Spanje

ja 29.10 Kamer : 314 ja, 3 neen, 8 onthoudingen
25.11 Senaat : 222 ja, 3 onthoudingen

Frankrijk

ja 20.09 Referendum : 51,05% ja, 48,95% neen ⁶

Ierland

ja 18.06 Referendum : 69,05% ja, 30,95% neen

Italië

ja 17.09 Senaat : 176 ja, 16 neen
29.10 Kamer : 403 ja, 46 neen, 18 onthoudingen

Luxemburg

ja 31.07 Parlement : 51 ja, 6 neen

Nederland

ja 12.11 2e Kamer : 137 ja, 13 neen
15.12 1e Kamer : bij handgeklap

Portugal

ja 10.12 Parlement : 200 ja, 21 neen

Verenigd Koninkrijk

...11 House of Commons :
...12 House of Lords :

⁶ De noodzakelijke grondwetsherziening haalde in het Congres (Assemblée en Senaat) op 23 juni 1992 te Versailles 592 stemmen voor en 73 tegen.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

18 NOVEMBER 1992

Voorzitter : de h. Wathélet

Rapporteurs : de hh. François en Debaedts

Advocaten : mrs. Tanghe loco Cavenaille, Ergéc loco Beauchier en Peeters

Sociaal sanctierecht – Administratieve geldboeten – Bewijslast en recht van verdediging – Grondrechten – Geen discriminatie

Art. 6bis Gw., beschouwd in samenhang met de algemene beginselen van het strafrecht betreffende de bewijslast en het recht van verdediging, wordt niet geschonden door de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van overtreding van sommige sociale wetten.

N.V. J. t/ Directeur-generaal van de Studiedienst van het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid

Arrest nr. 72/92

I. Onderwerp

Bij zijn arrest van 4 oktober 1991 in zake de N.V. J. tegen de directeur-generaal van de Studiedienst van het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, waarvan de kantoren gevestigd zijn te 1040 Brussel, Belliardstraat 53, heeft het Arbeidshof te Luik de volgende prejudiciële vraag gesteld : «Schendt de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten, inzonderheid de artikelen 6 tot 8

ervan, artikel 6bis van de Grondwet in zoverre zij, wat de gevallen betreft waarop zij betrekking heeft, van de strafrechtelijke algemene beginselen betreffende de bewijslast en de eerbiediging van de rechten van de verdediging zou afwijken ?»

II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschied

Op 4 november 1988 heeft de inspecteur van de sociale wetgeving van het district Luik op de bedrijfszetel van de N.V. J. een proces-verbaal opgemaakt waarbij het volgende misdrijf wordt vastgesteld :

«het ter beschikking stellen van een door de N.V. J. in dienst genomen werknemer aan de N.V. T., die die werknemer heeft gebruikt en over hem enig gedeelte van het gezag heeft uitgeoefend dat normaal aan de werkgever toekomt, een overtreding van artikel 31, § 1, van de wet» van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers.

Nadat de arbeidsauditeur de directeur-generaal van de Studiedienst van het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid in kennis had gesteld van zijn beslissing geen strafvervolgning in te stellen, heeft de voormelde ambtenaar de N.V. J. van zijn bedoeling op de hoogte gebracht haar een administratieve geldboete op te leggen op basis van artikel 1, 33°, van de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten, wegens overtreding van de voormelde wet van 24 juli 1987 ; dat deed hij na de betrokkene te hebben verzocht zijn verweermiddelen in te dienen.

De betrokkene heeft bij de arbeidsrechtbank beroep ingesteld tegen de administratieve beslissing waarbij hem de geldboete wordt opgelegd ; aangezien dat beroep ongegrond

werd verklaard, heeft de betrokkene hoger beroep ingesteld bij het arbeidshof en stelde onder meer dat de voormelde wet van 30 juni 1971 in strijd is met artikel 6bis van de Grondwet: die bepaling waarborgt de Belgen het genot, zonder onderscheid, van de rechten en vrijheden; volgens de eiseres in hoger beroep zou de wet echter de rechten van de verdediging schenden omdat zij de bewijslast omkeert; aangezien de administratieve geldboete «als een schikking met een strafrechtelijke connotatie» moet worden aangemerkt, zou de administratieve overheid die die geldboete oplegt het bewijs van het misdrijf moeten leveren, en niet de werkgever die, krachtens de wet, het bewijs moet leveren, wanneer hij een beroep instelt bij de arbeidsrechtbank, dat hij geen overtreding heeft begaan.

Het Arbeidshof stelde dan vast dat de eiseres in hoger beroep de conformiteit van de wet van 30 juni 1971 met artikel 6bis van de Grondwet ter discussie stelde en wendde zich tot het Hof met de voormelde prejudiciële vraag.

...

V. In rechte

...

Ten aanzien van het voorwerp van de prejudiciële vraag

B.1. Uit de bewoordingen van de prejudiciële vraag blijkt dat aan de toetsing van het Hof het geheel van de bepalingen wordt voorgelegd van de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten, maar dat de algemene principes van het strafrecht waarop die bepalingen inbreuk zouden maken in zoverre zij gecombineerd worden met artikel 6bis van de Grondwet slechts de principes zijn betreffende de bewijslast en de eerbiediging van de rechten van de verdediging. Bijgevolg zullen de regels betreffende de strafrechtelijke toerekening waarop allusies zijn gemaakt in de geschriften van de rechtspleging, en het beginsel van het persoonlijke karakter van de straffen dat deze regels beheerst, niet worden onderzocht.

Ten gronde

B.2.1. De aan de Belgen toegekende rechten en vrijheden moeten krachtens artikel 6bis van de Grondwet zonder onderscheid worden gehandhaafd. Die rechten en vrijheden omvatten de waarborgen die voortvloeien uit de algemene beginselen van het strafrecht.

B.2.2. In zoverre die beginselen voor de wetgever gelden zijn zij van toepassing onafhankelijk van de kwalificatie van strafrechtelijk of niet-strafrechtelijk die de wet zou kunnen geven aan de maatregelen die zij voorschrijft.

De kwalificatie «administratief» die de wet van 30 juni 1971 geeft aan de geldboeten waarin zij voorziet kan derhalve geen miskennis van die principes verantwoorden: die boetes kunnen slechts worden opgelegd voor feiten die «voor strafvervolgung vatbaar zijn» (artikel 1); door zulk een boete wordt de werkgever getroffen «die inbreuk pleegt op» of zelfs «zich schuldig maakt aan overtreding van» de strafbepalingen (artikel 1); de zogeheten administratieve geldboete kan niet worden opgelegd indien er strafvervolgung is geweest, «ook wanneer de vervolgung tot vrijspraak heeft geleid» (artikel 5, tweede lid); de keuze tussen de rechtstreekse vervolgung door het openbaar ministerie en de administratieve weg houdt slechts verband met «de ernst van de overtreding» (artikel 5, eerste lid); de kennisgeving van de

beslissing waarbij de geldboete wordt opgelegd, «doet de strafvordering vervallen» (artikel 7, vierde lid).

B.2.3. De wet van 30 juni 1971 stelt aldus een stelsel in dat, terwijl het gaat om het beteugelen van de feiten die vatbaar zijn voor strafsancities, diegenen die zij beoogt geen behandeling voorbehoudt welke identiek is aan die voorbehouden aan diegenen die aan de gewone strafwetten zijn onderworpen.

B.3. In zoverre de kritiek op de wet van 30 juni 1971 steunt op de schending van het principe dat de bewijslast op de overheid weegt die belast is met de beteugeling van de inbreuken, is zij niet gegrond. Het komt immers die overheid toe de aan de overtreder verweten feiten te bewijzen, niet alleen wanneer zij beslist een boete op te leggen maar ook wanneer een beroep voor de rechter wordt ingediend. Door te bepalen dat dat beroep zou worden ingesteld door de persoon aan wie de boete wordt opgelegd en door niet langer te bepalen, zoals vóór de wetgevende wijziging van 30 december 1988, dat indien de werkgever de door de ambtenaar opgelegde geldboete niet betaalt, die ambtenaar «de toepassing ervan eist voor de arbeidsrechtbank», heeft de wetgever ongetwijfeld de rechtbanken willen ontlasten, maar niet het beginsel van het vermoeden van onschuld willen laten varen.

B.4.1. In zoverre tegen de wet van 30 juni 1971 wordt opgekomen wegens de schending van de rechten van verdediging van de personen wie een administratieve geldboete wordt opgelegd, worden drie bepalingen van die wet beoogd: artikel 4, tweede lid, dat de door de Koning aangewezen ambtenaar machtigt zelf een geldboete op te leggen; artikel 7, tweede lid, dat de werkgever verplicht zijn verweermiddelen bij diezelfde ambtenaar naar voren te brengen; artikel 8 ten slotte, dat de werkgever die de beslissing van de ambtenaar betwist, verplicht het initiatief te nemen om zich tot de arbeidsrechtbank te wenden.

B.4.2. Daaruit volgt dat, zolang als de rechtbank niet is geadieerd, de werkgever ongelijk wordt behandeld ten opzichte van diegene wie, vervolgd volgens de regels van de strafvordering, slechts door een onpartijdige rechtbank een veroordeling kan worden opgelegd, na voor die rechtbank te zijn opgeroepen om er zijn verweermiddelen naar voren te brengen volgens een mondelinge procedure op tegenspraak en met de bewijsmiddelen die in strafzaken rechtens zijn toegelaten.

B.4.3. Die ongelijke behandeling berust evenwel op objectieve en redelijke grond.

Uit de memorie van toelichting van de wet blijkt immers dat de toepassing van de gewone procedure op bepaalde overtredingen van de arbeidswetgeving inadequaaf was in zoverre de strafvordering te zware gevolgen had, in zoverre de strafmaatregelen zelden werden toegepast en in zoverre het preventieve karakter van het sociaal strafrecht er sterk door werd afgezwakt (*Gedr.St., Kamer, 1970-71, 939/1*). Zoals in de parlementaire voorbereiding is onderstreept, bespaart de door de wet van 30 juni 1971 ingestelde procedure de verzoeker met name de nadelen van een verschijning voor een strafgerecht, het ontbreken van strafrechtelijke veroordelingen en maakt ze het hem mogelijk de gevolgen te ontlopen van een vermelding in het strafregister. (*Gedr.St., Senaat, 1970-71, 514, verslag van de Commissie, p. 2*).

Die aspecten van de werkelijkheid, specifiek voor het sociaal strafrecht, alsmede de zorg de correctionele rechtban-

ken niet te overbelasten en aan de arbeidsrechten het toezicht op de toepassing van de wet toe te vertrouwen, verantwoord in redelijkheid het verschil in behandeling ingevoerd bij de wet van 30 juni 1971 en verruimd bij de programmawet van 30 december 1988.

B.4.4. Het prijsgeven van de gewone procedure, zij het dan objectief en redelijk verantwoord, mag er evenwel niet toe leiden dat de uitoefening van de rechten van de verdediging op buitensporige wijze wordt belemmerd.

Het Hof stelt dienaangaande vast dat de wet een beroep in rechte organiseert dat *a posteriori* de nadelen van de administratieve procedure opvangt. Immers, wanneer een werkgever een verzoek bij de arbeidsrechtbank aanhangig maakt, volgt deze een procedure die de uitoefening van de rechten van de verdediging waarborgt. Zij oefent op de beslissing van de ambtenaar een toetsing met volle rechtsmacht uit: niets van wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de ambtenaar valt, ligt buiten de controle van de rechtbank. Daarenboven heeft het beroep een opschortende werking.

B.4.5. Tot slot kan worden gesteld dat, al geniet ingevolge sommige bepalingen van de wet van 30 juni 1971, afzonderlijk beschouwd, de vervolgte persoon minder waarborgen dan diegenen die voor de strafrechten verschijnen, de bijzondere procedure ingevoerd bij die wet, in haar geheel beschouwd, niet op onevenredige wijze aan de rechten van de verdediging afbreuk doet.

Om die redenen,

Het Hof,

zegt voor recht

De wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten, schendt niet artikel 6bis van de Grondwet beschouwd in samenhang met de algemene beginselen van het strafrecht betreffende de bewijslast en de rechten van de verdediging.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 16 APRIL 1991

Voorzitter: de h. D'Haenens

Raadsheer-rapporteur: de h. Holsters

Openbaar ministerie: de h. Tillekaerts

Advocaten: mrs. Van Dorpe en De Gryse

Valsheid in geschrifte – 1. Valse notariële akte – 2. Fictieve inbreng

1. *De rechter motiveert naar recht zijn beslissing als hij een verdachte veroordeelt wegens valsheid in geschrifte wanneer hij vaststelt dat, met aanwending van list, in notariële akten een niet-bestaande kapitaalverhoging werd vastgelegd, wat de notariële akten inhoudelijk fictief, derhalve vals maakte.*

2. *Op grond van zijn onaantastbare beoordeling van de hem regelmatig overgelegde feitelijke gegevens, kan de rechter, zonder daarbij gehouden te zijn aan de betekenis van begrippen en feiten in van het strafrecht onderscheiden rechtstakken, vaststellen dat de door de verdachte toegepaste list, ongeacht de al dan niet werkelijkheid van de samenstellende feiten daarvan, geen wer-*

kelijke inbreng in geld en evenmin werkelijke kapitaalverhogingen teweegbracht.

De W. e.a. t/ Faillissement N.V. P. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 september 1989 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

...

II. Op de voorziening van Jacques De W. tegen de beslissing op de tegen hem ingestelde strafvordering waarbij hij wegens de feiten van de telastleggingen I.1d, I.2a-b wat het stuk vermeld sub I.1d betreft, II.1e en II.2a-b wat het stuk vermeld sub II.1e betreft, wordt veroordeeld:

Over het eerste middel: miskenning van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging; schending van de artikelen 196 van het Strafwetboek, 34 van de bij koninklijk besluit van 30 november 1935 gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, als aangevuld bij artikel 4 van de wet van 30 juni 1961, 29bis van dezelfde wet, als ingevoegd bij artikel 1 van de wet van 30 juni 1961 en aangevuld bij artikel 11 van de wet van 6 maart 1973, en miskenning van het algemeen rechtsbeginsel van de wilsautonomie en van de individuele vrijheid; schending van artikel 201, 3°, van de bij koninklijk besluit van 30 november 1935 gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, als gewijzigd door artikel 4, A, van de wet van 23 februari 1967 en door artikel 9, 2, van de wet van 30 juni 1975,

doordat het arrest, rechtsprekende op de telastlegging van valsheid in geschrifte (artikel 196 van het Strafwetboek) hetzij door namaking of vervalsing van geschriften of handtekeningen, hetzij door overeenkomsten, beschikkingen, verbintenissen of schuldbevrijdingen valselijk op te maken of achteraf in de akten te voegen, hetzij door toevoeging of vervalsing van bedingen, verklaringen of feiten die deze akten ten doel hadden op te nemen en vast te stellen, namelijk onder meer door met het oogmerk een kapitaalverhoging voor te wenden, hoewel in werkelijkheid het kapitaal niet werd verhoogd bij de N.V. P. en de N.V. H., de volgende fictieve stukken te hebben opgemaakt: a. een bewijs van storting, b. een schrijven van 30 september 1983 gericht door de B.B.L. aan de notaris, c. een creditbericht van de B.B.L. en d. een notariële akte van kapitaalsverhoging op 3 oktober 1983, eiser veroordeelt tot een bijdrage van vijf frank te betalen aan het solidariteitsfonds en tot een gevangenisstraf van drie maanden en een geldboete van honderd frank, verhoogd met 590 opdecimen, of een vervangende gevangenisstraf van één maand, wegens valsheid in geschrifte en gebruik daarvan wat betreft de notariële akten van kapitaalverhoging verleden op 3 oktober 1983 der N.V. Pw. en der N.V. Pr., op de volgende gronden: «Op vrijdag 30 september 1983 werd 33.500.000 frank door de bank geleend aan de N.V. H. Deze betaalde hiermee stante pede de schuldverdring die Jacques De W. op haar bezat terug ten bedrage van 33.500.000 frank. Jacques De W. stortte dit geld onmiddellijk op de rekeningen bestemd voor de kapitaalverhogingen zodat de bank nog dezelfde dag de storting van de gelden op de speciaal daartoe bestemde rekening kon attesten. Op maandag 3 oktober 1983 werden de akten van kapitaalverhoging, houdende een inbreng in geld, verleden. Onmiddellijk na het verlijden van de akten werden de 28.500.000 frank van de kapitaalsverhoging van de N.V. Pw.

door deze aan de N.V. Pr. geleend. De N.V. Pr. betaalde met die lening van 28.500.000 frank, die haar door de N.V. Pw. was toegestaan, en de 5.000.000 frank van haar eigen kapitaalverhoging zonder dralen, dit is reeds op 4 oktober 1983, de lening terug die de bank haar had toegestaan op 30 september 1983. Uit wat voorafgaat blijkt maar al te duidelijk dat Jacques De W. nooit de bedoeling heeft gehad een kapitaalverhoging in geld in de vennootschappen te doen zoals hij het nochtans met behulp van voornoemde strata-geme door een openbaar officier in de notariële akten kon laten opnemen maar dat hij in werkelijkheid alleen door middel van de hierboven uiteengezette stratagème de lopende rekening die hij op de N.V. H. had verkregen in de vennootschappen wou inbrengen en heeft ingebracht onder de mom van een inbreng in geld. Door te handelen zoals hij deed kon Jacques De W. zich een onrechtmatig voordeel verzekeren. Hij kon op die wijze verkrijgen dat er door een openbaar officier in authentieke akten zou worden vermeld dat hij tot een kapitaalverhoging in geld is overgegaan voor respectievelijk 28.500.000 frank in de N.V. Pw. en voor 5.000.000 frank in de N.V. H., wier maatschappelijke benaming bij dezelfde akte in de N.V. Pr. werd gewijzigd, en verkreeg hij de aan de kapitaalverhoging in geld toegekende aandelen, terwijl hij met de inbreng van zijn lopende rekening niet zou hebben kunnen laten vermelden dat hij tot een kapitaalverhoging in geld was overgegaan en de aandelen niet zou hebben kunnen verkrijgen die aan de kapitaalverhoging in geld werden toegekend. Dat zodoende het openbaar vertrouwen werd geschonden dat zich opdringt aan de akten van kapitaalverhoging staat vast. Dat vennoten, schuldeisers en leveranviers van de vennootschappen door de valsheid ook misleid konden worden of werden in verband met de realiteit van de kapitaalverhoging in geld zonder dat het evenwel de bedoeling was hen te misleiden kan ook niet worden ontkend. Dat er met bedrieglijk oogmerk werd gehandeld blijkt uit het feit dat dit is gebeurd om de gebiedende bepalingen op de kapitaalsverhogingen in natura te omzeilen, die de wetgever had uitgevaardigd ten einde fraude te voorkomen bij kapitaalverhogingen zoals maar al te duidelijk blijkt aan de hand van de voorbereidende werkzaamheden die aan het tot stand komen van de wet op de kapitaalverhogingen van de handelsvennootschappen zijn voorafgegaan en waarin de wet Cooreman-Declercq geen wijzigingen heeft aangebracht, en zodoende te ontsnappen aan de door de wetgever bedoelde controle van een bedrijfsrevisor die juist tot taak had ter bescherming van de rechtmatige belangen van de aandeelhouders en van derden de waarde te onderzoeken van wat als kapitaal zou worden ingebracht. Dat Jacques De W. hetzelfde doel had kunnen bereiken op een legale wijze door eerst een lening op te nemen waarmee hij de inbreng in geld zou doen en waarmee de vennootschappen hun schuld jegens hem zouden kunnen terugbetalen kan niet worden aangenomen. Het aanwenden van dit middel zou evenzeer een vermommen van de waarheid hebben ingehouden nu het ook nooit de bedoeling zou zijn geweest een inbreng in geld te doen maar slechts langs dit middel om de inbreng te verwezenlijken van zijn lopende rekening die niet kon worden terugbetaald. Dat ook dit een vermomde inbreng in natura zou zijn».

terwijl, eerste onderdeel, eiser zich diende te verdedigen op de telastlegging van valsheid in geschrifte (artikel 196 van het Strafwetboek), namelijk onder meer door met het oog-

merk een kapitaalverhoging voor te wenden, hoewel in werkelijkheid het kapitaal niet werd verhoogd bij de N.V. Pw. en de N.V. H., de volgende fictieve stukken te hebben opgemaakt (...) d. twee notariële akten van kapitaalverhoging op 3 oktober 1983; de telastlegging van valsheid in geschrifte omtrent de notariële akten van kapitaalverhoging werd weerhouden niet doordat de akten van kapitaalverhoging fictieve stukken zouden zijn, opgesteld met het oogmerk een kapitaalverhoging voor te wenden, hoewel in werkelijkheid het kapitaal niet zou zijn verhoogd bij de N.V. Pw. en de N.V. H., waarop eiser zich heeft kunnen verdedigen, maar doordat de kapitaalverhogingen werden doorgevoerd als kapitaalverhogingen in geld, terwijl het zou gaan om kapitaalverhogingen in natura, waarop eiser niet werd uitgenodigd zich te verdedigen (schending van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging);

tweede onderdeel, er geen vermomming is van de werkelijkheid noch vervalsing van bedingen of feiten, wanneer eiser, om de verwezenlijking van de toepassingsvoorwaarden van de dwingende wetsbepalingen omtrent de kapitaalverhoging in natura te vermijden, gebruik makend van de wilsautonomie en van de individuele vrijheid en zonder enige wettelijke bepaling te schenden en bij gebrek aan strafrechtelijke bepaling die dit zou verbieden, zijn schuldvordering heeft geïnd lastens een vennootschap die zelf een beroep deed op een kortstondige lening van een bank, om die fondsen in te brengen in twee vennootschappen in het kader van een kapitaalverhoging, waardoor akte werd verleend van deze geldige inbreng in geld, zodat het arrest door de strafrechtelijke veroordeling te gronden op de overweging dat eiser inbreng van schuldvorderingen heeft gedaan onder het mom van inbrengen in geld, de artikelen 196 van het Strafwetboek, 34 en 29bis van de Vennootschapswet, als ingevoegd bij artikel 1 van de wet van 30 juni 1961, aangevuld bij artikel 11 van de wet van 6 maart 1973, het algemeen rechtsbeginsel van de wilsautonomie en van de individuele vrijheid schendt;

derde onderdeel, een inbreng in een vennootschap moet worden aangemerkt als een inbreng in geld wanneer de vennoot gelden vóór de kapitaalverhoging bij storting of overschrijving heeft gedeponereerd op een bijzondere rekening ten name van de vennootschap geopend bij een van de instellingen bedoeld in artikel 1 van het koninklijk besluit nr. 56 van 10 november 1967, het bewijs van die deponering wordt gehecht aan de akte van kapitaalverhoging en de bijzondere rekening ter beschikking wordt gehouden van de vennootschap, ongeacht de afkomst van die gelden en namelijk of die gelden afkomstig zijn van de uitbetaling van een lopende rekening van diezelfde vennootschap of van een andere vennootschap, al dan niet met geleende gelden, zodat het arrest na te hebben vastgesteld dat Jacques De W. dit geld (28.500.000 frank en 5.000.000 frank) onmiddellijk stortte op de rekeningen bestemd voor de kapitaalverhogingen en de bank nog dezelfde dag de storting van de gelden op de speciaal daartoe bestemde rekening kon attesteren, niet wettig kon oordelen dat de akten van kapitaalverhoging met inbreng in geld door valsheid in geschrifte zijn aangetast onder de overweging dat hij (eiser) zijn lopende rekening die hij op de N.V. H. had verkregen in de vennootschappen heeft ingebracht onder de mom van een inbreng in geld, wanneer het arrest niet vaststelt dat het wettelijk voorgeschreven bankattest door valsheid is aangetast, maar integendeel de drie

beklaagden van die telastlegging vrijspreekt (schending van artikel 34 van de Vennootschapswet en artikel 29bis van de Vennootschapswet, als ingevoegd bij artikel 1 van de wet van 30 juni 1961 en aangevuld bij artikel 11 van de wet van 6 maart 1973);

vierde onderdeel, de vermomming van de waarheid in het geschrift zelf een constitutief element is van het misdrijf van valsheid in geschrifte zodat door te oordelen dat door de zgn. «stratagème» kon worden verkregen dat er door een openbaar officier in een openbare akte zou worden opgenomen dat werd overgegaan tot een kapitaalverhoging in geld het bestreden arrest vaststelt dat de «vermomming» is gebeurd vóór het tot stand komen van de notariële akten van kapitaalverhoging en niet in deze akten (schending van artikel 196 van het Strafwetboek);

vijfde onderdeel (subsidiar), het in dit onderdeel ingeroepen wetsartikel strafbaar stelt met een geldboete van vijftig frank tot tienduizend frank, het verzuim van de vermeldingen die zijn vereist ingevolge artikel 34 van de wet op de handelsvennootschappen, als aangevuld door artikel 4 van de wet van 30 juni 1961, en derhalve ook het nalaten te vermelden dat het zou gaan om een inbreng in natura, zodat het arrest door eiser te veroordelen wegens valsheid in geschrifte op grond dat in de akten van kapitaalverhogingen onder het mom van een inbreng in geld, niet werd vermeld dat het ging om een inbreng in natura, de in het onderdeel ingeroepen wetsbepaling schendt die een bijzonder afwijkende strafbepaling inhoudt met een lichtere sanctie en derhalve de toepassing van artikel 196 van het Strafwetboek uitsluit (schending van artikel 201, 3°, als gewijzigd door artikel 4, A, van de wet van 23 februari 1967 en door artikel 9,2, van de wet van 30 juni 1973);

Over alle onderdelen samen:

Overwegende dat de appelrechters vaststellen dat de lopende rekening die eiser op de N.V. H. had verkregen niet kon worden terugbetaald, wat inhoudt dat de inbreng van die lopende rekening in de vennootschappen geen werkelijke kapitaalverhoging kon zijn;

Overwegende dat de appelrechters dan vaststellen dat eiser om, eensdeels, de aan die inbreng van lopende rekening verbonden moeilijkheden en gebreken te vermijden, anderdeels, toch reële kapitaalverhogingen te doen blijken, de «stratagème» toepaste die op het twaalfde blad van het arrest wordt uiteengezet;

Dat de appelrechters op grond van hun onaantastbare beoordeling van de hun regelmatig overgelegde feitelijke gegevens, zonder daarbij gehouden te zijn aan de betekenis van begrippen en feiten in van het strafrecht onderscheiden rechtstakken, vaststellen dat die toegepaste stratagème, ongeacht de al dan niet werkelijkheid van de samenstellende feiten daarvan, geen werkelijke inbreng in geld en evenmin werkelijke kapitaalverhogingen realiseerde;

Dat zij eiser veroordelen om, met aanwending van de beschreven stratagème, in notariële akten een niet-bestaande kapitaalverhoging te hebben laten vastleggen, wat de notariële akten inhoudelijk fictief, derhalve vals, maakte, feiten die aan eiser onder de telastleggingen I.1.d en II.1.e als overtreding als «mededader» van de artikelen 193 en volgende van het Strafwetboek ten laste waren gelegd;

Dat zij door hun motivering hun beslissing naar recht verantwoorden;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;
...

NOOT – In verband met kapitaalverhogingen door middel van een rondboeking van gelden die pro forma door banken worden uigeleend, zie ook Corr. Brussel, 19 december 1981, *R.P.S.*, 1981, 53 ; L. Dupont, *Valsheid in geschriften*, p. 168, noot 93, in *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 14 SEPTEMBER 1992

Voorzitter : de h. Marchal

Rapporteur : mevr. Charlier

Openbaar ministerie : de h. Leclercq

Advocaten : mrs. Dassesse en De Bruyn

Verzekering – Opeenvolgende verzekeringen die dezelfde schade dekken – Rang in de tijd

Wanneer twee verzekeringen dezelfde schadelijke gevolgen dekken, kan de tweede geen uitwerking hebben. De rang van een verzekering wordt bepaald door de datum waarop ze is aangegaan.

N.V. A. t/ N.V. W.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 december 1990 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

...

Overwegende dat naar luid van artikel 12 van de Verzekeringswet, «de verzekerde zaken waarvan de gehele waarde door een eerste verzekering is gedekt, niet meer het voorwerp kunnen uitmaken van een nieuwe verzekering tegen dezelfde risico's, ten voordele van dezelfde persoon ; wanneer door de eerste overeenkomst niet de gehele waarde is verzekerd, staan de verzekeraars die de volgende contracten hebben getekend in voor het meerdere, in de volgorde van de dagtekening van de contracten ; alle verzekeringen die dezelfde dag zijn aangegaan, worden geacht gelijktijdig te zijn» ;

Overwegende dat uit die wetsbepaling volgt dat, enerzijds, wanneer twee verzekeringen dezelfde schadelijke gevolgen dekken, de tweede geen uitwerking kan hebben en dat, anderzijds, de voorrang van een verzekering wordt bepaald door de datum waarop zij is aangegaan ;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de ouders van Olivier J., de schadeverwekker, in 1973 een verzekering familiale aansprakelijkheid hadden afgesloten bij de N.V. G., in wier rechten eiseres is getreden ;

Dat uit het regelmatig overgelegde stuk blijkt dat de onderwijsinstelling waar het ongeval is gebeurd, de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de leerlingen en hun ouders bij overeenkomst afgesloten in 1962 had verzekerd bij de N.V. E., in wier rechten verweerster is getreden ;

Dat het arrest, door eiseres te veroordelen in de terugbetaling aan verweerster van het bedrag van de vergoedingen die aan de getroffen zijn betaald ten gevolge van het schadegeval dat door Olivier J. is veroorzaakt, op grond dat,

aangezien laatstgenoemde pas in 1975 leerling is geworden van de bij verweerster verzekerde instelling, «de bijzondere familiale verzekering de eerste (was) om het risico te dekken», voornoemd artikel 12 schendt;

Dat het middel gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 25 SEPTEMBER 1992

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. Van Ommeslaghe

Reiscontract – C.C.V. – Uitvoering van prestaties door een derde – Rechtstreekse vordering van de reiziger – Schadevergoeding

Krachtens art. 15, lid 4, C.C.V. kan de reiziger tegen de verantwoordelijke derde een rechtstreekse vordering instellen tot algehele of aanvullende vergoeding voor de geleden schade.

Art. 15, lid 2, dat beoogt de reisorganisator de mogelijkheid te bieden zijn risico's te bepalen zodat hij ze ook kan laten verzekeren, doet geen afbreuk aan het in art. 28 neergelegde beginsel dat de rechten van de reiziger tegen een verantwoordelijke derde door het C.C.V.-Verdrag niet worden beperkt.

A. t/ J.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 december 1989 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de N.V. F.-Reizen als reisorganisator ten behoeve van eiseres een reis organiseerde, dat de organisatie overgenomen werd door de N.V. De T. en voor eigen rekening uitgevoerd werd door verweerder, en dat tijdens de reis de reiskoffer van eiseres uit de niet gesloten bagageruimte van de door verweerder bestuurde autocar verdween;

Dat de appelrechters oordelen dat de N.V. F.-Reizen niet bewijst dat zij als een naarstige reisorganisator heeft gehandeld bij de keuze van J., die de reis uitvoerde, en dat J. als derde zelf onzorgvuldig is geweest; dat zij de vordering van eiseres slechts gegrond verklaren binnen de grenzen bepaald door artikel 15, lid 2, van de Internationale Overeenkomst betreffende het reiscontract; dat het arrest slechts wordt bestreden in zoverre het uitspraak doet over de vordering van eiseres tegen verweerder;

Overwegende dat, krachtens artikel 15, lid 1, van de genoemde Internationale Overeenkomst, de reisorganisator die vervoer- of logiesprestaties of elke andere prestatie betreffende de uitvoering van de reis of het verblijf door derden laat verrichten, aansprakelijk is voor alle schade door de reiziger opgelopen gedurende de uitvoering van deze prestaties, tenzij de reisorganisator bewijst dat hij bij de keuze van de persoon die de prestatie uitvoert, als een naarstige organisator heeft gehandeld; dat, krachtens de artikelen 13, lid 2, 15, lid 2, en 24, wanneer de in artikel 15, lid 1, vermelde bepalingen niet voorzien in een beperking van de door de

reisorganisator verschuldigde vergoeding, deze vergoeding per reiziger wordt beperkt tot 2000 goudfrank voor stoffelijke schade;

Dat, krachtens artikel 15, lid 4, de reiziger tegen de verantwoordelijke derde een rechtstreekse vordering kan instellen tot de algehele of aanvullende vergoeding voor de geleden schade; dat, krachtens artikel 28, de bepalingen van de Overeenkomst geen afbreuk doen aan de rechten en vorderingen van de reiziger tegen derden;

Overwegende dat artikel 15, lid 2, dat beoogt de reisorganisator de mogelijkheid te bieden zijn risico's te bepalen zodat hij ze ook kan laten verzekeren, geen afbreuk doet aan het in artikel 28 neergelegde beginsel dat de rechten van de reiziger tegen een verantwoordelijke derde door de Overeenkomst niet worden beperkt;

«Overwegende dat het arrest aanneemt dat verweerder een derde was ten opzichte van eiseres en het recht van eiseres op schadeloosstelling tegen die aansprakelijke derde beperkt op grond van artikel 15, lid 2; dat het zodoende de in het middel aangevoerde wetsbepalingen schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 5 OKTOBER 1992

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaten: mrs. Bützler en Verbist

Arbeidsovereenkomst – Arbeidsovereenkomstenwet – Toepassingsfeer – Overheid – Eenzijdige aanstelling – Gevolg

Een contractuele tewerkstelling door de overheid, waarop de Arbeidsovereenkomstenwet toepasselijk is, kan slechts tot stand komen voor zover tussen de overheid en de tewerkgestelde een arbeidsovereenkomst is gesloten. Een eenzijdige overheidsbeslissing van tewerkstelling voldoet niet aan dat vereiste.

Gemeente B. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 juni 1991 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

...

Overwegende dat de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst, krachtens artikel 1, van toepassing is op de door de gemeenten tewerkgestelde werknemers wier toestand niet statutair is geregeld; dat een contractuele tewerkstelling door de overheid, overeenkomstig artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet, slechts tot stand kan komen ingevolge een arbeidsovereenkomst;

Overwegende dat het arbeidshof oordeelt «dat verweerder bij eenvoudige beslissing van het schepencollege van B (van 16 november 1987) aangenomen werd als vervangende kleuterleidster; dat haar status niet werd gepreciseerd; dat het feit dat (verweerder) als vervangend personeelslid werd aangenomen en niet in een vacante functie werd aangesteld erop wijst dat het niet in de bedoeling van (eiseres) lag om

(verweerster) in een nader bepaald statutair kader te plaatsen»; dat het arrest «bij gebreke van een dergelijke beslissing (...) beslist dat de verhouding tussen beide partijen van contractuele aard was en dat deze verhouding de rechtsbasis vormt waarover geoordeeld dient te worden»;

Overwegende dat de appelrechters zodoende de door een eenzijdige overheidsbeslissing tussen partijen tot stand gebrachte verhouding als contractueel beschouwen om de enkele reden dat eiseres niet de bedoeling heeft gehad een statutaire verhouding tot stand te brengen, zonder evenwel vast te stellen dat beide partijen een arbeidsovereenkomst gesloten hebben; dat zij zodoende artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet schenden;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 13 NOVEMBER 1992

Voorzitter: de h. Vandeplas

Raadsheren: de hh. Michiels en Peeters (rapporteur)

Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven

Advocaat: mr. Vanagt

Ambtenaar – Verduistering – Met openbare dienst belast persoon

Art. 240 Sw. bestraft de personen die belast zijn met de uitvoering van een openbare dienst, zwaarder dan anderen omdat de overheid in die personen een bijzonder vertrouwen stelt dat beschaamd wordt door de verduistering.

Een bediende aangesteld door een ziekenfonds en belast met de uitbetaling van vergoedingen die alleen verantwoording verschuldigd is aan zijn werkgever, nl. het ziekenfonds, bezit niet de hoedanigheid van «aangestelde van de Staat» die onontbeerlijk is voor de toepassing van art. 240 Sw.

V.

II. Tenlastelegging: een openbaar officier of ambtenaar of een met een openbare dienst belast persoon zijnde, namelijk een bediende-uitbetaler openbare of private gelden, geldswaardige papieren, stukken, effecten, akten, of roerende zaken, in casu een geldsom van 250.000 fr. welke hij uit kracht of uit hoofde van zijn bediening onder zich had, te hebben verduisterd ten nadele van het ziekenfonds «De Voorzorg», met de omstandigheid dat hij geen zekerheid heeft moeten stellen.

...

Overwegende dat beklaagde het in artikel 240 van het Strafwetboek omschreven misdrijf ten laste wordt gelegd;

Overwegende dat de door artikel 240 van het Strafwetboek omschreven hoedanigheid van de dader een constitutioneel element is van het misdrijf;

Overwegende dat beklaagde ten tijde van de ten laste gelegde feiten bediende was van het ziekenfonds De Voorzorg; dat zijn dagelijkse taak er o.m. in bestond met de hem door zijn werkgever ter beschikking gestelde gelden uitbetalingen te verrichten aan de leden van het ziekenfonds in het kantoor te M. en te E.;

dat gelden, die hij onder zich had, voorwerp zouden geweest zijn van het ten laste gelegde misdrijf; dat hij als bediende van een privaatrechtelijke organisatie, namelijk het ziekenfonds De Voorzorg, geen openbaar officier of ambtenaar was; dat artikel 240 van het Strafwetboek evenwel ook van toepassing is op ieder met een openbare dienst belast persoon;

dat deze omschrijving van hoedanigheid van de dader tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 8 juni 1867 aan de oorspronkelijke ontwerp tekst werd toegevoegd teneinde het toepassingsveld van artikel 240 van het Strafwetboek niet te beperken tot openbare officieren en ambtenaren alleen, maar uit te breiden tot ieder die door de overheid belast is met de uitvoering van een openbare dienst en in het kader hiervan gelden of waarden onder zich heeft;

dat de overheid in die personen een bijzonder vertrouwen stelt dat beschaamd wordt door de praktijken van verduistering; dat een dergelijk misdrijf dan ook volgens artikel 240 van het Strafwetboek zwaarder bestraft wordt dan aanverwante misdrijven waarvoor voormelde bijzondere hoedanigheid geen constitutief element is;

dat de omstandigheid dat een persoon, zoals beklaagde, zijn arbeid verricht in de uitvoering van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst niet belet dat deze persoon de in artikel 240 van het Strafwetboek omschreven hoedanigheid zou kunnen hebben; dat echter in concreto bewezen moet worden dat hij door de overheid was belast met een openbare dienst en in het kader daarvan gelden of waarden onder zich had;

dat dit bewijs niet geleverd wordt; dat niet blijkt dat beklaagde enige opdracht van de overheid ontvangen had, dat hij onder gezag of toezicht van de overheid werkte noch dat hij zijn rekeningen tegenover de overheid diende te verantwoorden; dat hij bij de uitvoering van zijn opdracht slechts in dienstverband met zijn werkgever, nl. het ziekenfonds De Voorzorg, stond en slechts aan het ziekenfonds rekenschap verschuldigd was van zijn beroepsactiviteit;

dat beklaagde zich bij gemis van de vereiste hoedanigheid van «aangestelde van de Staat» niet schuldig gemaakt kan hebben aan het ten laste gelegde misdrijf omschreven in artikel 240 van het Strafwetboek; dat de ten laste gelegde feiten evenwel strafbaar zijn ingevolge artikel 464 van het Strafwetboek;

dat de ten laste gelegde feiten dan ook als volgt worden gekwalificeerd:

«te M. tussen 1 januari 1990 en 31 januari 1990 op een niet nader te bepalen datum, zijnde een bediende van het ziekenfonds De Voorzorg, een geldsom van 250.000 fr. die hem toevertrouwd was door zijn werkgever met het oog op het vervullen van zijn opdracht, en die zich bevond in het kantoor van zijn werkgever te M., bedrieglijk te hebben weggenomen»;

...

NOOT – Het begrip «met een openbare dienst belast persoon»

1. Artikel 240 Sw. bestraft verduistering door openbare ambtenaren met opsluiting. De hoedanigheid van de dader is hierbij essentieel (cf. «*délit de qualité*»); het betreft personen waarin de overheid een bijzonder vertrouwen stelt (*Novelles, Droit pénal, III, Les infractions*, nrs. 3252-3253). De

wet heeft het over «ieder openbaar officier of ambtenaar» en «ieder met een openbare dienst belast persoon». Het is met deze laatste kwalificatie dat het Hof van Beroep te Antwerpen geconfronteerd werd: kan een bediende van een ziekenfonds beschouwd worden als een «met een openbare dienst belast persoon» in de zin van art. 240 Sw.?

2. In het administratief recht wordt de sociale zekerheid een «openbare dienst in functionele zin» genoemd (Suetens, L.P., «De natuur en de draagwijdte van de erkenning in het recht van de sociale zekerheid», *B.T.S.Z.*, 1968, 420, nr. 7, en 423, nr. 18; Van Langendonck, J., *Handboek sociaal zekerheidsrecht*, 1991, 251-252). Particuliere organisaties — zoals in casu de ziekenfondsen — kunnen belast zijn met de uitvoering ervan. Daartoe is wel een machtiging door de overheid vereist. Dit laatste doet echter niets af van het privaatrechtelijke karakter van die organisaties (Buttgenbach, A., *Manuel de droit administratif*, 1966, 179, nr. 255; Dembour, J., *Droit administratif*, 1978, nr. 41; Kelders, F., *L'organisation administrative de la sécurité sociale en Belgique*, 1955, nrs. 47, 48 en 50; Suetens, L.P., *l.c.*, 429, nr. 29): ofschoon de overheid een zekere vorm van controle uitoefent (Kelders, F., *o.c.*, nr. 50; Van Langendonck, J., «De nieuwe wet op de ziekenfondsen», *R.W.*, 1990-91, 693-694), blijft het beheer van een ziekenfonds een privaatrechtelijke aangelegenheid. Zo zijn de personeelsleden van een ziekenfonds door een arbeidsovereenkomst gebonden en bevinden zij zich niet in een «réglementaire» rechtspositie (Suetens, L.P., *l.c.*, 430, nr. 29 i.f.).

3. Deze administratiefrechtelijke beschouwing — hoe juist ze ook moge wezen — laat onze strafrechtelijke vraag in feite nog onaangeroerd. Immers, de juridische autonomie van het strafrecht laat niet toe dat de strafrechter zich gebonden zou achten door niet-strafrechtelijke kwalificaties (Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, 1989, nrs. 45-49). De strafrechter zal dus in concreto moeten nagaan of een bediende van een ziekenfonds een «met een openbare dienst belast persoon» is in de penale zin van het woord.

Wanneer de openbare dienst toevertrouwd is aan een zuiver particuliere organisatie — zoals in dit geval aan een ziekenfonds, dat met uitbetalingen is belast — maken vele auteurs een onderscheid tussen diegenen die handelen met het publiek (waarop art. 240 Sw. van toepassing zou zijn) en diegenen die enkel zorgen voor de inwendige organisatie (waarop art. 240 Sw. niet van toepassing zou zijn) (De Nauw, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, 1992, nr. 56; Dezeure, R., *Misbruik van vrouwen en verduistering*, in *A.P.R.*, 1968, nr. 708; Nypels, J.-S.-G. en Servais, J., *Le code pénal belge interprété*, 87; Rigaux, M. en Trousse, P.E., *Les crimes et les délits du code pénal*, IV, 1963, 221-222; zie ook *Novelles, l.c.*, nr. 3289). Deze opvatting kan tot vreemde resultaten leiden: een tramconducteur valt onder het toepassingsgebied van art. 240 Sw., een accountant van een particuliere instelling, belast met een openbare dienst, niet (*Novelles, l.c.*, nr. 3290).

4. Terecht wordt op die stelling kritiek geuit: het voormelde onderscheid bekommert zich te weinig om de strafwet. Het criterium ligt immers niet in de band met het publiek, maar in de functie die iemand «van overheidswege» uitoefent, waardoor die persoon verplichtingen t.a.v. de gemeenschap heeft (Marchal, A. en Jaspar, J.P., *Droit criminelle. Traité théorique et pratique*, I, 1975, nr. 1109; *Novelles, l.c.*, nr. 3291). Het al dan niet «publieke» karakter van zijn

optreden kan wel een aanwijzing zijn om dit laatste te beoordelen, maar is zeker geen bindend criterium voor de strafrechter. Belangrijk is dat er een zekere band met de overheid bestaat (cf. «... sont *institués* (...) pour un intérêt d'ordre public...»; Nypels, J.-S.-G. en Servais, J., *o.c.*, 85, nr. 1; «... *revêtue* d'un caractère public», *R.P.D.B.*, v°, «Titres (destruction de)», nr. 26). De sprong van het administratief recht naar het strafrecht wordt soms maar al te vlug gemaakt (vgl. Brussel, 27 oktober 1971, *R.W.*, 1971-72, 1014, met noot Vandeplas, A.). Zie in dat opzicht ook de motivering in het beruchte ziekenfondsenproces van januari 1991: «Les organismes assureurs sont des entités privées qui assurent un service public à l'aide de fonds publics; les fonctions exercées par les prévenus (...) impliquaient (...) également des décisions dont les conséquences se répercutaient sur tout le service public dont ils étaient chargés» (Corr. Brussel, 9 januari 1991, *J.Proc.*, 1991, nr. 188, p. 23). Dat ziekenfondsen belast zijn met een openbare dienst zal niemand betwisten, maar daaruit volgt niet noodzakelijkerwijze dat hun bedienden ook te beschouwen zijn als «met een openbare dienst belast» personen volgens de strafwet (merk wel op dat het in het geciteerde vonnis geen gewone «bediende» betrof!). Vgl. Corr. Marche-en-Famenne, 22 december 1955, *J.L.M.B.*, 1955-56, 115, met noot M.H. (inzake de verduistering door een afgevaardigde van een vakverbond van gelden die hem waren overgemaakt tot betaling van werkloosheidsvergoedingen): «... une charge ayant un intérêt d'ordre public; (...) qu'une telle charge est bien instituée pour un intérêt d'ordre public», wat nog niets zegt over de hoedanigheid van de persoon in kwestie.

5. Het Hof van Beroep te Antwerpen heeft zich geen zand in de ogen laten strooien door louter administratiefrechtelijke overwegingen: er moet *in concreto* bewezen worden dat de bediende van het ziekenfonds door de overheid was belast (zie hiervoor ook Cass., 13 mei 1935, *Pas.*, 1935, 245, *R.D.P.*, 1935, 676; *Novelles, l.c.*, nr. 3283) met een openbare dienst. Met reden meent het hof dat dit bewijs niet geleverd wordt: de band met de overheid is totaal zoek, of is op zijn minst te vaag om te kunnen beweren dat de overheid een bijzonder vertrouwen in deze bediende stelt (waarbij wel moet worden opgemerkt dat het bestaan van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst op zich niet de toepasselijkheid van art. 240 Sw. uitsluit; cf. ook Corr. Gent, 14 februari 1947, *R.W.*, 1946-47, 1039). De betrokkene stond immers *slechts* in dienstverband met het ziekenfonds en was *slechts* aan het ziekenfonds rekenschap verschuldigd: hij trad helemaal niet op van overheidswege (*Novelles, l.c.*, nr. 3291 i.f.) en omgekeerd was er van enige opdracht van de overheid aan de bediende of van enige controle door de overheid van de bediende hoegenaamd geen sprake.

Steven Van Overbeke

ARBEIDSHOF TE GENT AFDELING BRUGGE

1e KAMER — 10 SEPTEMBER 1992

Voorzitter: de h. Peene

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Cornette en Descamps
Openbaar ministerie: de h. Dhaeyer

Advocaten: mrs. Martens loco Van de Put en Van Hasebrouc;

Arbeidsongeval – Dodelijk ongeval – Leeftijd meer dan 25 jaar – Rentekapitaal – Fonds voor Arbeidsongevallen – Basisloon – Loongrens

Voor de berekening van het rentekapitaal dat de arbeidsongevallenverzekeraar aan het Fonds voor Arbeidsongevallen moet storten ingeval de getroffene overlijdt na de leeftijd van 25 jaar te hebben bereikt, is de grens van het basisloon die welke toepasselijk is op de dag van het overlijden en niet die toepasselijk op de dag van de rechterlijke uitspraak.

Fonds voor Arbeidsongevallen t/ N.V. V. e.a.

Krachtens artikel 5 van het koninklijk besluit van 12 april 1984 tot uitvoering van artikel 59^{quinquies} van de Arbeidsongevallenwet wordt, wanneer, zoals *in casu*, de getroffene overlijdt na de leeftijd van 25 jaar, het rentekapitaal dat door de verzekeraar aan het Fonds verschuldigd is, vastgesteld in gemeen overleg tussen de verzekeraar en het Fonds of bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing.

Het Fonds en de verzekeraar zijn het eens over de in aanmerking te nemen leeftijd van de ascendenten van de getroffene en de in aanmerking te nemen coëfficiënten. Zij zijn het oneens over het in aanmerking te nemen basisloon. Het basisloon van de getroffene op het ogenblik van zijn overlijden (13 juli 1987) werd bij ons arrest van 26 september 1991 vastgesteld op 875.512 frank. Het moet nochtans worden beperkt tot de volgende loongrenzen: 776.130 fr. in 1987 en 1988, 791.640 fr. in 1989, 807.480 fr. in 1990 en 840.090 fr. in 1991.

De verzekeraar stelt dat enkel rekening mag worden gehouden met de loongrens van 776.130 fr. Het Fonds voor Arbeidsongevallen wil de loongrens van 940.090 fr. in 1991 in aanmerking nemen.

Luidens artikel 59^{quinquies} Arbeidsongevallenwet moet, wanneer de aan de ouders van de getroffene toekomende rente niet verschuldigd is met toepassing van artikel 20^{bis}, de «in kapitaal omgezette rente» volgens de door de Koning te bepalen modaliteiten aan het Fonds voor Arbeidsongevallen worden gestort. In het koninklijk besluit van 12 april 1984 is sprake van het storten van een «rentekapitaal». Het rentekapitaal of de in kapitaal omgezette rente moet worden gestort binnen een bepaalde termijn.

Het te storten rentekapitaal wordt, wanneer de getroffene overlijdt na de leeftijd van 25 jaar te hebben bereikt, berekend onder meer met inachtneming van de leeftijd van de ascendenten «op de dag van het overlijden van de getroffene», en «op dit rentekapitaal» is van rechtswege interest verschuldigd na verloop van drie maanden te rekenen vanaf het overlijden van de getroffene.

Het storten van een rentekapitaal aan het Fonds is te onderscheiden van het betalen van een arbeidsongevallenvergoeding aan de getroffene of zijn rechtsverkrijgenden.

In dit laatste geval immers gaat het om een schadeloosstelling. De rechter moet alsdan, wanneer het reële basisloon hoger is dan de loongrens, rekening houden met de indexering van die loongrens zolang de vergoeding niet definitief is vastgesteld.

Anders is het bij het vaststellen van een «kapitaal» — hier een gekapitaliseerde rente — dat moet worden gestort. De rechter kan geen rekening houden met opeenvolgende indexeringen van de loongrens aangezien het te storten kapi-

taal moet worden vastgesteld aan de hand van een rente die op een bepaald ogenblik moet worden gekapitaliseerd. Hij kan slechts in aanmerking nemen hetzij de rente die verschuldigd was op het ogenblik van het overlijden, vastgesteld op grond van de alsdan in aanmerking te nemen loongrens, hetzij de rente die verschuldigd is op het ogenblik van de uitspraak, vastgesteld op grond van de inmiddels geïnde-keerde loongrens.

Indien de rechter de loongrens in aanmerking neemt die geldt op het ogenblik van de uitspraak, dan moet hij niet-temin rekening houden met de leeftijd van de ascendenten «op de dag van het overlijden van de getroffene».

Aldus zal hij een in de regel hogere rente — wegens indexatie — kapitaliseren door rekening te houden met een zogenaamde overlevingskans die (eventueel) jaren voordien bestond maar die op het ogenblik van de uitspraak reeds verminderd is.

Het lijkt in tegenspraak met de logica een rente te willen kapitaliseren door enerzijds rekening te houden met de rente zoals die op een bepaald ogenblik aan een persoon toekomt, maar anderzijds met een leeftijd die deze persoon hoegenaamd niet heeft en reeds lang overschreden heeft.

Het ligt daarentegen meer voor de hand de leeftijd in aanmerking te nemen van het tijdstip van de rente.

Nu de wetgever zich niet heeft uitgesproken over het tijdstip van het in aanmerking te nemen basisloon, maar wel over de in aanmerking te nemen leeftijd, mag worden aangenomen dat ook het basisloon «op de dag van het overlijden van de getroffene» in aanmerking moet worden genomen.

Zoals hiervoren reeds is opgemerkt, bepaalt de rechter die het rentekapitaal vaststelt dat een verzekeraar aan het Fonds moet storten, geen arbeidsongevallenvergoedingen.

Het is precies omdat aan de ascendenten geen rente, nl. geen «schadeloosstelling» als bedoeld in hoofdstuk II van de Arbeidsongevallenwet verschuldigd is, dat een forfaitair bepaald kapitaal aan het Fonds moet worden betaald. Welnu, dat kapitaal is geen «schadeloosstelling» van het Fonds, maar het behoort tot zijn inkomsten (art. 59, 9°, Arbeidsongevallenwet).

De jurisprudentiële regel dat de rechter bij de raming van de schade het tijdstip van de uitspraak in aanmerking moet nemen, geldt niet wanneer hij voormeld rentekapitaal moet vaststellen, nu dit kapitaal geen vergoeding van schade is. Derhalve moet het te storten rentekapitaal worden berekend met inachtneming van de loongrens van 1987, zijnde de loongrens die toepasselijk was op het ogenblik van het overlijden en die 776.130 fr. bedroeg.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

10 OKTOBER 1991

Voorzitter: de h. Dujardin

Advocaat: mr. Drymael

Echtscheiding – Gronden – Feitelijke scheiding bij diepe geestesgestoordheid – Beheerder ad hoc – Bevoegdheid

Wanneer op verzoek van de echtgenoot die de echtscheiding vordert op grond van art. 232, tweede lid, B.W., door de voorzitter van de rechtbank een beheerder ad hoc is aangewezen, kan

deze ook belast worden met de vertegenwoordiging van de geesteszieke echtgenoot bij alle handelingen van vereffening-verdeling en met de belegging van de eruit voortspruitende gelden die aan de geesteszieke toekomen.

R. t/ S.

Verzoekschrift

Vertoogt met de meeste eerbied: (...) *

dat verzoeker een verzoekschrift tot echtscheiding indiende in augustus 1991 op basis van art. 232 Burgerlijk Wetboek;

dat hij sedert 24 maart 1983 gescheiden leeft van mevrouw S., zijn echtgenote, die in een psychiatrische instelling verblijft;

dat zij voor haar opname in maart 1983 die definitief blijkt te zijn, sedert jaren psychisch gestoord is en regelmatig in psychiatrische instellingen vertoeft;

dat verzoeker — ingevolge de geestestoestand van zijn echtgenote op 4 juli 1991 een verzoekschrift indiende strekkende tot benoeming van een beheerder ad hoc om zijn echtgenote bij het verloop van de echtscheidingsprocedure te vertegenwoordigen;

dat de echtscheidingsprocedure gevolgd zal worden door de procedure vereffening-verdeling;

dat — in het belang van zijn echtgenote — verzoeker vraagt dat ook voor die procedure de beheerder ad hoc zijn echtgenote vertegenwoordigt;

dat de vereffening-verdeling van de gemeenschap als gevolg zal hebben dat aan mevrouw S. een kapitaal van ongeveer twee miljoen zal toekomen;

dat verzoeker vreest dat mevrouw S., die gemakkelijk onverschillig wat ook ondertekent, het slachtoffer zal worden van personen die haar zullen oplichten;

dat verzoeker ter bescherming van mevrouw S. wenst dat het kapitaal dat haar zal toekomen, belegd wordt voor haar verzorging en noodwendigheden;

dat hij daarom vraagt te bepalen dat de beheerder ad hoc, aangesteld voor de echtscheidingsprocedure in se, ook mevrouw S. vertegenwoordigt bij de vereffening-verdeling en de gelden die haar zullen toekomen, in ontvangst neemt, belegt en erover waakt dat de interessen en de gelden — onder het toezicht van de beheerder enkel aangewend worden ten behoeve van mevrouw S. voor haar verzorging en noodwendigheden.

...

Bevelschrift

Gelet op voorafgaand verzoekschrift, alsmede artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek;

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Gelet op onze bevelschriften van 8 juli 1991 en 25 juli 1991;

Zeggen dat de beheerder ad hoc aangesteld in het bevelschrift van 25 juli 1991 eveneens mevrouw S. zal vertegenwoordigen bij alle akten van vereffening-verdeling en de gelden voortspruitende uit de vereffening en toekomende aan mevrouw S. en deze laatste zal beleggen en de nodige maatregelen te treffen opdat die gelden — met toestemming van

de beheerder ad hoc — slechts aangewend worden ten behoeve van mevrouw S.

NOOT — Wat de bevoegdheid betreft van de op grond van art. 232, tweede lid, B.W. aangewezen beheerder ad hoc, zie C. De Busschere, *De feitelijke scheiding der echtgenoten en de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, Antwerpen, 1985, 440-443, nrs. 707-711.

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN

2e KAMER — 22 MEI 1992

Voorzitter: de h. Goemans

Rechters in sociale zaken: de hh. Ibens en Dielis

Advocaten: mr. Engels loco Craeninckx

Vastheid van betrekking — Verbod van levenslange binding voor werkgever — Arbeidsreglement — Art. 7 W.A.O. — Art. 1780 B.W.

Een clause uit het arbeidsreglement waarbij aan de werkgever een absoluut ontslagverbod wordt opgelegd, is strijdig met het verbod op levenslange binding. Een dergelijk beding is strijdig met de openbare orde en derhalve nietig, omdat het de uitoefening door de werkgever van het recht tot éézijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst onmogelijk maakt.

V.D.V. t/ N.V. V.P.

...

1. Feiten

Eiser was als produktiearbeider in dienst van verweerster vanaf 3 december 1973 tot 3 december 1990 aan een uurloon dat laatst 326,90 frank bedroeg.

Op 7 januari 1981 overkwam aan eiser een arbeidsongeval met een blijvende arbeidsongeschiktheid van 20% tot gevolg.

Op 23 maart 1960 had de ondernemingsraad bij verweerster een 4e bijvoegsel bij het arbeidsreglement aangenomen betreffende «de criteria van aanwerving en afdanking» waarin ondermeer was bepaald dat werknemers die een invaliditeit van 20% of meer opliepen door arbeidsongeval, in dienst van verweerster, een volledige bescherming tegen afdanking genoten.

Op 30 november 1989 werd tussen het A.C.V. en het A.B.V.V. aan de ene kant, en verweerster aan de andere kant een C.A.O. gesloten betreffende de terwerkstelling van de arbeiders en dit naar aanleiding van een herstructurering die verweerster wenste door te voeren en waarbij ook het statuut van onderneming in moeilijkheden werd aangevraagd. Deze overeenkomst had een looptijd van 18 december 1989 tot 31 december 1990.

In het art. 4 van voormelde C.A.O. werd bepaald: «van de werklieden die na 2 x 26 weken in werkloosheid te zijn geplaatst en hun arbeidsovereenkomst niet hebben beëindigd wordt bij de beëindiging van de genoemde periode van werkloosheid de arbeidsovereenkomst verbroken».

Met brieven van 3 december 1990 deed verweerster aan eiser mee dat zij de arbeidsovereenkomst tussen partijen

verbrak en dat zij aan eiser een schadevergoeding gelijk aan het loon overeenstemmend met 28 dagen zou betalen.

Hiertegen werd zowel door eiser als door diens vakorganisatie, A.C.V., geprotesteerd maar verweerster bleef op haar standpunt dat zij gerechtigd was de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

Vervolgens is eiser overgegaan tot de dagvaarding.

2. Hoofdvordering

Eiser steunt zijn vordering integraal op een clause van het arbeidsreglement namelijk het 4e bijvoegsel ervan dat een absoluut ontslagverbod aan de werkgever oplegt.

Niet alleen is een dergelijke clause strijdig met het verbod op levenslange binding zoals dit is weergegeven in art. 7 van de Arbeidsovereenkomstenwet maar ook met art. 1780 van het Burgerlijk Wetboek.

Een dergelijk beding is strijdig met de openbare orde en daarom nietig omdat het de uitoefening door de werkgever van het recht tot éézijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst onmogelijk maakt (Cass., 28 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 1186; Cass., 30 september 91, *T.S.R.*, 1991, 343).

Vermits de vordering van eiser integraal gesteund is op de schending van een absoluut nietige bepaling van het arbeidsreglement, is deze vordering ongegrond.

Alle overige beschouwingen van partijen zijn niet terzake dienend.

VREDEGERECHT TE LEUVEN

2e KANTON — 5 FEBRUARI 1990

Rechter: mevr. Maertens

Advocaten: mrs. Nelissen Grade en Timmerman

Handelshuur — Toepassingsgebied — Faculteitsbar — Ligging — Rechtstreeks contact met het publiek

De Handelshuurwet heeft de kleinhandel willen beschermen, omdat de ligging zelf van het bedrijf van overwegend belang is, en strekt zich slechts uit tot de kleinhandelaar en tot de ambachtsman die rechtstreeks in contact staan met het publiek.

De verhuring van een woning om dienst te doen als vergaderplaats, met faculteitssecretariaat en faculteitsbar met verkoop van drank, geëxploiteerd door een V.Z.W., sluit op zichzelf de toepassing van de Handelshuurwet niet uit, omdat best mogelijk is dat een handelaar zijn bar ter beschikking stelt van studenten van een faculteit of dat de V.Z.W., naast haar oorspronkelijk doel, een winstdoel begint na te streven.

Het rechtstreeks contact met het publiek, de gaande en komende man, is te dezen niet bewezen, omdat een faculteitsvergaderplaats, met bar en secretariaat, slechts gericht is op een beperkt publiek van komende en gaande studenten en hun vrienden van deze faculteit.

N.V. G. t/ V.Z.W. K.

1. In feite

Op 13 oktober 1986 werd een schriftelijke huurovereenkomst gesloten tussen de V.Z.W. De K. en de heer Philip H. betreffende de woning gelegen te (...). De woning werd op 6 augustus 1987 verkocht door voornoemde H. aan de

N.V. G. In de huurovereenkomst heeft de huurder verklaard dat deze woning nu dient tot vergaderplaats, faculteitsbar met verkoop van drank, faculteitssecretariaat. De huur werd bedongen voor een periode van negen jaar ingaande op 2 oktober 1986. Beide partijen kunnen een einde maken bij einde van het derde en het zesde jaar, door opzegging van drie maanden door aangetekend schrijven. Een opzeggingsbrief werd betekend op 13 december 1988 met opzegging tegen 30 september 1989. Deze opzegging wordt betwist door de V.Z.W. K. die zich op de wetgeving inzake handelshuurovereenkomsten beroept.

2. In rechte

Overwegende dat de wetgeving inzake handelshuurovereenkomsten de kleinhandel heeft willen beschermen omdat de ligging zelf van het bedrijf van overwegend belang is;

Dat het voorwerp van de overeenkomst bepalend is (A. Pauwels, *Handelshuur*, *A.P.R.*, nr. 41);

Overwegende dat uit de dossierstukken van partijen blijkt dat partijen in duidelijke bewoordingen een gewone huur hadden gecontracteerd betreffende de woning die gehuurd werd door verweerster om dienst te doen als vergaderplaats, faculteitsbar met verkoop van drank, faculteitssecretariaat; dat verweerster beweert dat de huurovereenkomst valt onder de bescherming van de handelshuur.

Overwegende dat de handelshuurwetgeving zich enkel uitstrekt tot de kleinhandelaar en tot de ambachtsman die rechtstreeks in contact staan met het publiek;

dat de vraag rijst of *in casu* deze verhuring gebruikt wordt tot het uitoefenen van een kleinhandel of voor het bedrijf van een ambachtsman, die rechtstreeks in contact staat met het publiek;

Overwegende dat een faculteitsbar en faculteitssecretariaat en vergaderplaats geëxploiteerd door een V.Z.W. op zichzelf de toepassing van de handelshuurwetgeving niet uitsluit (J. 't Kint, *Rev.Prat.Soc.*, 1958, p. 159; *R.P.D.B.*, v° «Baux commerciaux», nr. 10; Lindemans, J., *A.P.R.*, *V.Z.W.*, nrs. 60 e.v.);

dat immers best mogelijk is dat een handelaar zijn bar ter beschikking stelt van studenten van een faculteit of dat de V.Z.W. naast haar oorspronkelijk doel een winstdoel begint na te streven (*Les Nouvelles*, VI, vol. II, nr. 1462).

Overwegende dat uit de bijlage tot het Belgisch Staatsblad van 24 maart 1983 blijkt dat de raad van bestuur van verweerster samengesteld is uit studenten en ook één regentes;

dat blijkt uit contracten met de N.V. A. dat een akkoord van lening en van drankafname werd gesloten door verweerster met N.V. A.;

dat de drankafname gebeurt zoals blijkt uit de leveringsbonnen;

Overwegende dat, rekening houdend met alle elementen die evenwel niet het bewijs leveren van een exploitatie die overeenstemt met de uitoefening van een kleinhandel die rechtstreeks in contact staat met het publiek zoals beschermd door de handelshuurwet omdat de ligging van een dergelijke uitbating van overwegend belang is;

dat rechtstreeks contact met publiek, de gaande en komende man, niet bewezen is;

dat een faculteitsvergaderplaats en bar en secretariaat immers slechts gericht zijn op een beperkt publiek van komende en gaande studenten en hun vrienden van deze faculteit;

dat het feit dat deze bar slechts gericht is op een gesloten publiek, wordt bewezen door de drankafname, waaruit blijkt dat slechts op het einde van het burgerlijk jaar, precies na het opstarten van het academiejaar een zekere afname gebeurt, en daarna de afname valt om nagenoeg in de zomer- en latezomerperiode droog te vallen ;

dat het P.V. van vaststelling van gerechtsdeurwaarder De G. deze feitelijke faculteitshuissituatie illustreert, hoewel deze vaststellingen weinig precies zijn betreffende datum en uur en frequentie van vaststelling ;

Overwegende dat daarenboven de reden waarom de wetgever alleen de kleinhandel met rechtstreeks bijna fysiek contact met het publiek heeft beschermd, het feit is dat voor dergelijke op winst gerichte activiteiten de ligging meestal zelf van overwegend belang is om de komende en gaande man van de straat binnen te krijgen ;

dat de omstandigheid dat verweerster op winst gericht zou zijn, uit geen enkel document blijkt, en wel integendeel het omgekeerde blijkt uit de samenstelling van de raad van bestuur en uit de vaststelling van de gerechtsdeurwaarder dat deze exploitatie geen winst nastreeft als handelaar maar veeleer een secretariaat en vergaderzaal met drinkgelegenheden is voor studenten ;

dat verweerster het bewijs niet bijbrengt dat één van de leden van de raad van bestuur of tappers het zelfstandig statuut heeft of ingeschreven is als handelaar of ambachtsman ;

dat partijen, blijkens de bewoordingen van de overeenkomst, geen kleinhandelsbestemming op het oog hadden ;

dat bij ernstige twijfel, de wet op de handelshuur niet van toepassing is (Cass., 16 juni 1978, *R.W.*, 1978-79, 725) ;

Overwegende dat de wet op de handelshuurovereenkomsten niet van toepassing is en de opzegging aldus dient geapprecieerd te worden ;

...

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 3 september 1992

Openbaar ambt – Pensioen – Onderscheiden pensioenregelingen – Enig pensioen – Toekenning en berekening door de laatste instelling waarbij de ambtenaar het laatst in dienst was – Met inachtneming van diensten bij andere besturen – Tijd van mobilisatie en krijgsgevangenschap tijdens vorige dienstperiode

De voorziening van eiseres tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, 18 juni 1991 wordt om de volgende redenen verworpen

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerder van 1 juli 1937 tot 30 oktober 1945 bij de diensten van de provincie Luik en vervolgens bij die van de provincie Henegouwen heeft gewerkt tot 1975, in welk jaar hij werd gepensioneerd toen hij de pensioengerechtigde leeftijd had bereikt ; dat eiseres geen rekening wil houden met het tijdvak van 17 september 1939 tot 30 augustus 1945 tijdens hetwelk verweerder werd gemobiliseerd en krijgsgevangene was ;

«Overwegende dat artikel 2 van de wet van 14 april 1965 tot vaststelling van een zeker verband tussen de onderscheiden pensioenregelingen van de openbare sector bepaalt dat 'de diensten die rechten kunnen verlenen op het pensioen in de in artikel 1 vermelde regelingen', dat wil zeggen op de pensioenen die onder meer ten laste komen van verschillende provincies, 'in aanmerking worden genomen voor de toekenning en de berekening van een enig rustpensioen...';

«Dat, krachtens artikel 3 van dezelfde wet, het enig rustpensioen toegekend en betaald wordt door de macht of de instelling waardoor het rustpensioenstelsel wordt beheerd waaraan het personeelslid het laatst onderworpen was ; dat de bepalingen waarbij de toekenning en de berekening van de door die macht of dat organisme vereffende rustpensioenen worden geregeld, op dit pensioen toepasselijk zijn ;

«Dat hetzelfde artikel in fine bepaalt dat de diensten waarvoor het personeelslid onderworpen was aan een door andere besturen vastgestelde regeling, in aanmerking worden genomen naar rato van één zestigste per jaar dienst, van het bedrag dat tot grondslag voor de berekening van het pensioen dient ;

«Overwegende dat uit die bepalingen blijkt dat elke provincie de diensten vaststelt die rechten kunnen verlenen op het pensioen en dat de provincie waarbij de gerechtigde het laatst in dienst was dat pensioen toekent en vereffent met toepassing, onder het voorbehoud van artikel 3, in fine, van haar eigen regels inzake toekenning en berekening, maar daarbij rekening houdt met alle diensten die haar door de andere machten of instellingen worden aangewezen ;

«Overwegende dat artikel 13 van voormelde wet betreffende 'de verplichtingen rustend op de verschillende openbare besturen en instellingen' ook bepaalt dat het brutobedrag van het in artikel 2 bedoelde enig rustpensioen 'met inbegrip van de militaire diensten, de diensten in de kolonie en de bonificaties van alle aard' onder de verschillende betrokken machten en organismen wordt verdeeld in verhouding tot het produkt van de gegevens die het vermeldt ;

«Overwegende dat het arrest, door verweerder een rustpensioen toe te kennen rekening houdend met de jaren gedwongen onderbreking van de functies wegens de oorlog van 17 september 1939 tot 30 augustus 1945, die, in de door de provincie Luik beheerde regeling, rechten kunnen verlenen op het pensioen, derhalve een juiste toepassing maakt van voormelde artikelen 2 en 3.»

(Voorzitter : de h. Sace – Rapporteur : mevr. Charlier – Openbaar ministerie : de h. Janssens de Bisthoven – Advocaten : mrs. Kirkpatrick en Draps – In de zaak : Gemeente Henegouwen t/ D.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 10 september 1992

Gemeente – Verordening – Aanplakking in het gemeentehuis – Geen permanente bekendmaking als door de wet vereist

De bestreden beslissing (Bestendige Deputatie Namen, 27 juni 1991) is gewezen na Cass., 26 april 1989, *Arr.Cass.*, 1989-90, nr. 506). Het door eiseres daartegen aangevoerde middel wordt als volgt verworpen :

«Overwegende dat artikel 102, eerste lid, van de oude gemeentewet van 30 maart 1836 bepaalt dat de reglementen en verordeningen hetzij van de gemeenteraad hetzij van het college van burgemeester en schepenen door toedoen van het college worden bekendgemaakt door omroeping en aanplakking;

«Overwegende dat aanplakking, in de zin van die bepaling, moet worden begrepen als een permanente wijze van bekendmaking waardoor de belanghebbenden te allen tijde kennis kunnen nemen van de door de overheid voorgeschreven maatregelen; dat, bijgevolg, de bestendige deputatie, door te beslissen dat de aanplakking van de belastingverordeningen in het gemeentehuis niet voldoet aan voornoemd artikel 102, zijn beslissing naar recht verantwoordt;

«Dat het middel faalt naar recht.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaten: mrs. Kirkpatrick, Blontrock en Kenis – In de zaak: Stad Doornik t/ N.V. B.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 24 september 1992

Handelspraktijken – Weigering een krant te leveren aan een nieuwe boekhandel – Niet gegrond op objectieve criteria – Bedoeling de nieuwe winkel uit te sluiten omdat hij concurrentie kan opleveren voor nabijgelegen verkooppunten – Misbruik van recht – Handeling strijdig met de eerlijke handelsgebruiken

Bij het openen van een nieuwe boekhandel met een afdeling kranten en tijdschriften heeft verweerster geen toestemming gekregen voor het verkopen van een krant die door eiseres wordt uitgegeven. Tegen het bestreden arrest (Hof Luik, 21 december 1990), dat eiseres veroordeelt op grond van art. 54 Handelspraktijkenwet 1971, voert eiseres een schending aan van die bepaling, alsmede van het algemeen rechtsbeginsel inzake misbruik van recht, van de artt. 1108, 1109, 1134, 1382 en 1383 B.W. en van art. 7 van het decreet van 2-17 maart 1791 tot afschaffing van het gildewezen. Het middel wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat het arrest zegt dat de beslissing om niet te leveren aan een verdeler een rechtsmisbruik kan opleveren en gestraft kan worden als een handeling die strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken in de zin van artikel 54 van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken; dat het vervolgens de redenen van zijn beslissing aangeeft en erop wijst dat de weigering van eiseres ongetwijfeld onrechtmatig was en dat zij, nu zij in feite nieuwe concurrentie voor de gevestigde verdelers wilde vermijden, zonder dat zij hen alleenverkoop had gewaarborgd, een houding heeft aangenomen die strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken, dat zij in feite niet aantoonde dat zij te dezen objectieve criteria, zoals bijvoorbeeld de dienstverlening aan de klanten, heeft gehanteerd en dat zij verweerster heeft willen uitsluiten omdat haar vestiging concurrentie kon opleveren voor nabijgelegen verkooppunten;

«Overwegende dat het hof van beroep door die overwegingen noch het algemeen rechtsbeginsel miskent, noch de in dat onderdeel aangewezen wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: mevr. Liekendaal – Advocaat: mr. Simont – In de zaak: N.V. I. t/ F.)

BOEKEN

ANDRÉ ALEN, «**Scheiding**» of «**samenwerking**» der machten?, overdruk uit *Academiae Analecta*, Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, Klasse der Letteren, Jaargang 52, 1990, nr. 1, 73 pp.

Het is niet gebruikelijk in deze rubriek de aandacht te vestigen op overdrukken uit een periodieke publikatie.

Een uitzondering op de algemene regel is hic et nunc verantwoord. Allereerst omdat, het zij met de vereiste eerbied gezegd, de *Academiae Analecta* een nogal vertrouwelijk karakter hebben en slechts ingewijden bereiken. Vervolgens en vooral omdat de tekst van de lezing die André Alen op zaterdag 17 november 1990 heeft gegeven voor de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België verplichte literatuur zou moeten zijn, niet alleen voor alle juristen, maar ook voor een ieder met burgerzin.

Geschriften over het beginsel van de scheiding der machten zijn talrijk; onder de meest recente moeten in ieder geval, wat onze conteren betreft, J. Gijssels in *T.B.P.*, 1989, 567, en E. Krings in *R.W.*, 1989-90, 169, worden vermeld.

En toch, ondanks die veelheid van geschriften, slaagt André Alen erin, zijn reputatie van eminent constitutionalist waardig, een nieuw licht te werpen op de behandelde problematiek; dit is Alen op zijn best.

De tekst bestaat uit drie chronologisch gerangschikte delen: de scheiding der machten in het publiekrecht vóór, in en sinds de Belgische Grondwet van 1831.

Wat de eerste twee delen betreft, sluit de auteur in ruime mate aan bij het opmerkelijk proefschrift *Rechter en bestuur*, waarmee hij in 1984 de prijs van het Belgisch Instituut voor Bestuurswetenschappen heeft gewonnen (zie *R.W.*, 1985-86, 140-142).

In het derde deel gaat de auteur geen actueel probleem uit de weg.

Allereerst analyseert hij de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht.

Het is een gemeenplaats geworden te spreken van een verschuiving van de juridische voorrang van de wetgevende macht naar het feitelijk overwicht van de regeringsmacht. Wetten vormen immers nog slechts een miniem percentage – tussen 1976 en 1986 slechts 6,8% – van het geheel der normatieve teksten. Het verbroken evenwicht tussen Parlement en regering heeft o.m. tot gevolg dat het Parlement ertoe neigt de door de Grondwet aan de andere staatsmachten voorbehouden domeinen te betreden. Anderzijds is datzelfde Parlement medeplichtig aan de regularisatie van onregelmatige bestuurshandelingen door middel van de technieken van de wettelijke validatie en het bekrachtigingsbeding.

De parlementaire controle moet worden verbeterd, maar Alen acht de invoering van een «legislatuurparlement» en een «legislatuurregering» «niet noodzakelijk, noch opportuun» (p. 39). De (weder)invoering van de onverenigbaarheid tussen een parlementair en een ministerieel mandaat acht hij wel nuttig, «al mag dit naar onze mening niet worden overdreven».

Alen pleit wel voor een nauwere betrokkenheid van het Rekenhof bij de parlementaire begrotingscontrole.

Vervolgens wordt de verhouding tussen de rechterlijke en de uitvoerende macht behandeld.

Vrij uitvoerig wordt ingegaan op de toekenning aan de Raad van State van de bevoegdheid om bestuurshandelingen te schorsen, enerzijds, en om een dwangsom op te leggen, anderzijds. Terecht stelt Alen dat de wetgever in de regeling van de dwangsom «wel uiterst, ja zelfs té behoedzaam is geweest» (p. 49). Even terecht wijst hij erop dat de toetsing aan sommige algemene rechtsbeginselen vlug kan «ontaarden in beleidstoetsing» (p. 52) en roept hij op tot

«judicial restraint» en marginale toetsing, althans t.a.v. het redelijkheidsbeginsel.

Een andere beschouwing — eigenlijk is het een vaststelling — van Alen verdient een bijzondere vermelding: «Nog te dikwijls gebeurt het dat onze universiteiten ten onrechte academische titels afleveren aan personen, die daarna, met politieke voorspraak, in de magistratuur terechtkomen» (p. 54). Inmiddels poogt de wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op de opleiding en de werving van magistraten het tij te keren, althans wat de politisering van de benoemingen betreft.

Ten slotte bespreekt Alen de verhouding tussen de rechterlijke en de wetgevende macht: de rechterlijke toetsing van wetgeving aan het internationale verdragsrecht — door alle rechters — en aan de Grondwet — door het Arbitragehof; het ingrijpen van de wetgever in hangende rechtsgedingen; en vooral het parlementair onderzoekrecht.

Ook hier komt Alen tot een evenwichtige afweging: het parlementair onderzoeksrecht is geen absoluut en onbeperkt recht; het gerechtelijk onderzoek primeert op het parlementair onderzoek.

Alen besluit zijn meesterlijk betoog met de stelling dat de functionele scheiding der machten — de toewijzing van de onderscheiden staatsfuncties in hoofdzaak aan afzonderlijke organen; specialisatie van functies die neerkomt op een bevoegdheidsverdeling — een positiefrechtelijke betekenis heeft en als grondwettelijk beginsel ook door de wetgever moet worden geëerbiedigd.

«De 'scheiding der machten', is, wanneer ze niet wel begrepen wordt, (...) een mythe» (p. 70). Tot een juist begrip levert de voordracht van Alen, in haar vele facetten, in ieder geval een uitzonderlijk waardevolle bijdrage: «Aldus is de 'scheiding der machten' naast andere beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, een essentieel en onvervangbaar principe van een democratische Rechtsstaat» (p. 72).

Nog een enkele praktische wenk: de publikaties van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België kunnen besteld worden bij Uitgeverij Brepols, Baron Frans du Fourstraat, 8, 2300 Turnhout.

L.P. Suetens

H. COUSY en H. CLAASSENS, **Professionele aansprakelijkheid en verzekering**, Antwerpen, Maklu, 1991, 285 pp.

Op 17 en 18 mei 1990 vonden voor de zevende maal de Leuvense Verzekeringsdagen plaats. Ditmaal ging de aandacht uit naar de «professionele aansprakelijkheid en verzekering», meer bepaald op het vlak van de intellectuele dienstverlenende beroepen. De bijdragen tot deze studiedagen werden gebundeld in het hier besproken boek.

Als uitgangspunt werd gekozen voor de bescherming van de beroepsbeoefenaar zelf en dit niet ten onrechte zoals blijkt uit de ontwikkeling die zich op dit vlak heeft voorgedaan. Immers, terwijl de civielrechtelijke beroepsaansprakelijkheid van personen die in ondergeschikt dienstverband zijn tewerkgesteld, nagenoeg niet bestaande is geworden, is de aansprakelijkheid van de zelfstandige beroepsbeoefenaar alsmaar toegenomen. Deze ontwikkeling en de oorzaken hiervan worden door R.O. Dalq treffend weergegeven. Belangrijk in de verdere ontwikkeling is, aldus Dalq, dat het evenwicht wordt bewaard tussen de rechten van de consument en de plichten van de vrije beroepen.

Een eerste mogelijkheid hiertoe ligt in de beperking van de aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar. In dit raam behandelt E. Dirix de mogelijkheid tot exoneratie en het uitoefenen van het beroep in de vorm van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Hoewel exoneratiebepalingen in principe geoorloofd zijn (tenzij ze in strijd zijn met de openbare orde, uitdrukkelijk bij de wet verboden zijn of iedere betekenis aan de overeenkomst ontnemen), wordt de exoneratie van de professionele aansprakelijkheid bijzonder streng beoordeeld, zelfs nagenoeg uitgesloten. Voornamelijk met het oog op een betere verzekeraarbaarheid van deze vorm van aansprakelijkheid, wordt de vraag gesteld of die absolute stelling niet aan nuancering toe is. In het licht hiervan verdedigt Dirix de stelling dat beperkingen van de aansprakelijkheid geoorloofd zijn in de mate waarin geen afbreuk wordt gedaan aan de vertrouwensrelatie

met de cliënt of m.a.w. de vertrouwensrelatie als criterium voor de ongeoorloofde van exoneraties door beoefenaars van vrije beroepen. Deze stelling is echter niet geheel overtuigend. Is in vele gevallen deze vertrouwensrelatie geen fictie gelet op de toenemende verzakelijking van de relatie beroepsbeoefenaar/cliënt? Ik zie trouwens ook geen enkele reden waarom voor de vrije beroepsbeoefenaars een van het gemene recht afwijkend criterium gehanteerd moet worden. Het vereiste dat exoneratiebepalingen geen afbreuk mogen doen aan de essentie van de overeenkomst, is m.i. soepel genoeg om tegemoet te komen aan de noodzaak van een aansprakelijkheidsbeperking en biedt tevens toch de nodige waarborgen. Op basis hiervan kan bijvoorbeeld verdedigd worden dat een aansprakelijkheidsbeperking tot het maximaal *verzekerbare* — niet *verzekerde* — bedrag geldig is als blijkt dat dit voldoende is om de essentie niet aan de overeenkomst te ontnemen.

Een andere beschermingsmogelijkheid voor de vrije beroepen is het sluiten van een aansprakelijkheidsverzekering. Hét verschil met de voorgaande benadering is dat in geval van exoneratie de benadeelde onvergoed blijft, terwijl de aansprakelijkheidsverzekering naast de bescherming van de aansprakelijke ook de vergoeding van de benadeelde bewerkstelligt. Door C. Van Schoubroeck worden een aantal polissen onderzocht op hun inhoud en hun adequaatheid. Bij de bespreking werd reeds allusie gemaakt op het wetsontwerp op de landverzekeringsovereenkomst. Intussen is dit wetsontwerp wet geworden (wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, *B.S.*, 20 augustus 1992) zodat een aantal van de aangehaalde punten wel moeten worden herzien. Gedacht wordt o.a. aan de problematiek van de zware fout die voortaan wel verzekeraar is, ook al kan de verzekeraar zijn dekking uitsluiten voor welbepaalde uitdrukkelijk in de polis genoemde zware fouten (art. 8). Ook de sanctie van het verval van dekking is door de nieuwe wet sterk getemperd (art. 11). Positief is verder ook dat de nieuwe wet uitdrukkelijk voorziet in de dekking van het posterioriteitsrisico: de dekking is verworven zodra de schade werd veroorzaakt gedurende de duur van het contract ook al wordt de vordering pas later ingesteld (art. 78). Omdat het schadegeval meestal geen plotselinge gebeurtenis is, blijkt de vraag naar het juiste ogenblik waarop het schadegeval zich nu voordoet, in de praktijk echter wel uiteenlopend te worden beoordeeld (p. 59).

Gelet op de internationalisatie van het dienstenverkeer, belicht het tweede deel van het boek de problematiek in het perspectief van de interne markt. In dit kader kon natuurlijk niet voorbijgegaan worden aan het voorstel van EG-richtlijn betreffende de dienstenaansprakelijkheid. Th. Bourgoignie gaat uitvoerig in op de motieven die deze richtlijn rechtvaardigen. Daarna wordt een kort overzicht gegeven van de krachtlijnen van de regeling.

Aan J. Erauw viel de moeilijke taak te beurt om een aantal problemen van internationaal privaatrecht die n.a.v. transnationale dienstverlening kunnen rijzen, toe te lichten. Zo wordt aandacht besteed aan de vraag welke rechter bevoegd is en welke de toepasselijke wet is. Dat vooral deze laatste vraag niet altijd zo eenvoudig te beantwoorden is komt nogmaals duidelijk aan het licht bij de bespreking van art. 7 van de tweede E.G.-schadeverzekeringsrichtlijn. Zelfs de auteur raakt er niet meer wijs uit (p. 111)!

Ter afronding van dit thema wordt door J. Deprimoz een aantal verzekeringen van transnationale dienstverlening toegelicht.

In het derde deel zijn enkele referaten opgenomen met betrekking tot een aantal specifieke beroepen. R. Janvier nam de aansprakelijkheid van het overheidspersoneel voor haar rekening. Op een heldere en kritische wijze worden allereerst de basisbeginselen omtrent de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en de persoonlijke aansprakelijkheid van het overheidspersoneel, zowel tegenover derden als tegenover de bestuurlijke overheid zelf, in herinnering gebracht. Daarna wordt aandacht besteed aan enkele bijzondere categorieën van overheidspersoneel waaronder het onderwijzend personeel, de belastingontvangers, de plaatselijke en gewestelijke ontvangers en de griffiers. Met betrekking tot het onderwijzend personeel wordt o.a. gewezen op het onderscheid tussen de leerkrachten van het vrij gesubsidieerd onderwijs en die van het gemeenschapsonderwijs, vnl. dan wat betreft de toepassing van de aansprakelijkheidsbeperkende norm van artikel 18 W.A.O., waarop enkel de leerkrachten van het vrij onderwijs zich kunnen beroepen. Intussen is aan deze onrechtvaardigheid gedeeltelijk een einde gekomen nu ook de rechtspositie van de leerkrachten van het vrij onderwijs — althans toch wat de Vlaamse Gemeenschap betreft —

statutair geregeld is zodat ook op hen art. 18 W.A.O. niet meer van toepassing is (Vlaams decreet van 27 maart 1991, *B.S.*, 25 mei 1991). Tot slot wordt ingegaan op het verzekeringsaspect.

Door J. De Rijk wordt op een praktische wijze de aansprakelijkheid van de verzekeringsproducenten toegelicht.

De laatste bijdrage is van de hand van P. Van Ommeslaghe en handelt over de aansprakelijkheidsverzekering van bestuurders van een vennootschap. Uit zijn onderzoek blijkt dat zeer weinig verzekeringen door de bestuurders persoonlijk worden gesloten, doch wel door de vennootschap. Deze vaststelling doet de vraag rijzen naar de geldigheid van een alzo aangegane verzekering zowel in het licht van het verzekeringsrecht (problematiek van de verzekering voor rekening) als van het vennootschapsrecht (in welke mate is een dergelijke praktijk in overeenstemming met het doel van de vennootschap?). In welke mate de verzekeringspolissen een adequate bescherming bieden tegen de talrijke aansprakelijkheidsvorderingen waarmee bestuurders geconfronteerd kunnen worden, wordt onderzocht in het hoofdstuk met betrekking tot het verzekerde risico.

Tot slot van het boek wordt door H. Cousy een voortreffelijke en persoonlijke synthese gegeven van de behandelde problemen.

D. Freriks
U.I.A.

E.M. PEETERS, *Deregulering in de volkshuisvesting. De herziene Woningwet en de Huisvestingswet*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, 357 pp.

Dit boek is een enigszins geactualiseerde dissertatie, waarop de auteur, verbonden aan de vakgroep Staatsrechtelijke Vakken aan de Rijksuniversiteit te Leiden, in 1992 aan diezelfde universiteit promoveerde. Een drietal voorafgaande vaststellingen zijn wellicht nuttig voor de Belgische lezer van dit werk.

Allereerst moet worden gewezen op de sterk verschillende indeling en opbouw van de huisvestingsmarkt in beide landen. Doorslaggevend zijn bijvoorbeeld de hoge eigendomsquote in België (na Ierland de hoogste van Europa en iets boven de 60% schommellend) versus de hoge huurquote in Nederland, waar de sterkere promotie van het eigen woningbezit pas nu – en in het kader van de deregulering, waarover straks meer – echt doordringt. Zeer belangrijk is eveneens een uitgebreide publieke sector van huurwoningen van om en bij de 40%, in tegenstelling tot onze zeer beperkte sociale huurmarkt van grosso modo 5% van alle woningen. Ook is in Nederland de kwaliteit van de woningen minder zorgwekkend dan bij ons (hetgeen te verklaren is door de situatie na de tweede wereldoorlog), maar kan er meer dan bij ons schaarste in het aantal woningen worden vastgesteld. Men zegt daarom vaak dat in Nederland een «kwantitatieve» en in België een «kwalitatieve woning- of woonnood» heerst. Het kan niet anders dan dat deze feitelijke gegevens invloed hebben op (het type van) de regelgeving in het algemeen en het volkshuisvestingsrecht in het bijzonder.

In de tweede plaats moeten wij opmerken dat de term «volkshuisvesting» in ons land niet zo gebruikelijk is, tenzij in een aantal eerder historisch getinte studies. In tegenstelling tot hetgeen men zou verwachten wordt bij onze noorderburen het begrip «volkshuisvestingsrecht» zeer ruim ingevuld: het gaat om de regelgeving die betrekking heeft op de huisvestingssituatie van de burgers. Het omvat alle overheidsmaatregelen met betrekking tot de huisvesting, en dus ook de particuliere sector. Ook onze zogenaamde «private huurwetgeving» valt derhalve in de begripsbepaling.

Een derde vaststelling betreft de context en het kader van waaruit het boek is opgezet; zo belanden wij bij de bespreking van het boek zelf. De discussies over «deregulering» werden bij ons slechts op het theoretische niveau gevoerd (zie als zeldzame – rechtssociologische – behandeling het artikel van Huysse, L., «Deregulering als maatschappijhervorming. Een rechtssociologische problemstelling», *R.W.*, 1986-87, 2.673-2.691) of in de louter politieke en economische sfeer. In tegenstelling tot Nederland zijn er weinig of geen «sectoriële» juridische gevolgen merkbaar: het is met name niet zo dat talrijke regelcomplexen daarvan de tekenen vertonen ingevolge grondige wijziging of opheffing van regelgeving. Tenzij men bepaalde invloeden wat de structurering van bepaalde «openbare» instellingen daaraan vastknoopt. Bovendien bleef de roep om deregule-

ring *de facto* vaak beperkt tot een pleidooi voor «herregulering», een betere, doorzichtigere, beter gecoördineerde en kwaliteitsvolle regelgeving (vergelijk onder meer met de coördinatie van het milieu-recht).

In Nederland is het heel anders gelopen: deregulering is daar in de jaren tachtig een belangrijke maatschappelijke en juridische determinant gebleken in de maatschappelijke en beleidscontext. Ook in de volkshuisvesting werd reeds enkele jaren deregulering nagestreefd. Stappen daarbij waren onder meer het zogenaamde «Actieprogramma deregulering (woning)bouwregulering» en het «Tussen- en Eindbericht van de commissie-Geelhoed». De overtuiging dat de problemen van regelgeving worden veroorzaakt door de omvang en de complexiteit van de regelgeving overheerste: «vermindering en vereenvoudiging was dan ook het antwoord» (p. IX). En naast intenties volgden er ook daadwerkelijke ingrepen, hetgeen velen met verbijstering sloeg. De dereguleringsoperatie was dan ook in de tachtiger jaren een soort «obsessionele bril», van waaruit naar beleid, recht en regelgeving in het algemeen en naar de volkshuisvesting in het bijzonder werd gekeken (getuige daarvan onder meer: *De terugtred van regelgevers. Meer regels, minder sturing?*, Derksen, W., Drupsteen, T.G. en Witteveen, W.J. (red.), Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, onder meer met bijdragen over woonruimteverdeling en huursubsidies). Van doorslaggevend belang was de nota van de bevoegde staatssecretaris Heerma: «Nota Volkshuisvesting in de jaren negentig». Toch is de dereguleringsoperatie in de volkshuisvesting pas tot voltooiing gekomen door de herziene Woningwet (1991) en de nieuwe Huisvestingswet (1992).

Dat zijn dan ook de twee wetten waaraan dit boek een grondige bespreking wijdt. Deze wetten worden sterk ingebed in het algemeen kader van de deregulering: voor een begripsbepaling ervan leze men deel I; deel IV van zijn kant bevat een eindconclusie en koppelt daarbij terug naar de «regelverdichting door regelgeving»? Typisch is voorts dat het boek verschijnt in de serie «Recht, staat en sturing», waarvan de redactie is samengesteld uit medewerkers van het Instituut Recht en Beleid van de juridische faculteit van de Rijksuniversiteit te Leiden. De vraagstellingen rond aard, kwaliteit, omvang, effecten van regelgeving staan daarbij steeds centraal. Men zou deze benadering een «externe» benadering kunnen noemen, hetgeen als voordeel oplevert dat men wetwijzigingen in een maatschappelijke context situeert. Dat is terecht, daar (de randvoorwaarden van) deze wijzigingen deels extern-maatschappelijk zijn bepaald. De vraag is echter of daarbij – zowel vanuit het beleid, als vanuit de «wetenschapper» – voldoende aandacht overeind blijft voor intrinsieke processen in het huisvestingsrecht en -beleid. Aangezien de dereguleringsdiscussie in Nederland effectieve invloed heeft gehad op de bestudeerde regelgeving, is een evenwicht tussen beide ingrediënten aanvaardbaar.

Zoals gesteld past Peeters het dereguleringsperspectief toe op twee recente wetten. Het gaat enerzijds om de (herziene en reeds sinds het begin van de eeuw ontstane) woningwet: deze heeft vooral de bouwregulering als voorwerp. De herziening past in het streven naar vereenvoudiging en vermindering van regelgeving en naar decentralisatie in de volkshuisvesting. Men heeft dit willen realiseren door de centralisatie van de bouwvoorschriften van het gemeentelijke naar het rijksniveau, een beperking van de vrijstellingsbevoegdheden en van de aanvullende regelende bevoegdheid van de gemeente, de beperking van het bouwvergunningvereiste, de mogelijkheid tot beperking van het welstandstoezicht en de uitbreiding van de aanschrijvingsbevoegdheid. De huisvestingswet daarentegen heeft de woonruimteverdeling op het oog, dat wil zeggen de invloed van de overheid op de verdeling van de woonruimte, zeg maar de allocatie op de (huur)woningenmarkt; ook de mobilisatie van (een voldoende voorraad aan) woonruimte is daarbij van belang. De eerste woonruimtetwet dateert van 1947. Bij de herziening stonden voorop de bevordering van de decentralisatie, van de doorstroming, van een grotere betrokkenheid en inbreng van particuliere partijen, een betere afstemming tussen ruimtelijk beleid en woningverdeling, een vermindering van de verbrokkeling van verdelingsregelingen en – uiteraard – de bevordering van de deregulering.

Telkens wordt na een schets van de inhoud van de wet een aantal relevante vragen gesteld. Zij betreffen de volgende voor het uitgangsperspectief karakteristiek geachte aspecten; de vraag naar de lastenverlichting voor de particuliere sector enerzijds en voor de overheid anderzijds, de vraag of er lastenverzwaring plaatsvindt, de veranderingen in de regelgeving naar de vorm (intrekking, wijziging

en uitbreiding van regelgeving) en de samenhang tussen de inhoud en de vorm van de betreffende regels.

Als algemeen besluit komt de auteur dan toch tot de bevinding dat er een verdichting van rijksregels (is dit geen vorm van centralisatie van regelgeving) ingevolge de decentralisatie, ingevolge de algemene normen en bevoegdheden, ingevolge een vergroting van het aantal doelstellingen.

Ofschoon op talrijke vlakken vergelijkingen tussen België en Nederland moeilijk zijn, onder meer om de in de inleiding vermelde redenen, zou men in de «volkshuisvesting» in de ruime zin in ons land eerder een intensivering en verruiming van decretale regelingen en ingrepen op het reglementaire vlak dan van een deregulerende kunnen spreken. Dat was in zekere zin wel zo op het gebied van de private huurwetgeving in 1983, moment waarop de laatste reeks van tijdelijke huurwetten werd beëindigd. In de private huurwetgeving is er de woninghuurwet van 20 februari 1991, die dwingende bepalingen over de woning, die tot hoofdverblijfplaats dient, in het Burgerlijk Wetboek invoert. In de sector van de sociale huisvesting is er een noemenswaardige diversificatie in instrumenten en middelen (huur- en koopcompensatie, alternatieve financiering, inbreiding en woonnoodgebieden, nieuwe premierereglementeringen, enzovoort). De regionalisering van de aangelegenheid huisvesting ingevolge artikel 6, § 1, IV, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en de mogelijkheid om een eigen gewestelijk huisvestingsbeleid te voeren is zeker niet vreemd aan dit «regelgevend élan».

Het boek is logisch en consequent opgebouwd, en ondanks het geschetste perspectief vindt de huisvestingspecialist er eveneens veel informatie over de huidige regelingen in de volkshuisvesting. Toch blijft het globale optiek vaak een vrij formele en afstandelijke kijk op de volkshuisvesting. Weinig vraagstellingen en oplossingen nemen als uitgangspunt (de) intrinsieke aspecten van het huisvestings- en woonrecht; en deze zullen, ondanks de sterk verschillende situatie, ook in Nederland bestaan.

Bernard Hubeau
Universiteit Utrecht

MEDEDELINGEN

Seminarie «La promotion des intérêts des consommateurs au sein d'une économie de marchés»

De Commission Droit et Vie des Affaires van de Université de Liège organiseert op 21 en 22 januari 1993 een residentieel seminarie in het Novotel te Brugge, met als thema: «La promotion des intérêts des consommateurs au sein d'une économie de marchés, de nouveaux défis pour les entreprises».

Programma:

– Donderdag 21 januari 1993

9u15 Ontvangst

10u00 Le mouvement législatif Belge des années 1990-1991 en faveur des consommateurs door prof. L. Dabin (U.Lg.)

10u30 Revendications et droits des consommateurs: une perspective doctrinale? door prof. Th. Bourgoignie (U.C.L.)

11u45 Coûts financiers et implications juridiques de la protection door de heer J. Bastin (Assurance du Crédit)

15u30 Les contrats de consommation en droit commun door prof. J.L. Fagnart (U.L.B.)

17u00 Consumer law in the United States door de heer M. Godfrey (Fina, Dallas)

17u30 Les expériences françaises door prof. J. Calais-Auloy (Université de Montpellier)

18u00 La réglementation publique ou privée des prix au regard du droit communautaire des échanges et du droit national de la concurrence door mr. R. Sacré.

– Vrijdag 22 januari 1993

8u30 L'élargissement du concept de la concurrence déloyale door mr. B. Francq

9u15 Pratiques restrictives de la concurrence et avantages pour les

consommateurs door de heer J. Dubois (E.E.G.)

9u45 Concentration des entreprises, monopole des services publics et intérêt général door de heer P. Delsaux (U.Lg.)

11u00 Le devoir d'information et de conseil du vendeur et du donneur de crédit door mr. L. Van Bunnan

11u30 Clauses abusives, conditions générales de vente et de service, règlement général d'opérations bancaires et polices d'assurances door mr. A. De Caluwé

14u15 Méthodes alternatives de prévention et de règlement des conflits dans le pluralisme des ordres juridiques door de heer P. Martens, rechter in het Arbitragehof

16u00 L'extension des compétences judiciaires door prof. G. de Leval (U.Lg.)

17u30 Droit de la consommation ou droit du marché? door prof. Cl. Champaud (Université de Rennes)

Inlichtingen: Commission Droit et Vie des Affaires de la Faculté de Droit de Liège, Boulevard du Rectorat 7, 4000 Liège (tel. 041/56.27.45; fax: 041/56.29.83).

Francqui-leerstoel 1992-1993

De Franqui-leerstoel 1992-1993 werd dit jaar toegekend aan prof. dr. M. Franchimont van de Université de Liège.

Prof. dr. Franchimont zal een reeks lezingen houden aan de U.I.A. te Antwerpen, met als thema: «Les nouveaux défis en droit pénal et en procédure pénale».

De inaugurale les over «Le droit pénal dans la tourmente ou les tourments d'un pénaliste» vindt plaats op donderdag 18 februari 1993 te 17u00 in de Promotiezaal (Aulagebouw) van de U.I.A.

Het programma van de andere lezingen luidt:

- 25 februari 1993: Un nouveau code pénal? Les enjeux d'une réforme.

- 4 maart 1993: Les qualifications nouvelles: le droit pénal et l'éthique, le droit pénal et l'argent, le droit pénal et la vie privée.

- 11 maart 1993: Le code d'instruction criminelle: comment éviter le bicentenaire.

- 18 maart 1993: Une nouvelle légalité pour l'information: les pouvoirs de la police judiciaire.

- 25 maart 1993: Juge d'instruction ou juge de l'instruction? Procédure inquisitoire ou procédure accusatoire?

- 1 april 1993: Des voies de recours dans le cadre de l'information et de l'instruction?

- 22 april 1993: Les aspects nouveaux de la preuve pénale.

- 29 april 1993: Pour une nouvelle théorie des nullités et des droits de la défense.

- 6 mei 1993: Vous avez dit «politique criminelle»?

Inlichtingen: U.I.A., Secretariaat Departement Rechten, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk (tel. 03/820.29.38; fax: 03/820.29.40).

Koninklijke Vrederechtsbond V.Z.W. – Samenstelling van het Bureau

Voorzitter: mevr. Verrycken (Vrederecht Borgerhout); onderzitters: mr. Delsaut (Vrederecht Ath), mr. Detienne (Vrederecht Luik III), mr. Mast (Vrederecht Gent V), mr. Rommel (Vrederecht Sint-Gilles); schatbewaarder: mr. Decelle (Vrederecht Waver); secretaris: mr. Verryck (Vrederecht Brussel II); lid-hoofdredacteur tijdschrift: mr. Benoit (Vrederecht Brussel VIII).

Symposium: «Regulering van de vrije beroepen»

Metro (Maastrichts Europees Instituut voor Transnationaal Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Rijksuniversiteit Limburg), organiseert op 29 januari 1993 in de Collegezaal van de Nieuwenhof, Zwingelput 4 te Maastricht een symposium over de «Regulering van de vrije beroepen», alwaar door verschillende Vlaamse en Nederlandse sprekers zal worden ingegaan, zowel op de regulering van en door advocaten als op de regulering van en door geneesheren.

Inlichtingen: Metro, Postbus 616, 6200 MD Maastricht (tel. 043-883.060; fax: 034-259091).