

HET HOF VAN JUSTITIE EN DE GELIJKE BEHANDELING VAN MANNEN EN VROUWEN INZAKE WETTELIJKE EN CONVENTIONELE PENSIOENEN* (eerste deel)

I. INLEIDING

1. Inzake gelijkheid man/vrouw is het Europees gemeenschapsrecht de afgelopen jaren een stuwende kracht gebleken. De impulsen gingen daarbij niet alleen uit van Commissie en Raad via wetgevende en andere initiatieven maar ook, en wellicht vooral, van het Hof van Justitie (hierna: «het Hof»). Het Hof heeft het voortouw genomen met een steeds uitdeinende rechtspraak over de vigerende communautaire regels m.b.t. de tenuitvoerlegging van het beginsel van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen (hierna: «het beginsel van gelijke behandeling»). Deze bijdrage gaat nader in op de recente rechtspraak van het Hof inzake gelijke behandeling op het domein van de wettelijke en conventionele pensioenen.² Zoals bekend, gaat het vooral wat eerstgenoemde pensioenen betreft om een voor België actuele, en gevoelige, materie. Ook de rechtspraak van het Hof over pensioenregelingen met een conventioneel karakter komt uitgebreid aan bod: aanvullende bedrijfspensioenen (de zgn. «tweede pijler») maken in ons land immers een grote opgang,³ en het Hof heeft in een recente reeks arresten (de zgn. «post-Barber»-zaken) belangrijke verduidelijkingen verstrekt bij de impact van art. 119 EG en van het roemruchte arrest *Barber*⁴ op die pensioenregelingen. Aan het eind van deze bijdrage worden een aantal aspecten van rechtsbescherming aangestipt die recent in de rechtspraak aan de orde stonden.

2. Voorafgaand lijkt een korte schets van het regelgevend kader raadzaam. De voor pensioenen relevante gemeen-

schapsregels betreffende het beginsel van gelijke behandeling liggen verspreid over een aantal uiteenlopende rechtsinstrumenten. Voor particuliere pensioenen is de meest relevante bepaling art. 119 EG. Naar luid daarvan moeten de lidstaten de toepassing handhaven van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid. Op het belang van dit artikel voor particuliere pensioenen wordt verder ingegaan (*infra*, nrs. 21 e.v.); hier moge de opmerking volstaan dat het Hof aan deze bepaling een grote praktische betekenis heeft toegekend door in *Defrenne II* te oordelen dat zij niet slechts een dwingende werking heeft in betrekkingen tussen particulieren en de overheid (verticale directe werking), maar ook tussen particulieren onderling (horizontale directe werking).⁵

Met het oog op de nadere tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van wettelijke en conventionele sociale-zekerheidsstelsels heeft de Raad destijds twee richtlijnen aangenomen, nl.:

- richtlijn 79/7/EEG van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid.⁶ Deze richtlijn past het beginsel van gelijke behandeling toe op de wettelijke sociale-zekerheidsregelingen, waaronder prestaties uit hoofde van ouderdom,⁷ d.w.z. wettelijke pensioenen, al gelden op dit vlak een aantal verregaande uitzonderingen (*infra*, nrs. 3 e.v.). De termijn voor haar tenuitvoerlegging verstreek op 23 december 1984;⁸

- richtlijn 86/378/EEG van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid.⁹ Onder deze richtlijn vallen de bedrijfspensioenen, maar hier gelden niet minder belangrijke uitzonderingen (cf. *infra*, nr. 43). De lidstaten moesten uiterlijk op 30 juli 1989 hun wetgeving aan deze richtlijn aanpassen en in werking laten treden¹⁰ en de nodige

* Deze bijdrage is een ingekorte en geactualiseerde versie van een rapport opgesteld voor de te UIA in het voorjaar van 1995 georganiseerde cyclus «Actuele problemen sociale zekerheidsrecht»: WOUTERS, J., «Recente ontwikkelingen van het Europees gemeenschapsrecht inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van pensioenen», in *Actuele problemen van het sociale-zekerheidsrecht*, VAN STEENBERGE, J. en VAN REGENMORTEL, A. (red.), Brugge, die Keure, 1995, 167-223.

² Voor een meer omvattende bespreking van de recente rechtspraak inzake gelijke behandeling, zie ELLIS, E., «Recent case law of the Court of Justice on the equal treatment of women and men», *C.M.L. Rev.*, 1994, 43-75. Voor de rechtspraak tot 1 maart 1991, zie de uitstekende bijdrage van GILLIAMS, H., «Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van man en vrouw 1988-1990», *R.W.*, 1990-91, 1355-1370. Meer specifiek over gelijke behandeling op het gebied van de sociale zekerheid, zie COUSINS, M., «Equal treatment and social security», *Eur.L.Rev.*, 1994, 123-145.

³ Begin jaren '90 was 10% van de arbeiders en 60% van de bedienden in België aangesloten bij een aanvullend bedrijfspensioen, Huys, J. *Het pensioendebat. Is onze oude dag nog wel verzekerd?*, Antwerpen, Standaard, 1994, 36.

⁴ Arrest van 17 mei 1990, zaak C-262/88, *Jur.*, 1990, I-1889.

⁵ Arrest van 8 april 1976, zaak 43/75, *Defrenne II*, *Jur.*, 1976, 455, r.o. 39. Sederdien o.m. bevestigd in arrest van 27 juni 1990, zaak C-33/89, *Kowalska*, *Jur.*, 1990, I-2591, r.o. 12; arrest van 7 februari 1991, zaak C-184/89, *Nimz*, *Jur.*, 1991, I-297, (r.o. 17; en, recent, arresten van 28 september 1994 in zaak C-200/91, *Coloroil*, *Jur.*, 1994, I-4389, r.o. 26, zaak C-7/93, *Beune*, *Jur.*, 1994, I-4471, r.o. 52, en zaak C-28/93, *Van den Akker*, *Jur.*, 1994, I-4527, r.o. 21.

⁶ *Pb.*, 1979, L 6, 24.

⁷ Art. 3, lid 1, sub a, derde streepje.

⁸ Krachtens art. 8, lid 1, moest de richtlijn zijn uitgevoerd binnen zes jaar na de kennisgeving ervan aan de lidstaten.

⁹ *Pb.*, 1986, L 225, 40.

¹⁰ Art. 12, lid 1, legt een termijn op van drie jaar na kennisgeving van de richtlijn; deze kennisgeving vond plaats op 30 juli 1986.

maatregelen nemen opdat uiterlijk op 1 januari 1993 de door de richtlijn verboden discriminaties uit de bedrijfs- of sectoriële regelingen zouden zijn verwijderd.¹¹

Van 1987 ten slotte dateert een ontwerp-richtlijn tot voltooiing van de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling in wettelijke en ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid.¹² Dit voorstel beoogt met name een uitbreiding van het beginsel van gelijke behandeling tot prestaties (waaronder pensioenen) aan de overlevende echtgenoot en een gelijkschakeling van de pensioengerechtigde leeftijd. Het is echter al jaren geblokkeerd op het niveau van de Raad.¹³

II. (UITZONDERINGEN OP) GELIJKE BEHANDELING INZAKE WETTELIJKE PENSIOENEN

3. Krachtens art. 4, lid 1, van richtlijn 79/7 geldt voor wettelijke pensioenen in beginsel een – rechtstreeks werkend (*infra*, nr. 49) – verbod van directe en indirecte discriminaties op grond van geslacht. Art. 7, lid 1, van de richtlijn bevat evenwel verscheidene uitzonderingen op dit beginsel die het discriminatieverbod op dit domein veel van zijn effect ontnemen.

A. De exceptie betreffende de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd

4. De belangrijkste afwijking van het beginsel van gelijke behandeling is ongetwijfeld de pensioenleeftijdsexceptie vervat in art. 7, lid 1, sub a. Naar luid daarvan doet de richtlijn geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om van haar werkingssfeer uit te sluiten «de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor andere prestaties». Over deze uitzondering is de laatste jaren in de rechtspraak van het Hof heel wat te doen geweest. De spanningspolen waarmee de communautaire rechter te maken krijgt, liggen voor de hand: enerzijds moet, zoals het Hof herhaaldelijk oordeelde, de uitzondering strikt worden uitgelegd gelet op het fundamenteel belang van het beginsel van gelijke behandeling,¹⁴ dat

¹¹ Art. 8, lid 1. Zie echter de overgangsregeling vervat in art. 8, lid 2, waarover verder meer (*infra*, nrs. 43 en 50).

¹² *Pb.*, 1987, C 309, 10.

¹³ Het Economisch en Sociaal Comité bracht daarover advies uit op 24 februari 1988, *Pb.*, 1988, C 95, 4), het Parlement op 16 september 1988 (*Pb.*, 1988, C 262, 174).

¹⁴ Zie arresten van 26 februari 1986 in zaak 151/84, *Roberts, Jur.*, 1986, 703, r.o. 35, zaak 152/84, *Marshall I, Jur.*, 1986, 723, r.o. 36, en zaak 262/84, *Beets-Proper, Jur.*, 1986, 773, r.o., 38; meer recent bevestigd in het arrest van 30 maart 1993, zaak C-328/91, *Thomas e.a., Jur.*, 1993, I-1247, r.o. 8. In de aangehaalde overweging van de drie eerstgenoemde arresten bracht deze enige interpretatie het Hof ertoe te besluiten dat de uitzondering van art. 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7 slechts geldt «voor de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en voor de gevolgen die hieruit voortvloeien voor andere prestaties van sociale zekerheid» (eigen cursivering). Daaruit vloeide voort, dat het koppelen van *ontslag* aan de (voor mannen en vrouwen onderscheiden) pensioengerechtigde leeftijd, verboden is. Met die uitspraken perkte het Hof de betekenis van het eerder gewezen arrest *Burton* (arrest van 16 februari 1982, zaak 19/81, *Jur.*,

luidens *Defrenne III* tot de grondrechten behoort;¹⁵ anderszids spelen belangrijke andere motieven mee, zoals het geleidelijke karakter van de tenuitvoerlegging van het gelijke behandelingsprincipe,¹⁶ historisch aan vrouwen toegekende voordelen en het financieel evenwicht van het pensioenstelsel of de sociale zekerheid in het algemeen.

1° Betekenis voor nationale regels inzake de berekening van pensioenen

5. In het arrest *Equal Opportunities Commission* van 7 juli 1992¹⁷ verduidelijkte het Hof de betekenis en impact van de pensioenleeftijdsexceptie voor de berekening van rust- en ouderdomspensioenen. De aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen betroffen de verenigbaarheid met richtlijn 79/7 van een aantal bepalingen van de Britse Social Security Act 1975. Deze wet legt de pensioengerechtigde leeftijd voor mannen vast op 65 jaar, voor vrouwen op 60 jaar. Om voor een zelfde volledig basispensioen in aanmerking te komen, moeten mannelijke werknemers gedurende 44 beroepsjaren bijdragen betalen, vrouwen gedurende 39 beroepsjaren. Bovendien zijn mannen tussen 60 en 64 verplicht bijdragen te betalen, terwijl vrouwen in dezelfde situatie (d.w.z. zelfs als zij nog tot hun 65e blijven werken) zulks niet hoeven te doen. De Equal Opportunities Commission argumenteerde dat geen van beide discriminaties onder de pensioenleeftijdsexceptie viel.

Het Hof ging meteen af op de kernvraag, nl. of voornoemde exceptie enkel toestaat dat mannen en vrouwen ongelijk behandeld worden m.b.t. het *tijdstip* waarop zij recht krijgen op een pensioen, dan wel of zij zich ook uitstrekt tot andere wettelijke en financiële gevolgen die voortvloeien uit een verschillende pensioenleeftijd.¹⁸ Aangezien de tekst van de uitzondering niet uitdrukkelijk verwijst naar discriminatie inzake de *omvang* van de verplichting om tot een pensioen bij te dragen, vallen dergelijke vormen van discriminatie volgens het Hof enkel binnen de exceptie wanneer zij noodzakelijk zijn om de doelstellingen te bereiken die richtlijn 79/7 daarmee nastreeft.¹⁹ Dit doel nu, ofschoon nergens aangegeven in de richtlijn, is dat de communautaire wetgever de lidstaten heeft willen toestaan «tijdelijk aan vrouwen toegekende voordelen op pensioengebied te handhaven, teneinde hen in staat te stellen hun pensioenstelsels op dit punt geleidelijk

1982, 555, r.o. 14-16), dat op dit vlak heel wat omzichtiger was, in sterke mate in. Daarover meer bij VAN GERVEN, W., DEVROE, W. en WOUTERS, J., «Current Issues of Community Law concerning Equality of Treatment between Women and Men in Social Security», in *Equality of Treatment between Women and Men in Social Security*, McCrudden, C. (red.), Londen, Butterworths, 1994, (7), 15-17.

¹⁵ Arrest van 15 juni 1978, zaak 149/77, *Jur.*, 1978, 1365, r.o. 27.

¹⁶ Zulks blijkt uitdrukkelijk uit de titel en art. 1 van richtlijn 79/7, alsook uit de periodieke onderzoeksplicht die art. 7, lid 2, aan de lidstaten oplegt m.b.t. de in lid 1 van dat artikel genoemde uitzonderingen. Het Hof heeft zich bij de uitlegging van deze uitzonderingen expliciet gebaseerd op het geleidelijke karakter van de tenuitvoerlegging van het gelijke-behandelingsbeginsel: zie arrest van 7 juli 1992, zaak C-9/91, *Equal Opportunities Commission, Jur.*, 1992, I-4297, r.o. 14, en, veel minder overtuigend, arrest van 7 juli 1994, zaak C-420/92, *Bramhill, Jur.*, 1994, I-3191, r.o. 20.

¹⁷ Zie vorige voetnoot.

¹⁸ Arrest *Equal Opportunities Commission*, r.o. 12.

¹⁹ Arrest *Equal Opportunities Commission*, r.o. 13.

delijk aan te passen zonder het ingewikkelde financiële evenwicht van die stelsels – een aspect dat niet kon worden genegeerd – te verstoren».²⁰ Een van die voordelen, aldus het Hof, is de in art. 7, lid 1, sub a, van de richtlijn bedoelde mogelijkheid voor vrouwelijke werknemers om eerder in aanmerking te komen voor pensioen dan mannelijke werknemers. In een stelsel als het Britse, waarin het financiële evenwicht erop berust dat mannen langer bijdragen betalen dan vrouwen, kan een verschillende pensioengerechtigde leeftijd volgens het Hof slechts dan worden gehandhaafd zonder het bestaande financiële evenwicht aan te tasten, indien tevens de ongelijkheid ten aanzien van de tijdvakken van bijdragebetaling wordt gehandhaafd. Een uitlegging van art. 7, lid 1, die ertoe zou leiden dat enkel ongelijke behandeling zou zijn toegestaan inzake het tijdstip van aanvang van het pensioen, maar niet m.b.t. de tijdvakken van bijdragebetaling, zou leiden tot een verstoring van het financiële evenwicht van de pensioenstelsels.²¹ Hieruit besloot het Hof dat het tegen de doelstelling van art. 7, lid 1, van richtlijn 79/7 zou ingaan wanneer men deze afwijking niet van toepassing zou achten op ongelijke behandeling inzake tijdvakken van bijdragebetaling, aangezien deze noodzakelijkerwijs verband houden met het verschil in pensioengerechtigde leeftijd.²² De betrokken punten van de Britse wetgeving bleken dus verenigbaar met de richtlijn.

6. Uit *Equal Opportunities Commission* volgt dat het financiële evenwicht van het openbare pensioenstelsel in aanmerking komt bij de interpretatie van de draagwijdte van de pensioenleeftijdsexceptie van art. 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7.²³ Het arrest doet evenwel de vraag rijzen in hoeverre financiële overwegingen mogen meespelen bij de uitlegging van voornoemde afwijking. Terecht werd opgemerkt dat het verheffen van financieringskwesties tot een algemene rechtvaardigingsgrond voor discriminaties een verlamdend effect heeft op de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling in een domein als pensioenen, aangezien zowat elke ongelijke behandeling die verboden wordt geacht, het bestaande financiële evenwicht kan aantasten.²⁴ De uitspraak in *Equal Opportunities Commission* is dan ook op de korrel genomen wegens de eerder pragmatische wijze waarop het Hof de Britse pensioenwetgeving billijkte: nam het

niet wat al te vlug aan dat tussen verschillen inzake pensioengerechtigde leeftijd en inzake tijdvakken van bijdragebetaling een noodzakelijk verband bestaat?²⁵ Had het de (flexibel toegepaste) proportionaliteitstest niet wat duidelijker kunnen concipiëren?²⁶ O.i. kan men vooral zijn twijfels hebben over het «noodzakelijk» verband tussen het verschil in pensioenleeftijd en de regel dat vrouwen die tussen hun 60e en 65e blijven werken, niet hoeven bij te dragen terwijl hun mannelijke collega's zulks wel moeten doen.²⁷ Verder (*infra*, nr. 10) zullen wij echter zien dat het Hof de in *Equal Opportunities Commission* vervatte proportionaliteitstest verfiende in het meer recente arrest *Thomas*.

7. Een minder goede beurt maakte de Belgische wetgever in het arrest *Van Cant* van 1 juli 1993.²⁸ De achtergrond van de zaak is bekend. Bij wet van 20 juli 1990²⁹ werd het in België voor mannelijke werknemers³⁰ mogelijk om vanaf 60 jaar met pensioen te gaan. Inzake de berekening van het pensioenbedrag echter handhaafde deze wet het stelsel van K.B. nr. 50, waarbij per kalenderjaar een breuk van de lonen

²⁵ Niet zonder overtuigingskracht hadden de *Equal Opportunities Commission* en de Commissie betoogd dat, gelet op het door het Hof herhaaldelijk beklemtoonde fundamentele karakter van het beginsel van gelijke behandeling (zie de *supra* in noot 13 aangehaalde arresten), een striktere toepassing van het evenredigheidsbeginsel ten aanzien van de Britse wetgeving moest worden gemaakt. Zij argumenteerden dat het niet onmogelijk was mannen en vrouwen gedurende een zelfde aantal jaren een gelijke bijdrageverplichting op te leggen en de ongelijke behandeling uitsluitend te beperken tot het ogenblik waarop de pensioenuitkering een aanvang neemt. Zie in dezelfde zin ook de kritische annotatie bij het arrest van HERVEY, T.K., *C.M.L.Rev.*, 1993, (653), 659-661.

²⁶ COUSINS, M., o.c., *Eur.L.Rev.*, 1994, 140, merkt terecht op: «Concepts such as 'necessary' linkages and the application of the principle of proportionality have been ill-defined at a theoretical level and it has been much more a case of 'by their needs shall ye know them'».

²⁷ In die zin tevens de annotatie van KOKOTT, J.B., *American Journal of Comparative Law*, 1993, (444), 446, die opmerkt dat ook in Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Italië, Luxemburg en Portugal vrouwen langer kunnen blijven werken dan hun (ten opzichte van mannen lagere) pensioenleeftijd, maar dat zij dan verder sociale-zekerheidsbijdragen moeten blijven betalen. Een dergelijke verplichting tot verdere betaling van bijdragen zou, paradoxaal genoeg, zelfs in het voordeel zijn van het door het Hof in zijn arrest beklemtoonde financiële evenwicht van de pensioenstelsels.

²⁸ Arrest in zaak C-154/92, *Jur.*, 1993, I-3811. Voor een korte bespreking, zie BLANPAIN, R., «Gelijke behandeling: twee opmerkelijke arresten van het Hof van Justitie en het Arbitragehof», *T.S.R.*, 1993, (321), 323-327.

²⁹ Wet van 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.

³⁰ De wet wijzigde niets aan het sociaal statuut van de zelfstandigen, zodat de regel daar momenteel nog steeds is dat vrouwen op 60, en mannen pas op 65, de pensioengerechtigde leeftijd bereiken. Dat de berekening ook hier nog verschilt, lijkt in het licht van *Equal Opportunities Commission* geen probleem. Wel werd de mogelijke strijdigheid met richtlijn 79/7 opgeworpen van de in art. 3, § 1, lid 2, van K.B. nr. 72 opgenomen mogelijkheid voor zelfstandige mannen (maar niet voor zelfstandige vrouwen) om hun pensioen 5 jaar vroeger aan te vragen: VAN HOOGENBEMT, H., «Berekening van het wetmatig pensioen: het Europees Hof legt de lat gelijk», *Directeur*, 22 augustus 1993, (1), 2-3.

²⁰ Arrest *Equal Opportunities Commission*, r.o. 15.

²¹ Arrest *Aqual Opportunities Commission*, r.o. 16-17.

²² Arrest *Equal Opportunities Commission*, r.o. 19-20 en dispositief.

²³ Ook op andere gebieden van het gemeenschapsrecht erkent het Hof de noodzaak van het financieel evenwicht van sociale-zekerheidsstelsels: zie, inzake organismen belast met het beheer van een specifiek nationaal sociale-zekerheidsstelsel, arrest van 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, Poucet en Pistre, *Jur.*, 1993, I-637, r.o. 13; inzake het pensioenstelsel van de Europese Gemeenschappen zelf, arrest van 6 oktober 1983, gevoegde zaken 118-123/82, Celant, *Jur.*, 1983, 2995, r.o. 27. Financieel evenwicht speelt blijkens het arrest Steenhorst-Neerings (27 oktober 1993, zaak C-338/91, *Jur.*, 1993, I-5475, r.o. 23) ook een rol bij de beoordeling van de communautaire geldigheid van nationale verjaringstermijnen.

²⁴ ELLIS, E., o.c., *C.M.L.Rev.*, 1994, 73. DE VOS, D., «L'âge de la pension: le principe, l'exception et les finances», *Soc.Kron.*, 1993, (241), 246, stelt de vraag haarschap: «L'égalisation serait-elle a priori impossible dès lors qu'elle menace de déstabiliser les équilibres fondés sur des postulats désuets?»

wordt doorgevoerd met als noemer 45 jaar voor mannen en 40 voor vrouwen.³¹ Van Cant vocht voor de Arbeidsrechtbank te Antwerpen het besluit van de Rijksdienst voor Pensioenen aan betreffende de berekening van zijn rustpensioen, met het betoog dat hij volgens de voor vrouwen geldende methode een hoger pensioen diende te verkrijgen.

Het Hof heeft Van Cant in essentie gelijk gegeven. Het herinnerde aan zijn vaste rechtspraak dat art. 4, lid 1, van richtlijn 79/7 elke vorm van discriminatie op grond van geslacht verbiedt, en merkte op dat het Belgische stelsel van pensioenberekening discriminerend was. Het Hof ging niet eens in op de argumentatie van de Belgische regering, die gebaseerd was op de pensioenleeftijdsexceptie, het geleidelijk karakter van de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling, het precare financiële evenwicht van het pensioenstelsel voor werknemers en het arrest *Equal Opportunities Commission*. Het merkte kortweg op dat, «ingeval een nationale wettelijke regeling het verschil in pensioenleeftijd tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers heeft opgeheven – een feitelijke kwestie die ter beoordeling van de nationale rechter staat –, (...) art. 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7 niet meer (kan) worden ingeroepen ter rechtvaardiging van de handhaving van een verschil in de berekeningswijze van het rustpensioen, dat samenhang met dat verschil in pensioenleeftijd».³²

Erger nog voor de Belgische openbare pensioenkas, het Hof bevestigde zijn rechtspraak dat art. 4, lid 1, van de richtlijn sedert 23 december 1984 rechtstreekse werking heeft (cf. *infra*, nr. 49) en dat, zolang aan de richtlijn geen correcte uitvoering is gegeven, de benadeelde geslachtsgroep recht heeft op toepassing van dezelfde regeling als de bevoordeelde groep die in een gelijke situatie verkeert (het criterium van het «enig bruikbare referentiekader»)³³.

8. De uitspraak in *Van Cant* heeft in België heel wat stof doen oplaaien, niet het minst omdat de eraan verbonden factuur erg hoog kan oplopen voor de pensioenkas.³⁴ Uit het arrest volgt dat, zodra een nationale wetgever de pensioengerechtigde leeftijd gelijkschakelt,³⁵ hij niet langer de pen-

sioenleeftijdsexceptie kan invoeren op het stuk van de berekening van de pensioenen. Dat het Hof niet eens het financiële evenwicht van het Belgische pensioensysteem in overweging nam om de werking in de tijd van zijn arrest te beperken,³⁶ lijkt erop te wijzen dat het de betrokken regeling een duidelijke schending van richtlijn 79/7 achtte.

Kan België, na *Van Cant*, opnieuw een onderscheid in pensioengerechtigde leeftijd invoeren, bv. opnieuw 65 jaar voor mannen en 60 voor vrouwen, met een beroep op de pensioenleeftijdsexceptie? Het is een delicate vraag. Naar de letter (*supra*, nr. 4) verplicht art. 7, lid 1, sub a, België geenszins om de pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen op 60 te behouden.³⁷ Evenmin suggereert enige andere bepaling van richtlijn 79/7 een beperking op de discretionaire bevoegdheid van België om opnieuw een onderscheid in pensioenleeftijd in te voeren.³⁸ Men kan evenwel aanvoeren dat een herinvoeren van het leeftijdsverschil ingaat tegen de beklemtoning, in *Equal Opportunities Commission*, van het tijdelijke karakter dat toekomt aan de handhaving van aan vrouwen op pensioengebied toegekende voordelen, en van de progressieve aanpassing van nationale pensioenstelsels (ook op het financieel vlak) aan het beginsel van gelijke behandeling, m.a.w. in de richting van een gelijke pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen. Het meest verenigbaar met de opzet van richtlijn 79/7 lijkt daarom een gelijkschakeling voor mannen en vrouwen op een hogere leeftijd dan 60 jaar.³⁹ Hoe moeilijk zulks politiek ook ligt, het uit een dergelijke gelijkschakeling voortvloeiend verlies van voordelen voor vrouwen lijkt gemeenschapsrechtelijk geen probleem te stellen. Zulks blijkt uit het recente arrest *Roks*, waar het Hof expliciet bevestigde dat richtlijn 79/7 de bevoegdheid van de lidstaten inzake de vormgeving van hun sociaal beleid

van art. 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7 de leeftijd verstaat waarop men volledig recht heeft op pensioen (wat 65 bleef voor mannen en 60 voor vrouwen), de Belgische wetgeving de pensioengerechtigde leeftijd niet had gewijzigd. De Commissie had echter haar twijfels over deze uitlegging en meende dat het ging om een vraag naar nationaal recht.

³⁶ Zulks deed het Hof bv. wel, met verwijzing naar het financiële evenwicht van de pensioenregelingen, in het arrest *Barber*, *supra*, noot 3, r.o. 44. Daarvoor meer *infra*, nr. 28.

³⁷ De formulering in de aanhef van art. 7, lid 1, dat de richtlijn «geen afbreuk (doet) aan de bevoegdheid van de Lid-Staten om van haar werkingssfeer uit te sluiten» (eigen cursivering), en niet slechts «uitgesloten te houden», lijkt een argument te bieden voor de bevoegdheid van lidstaten om uitzonderingen te dezer zake opnieuw in te voeren. Zie ook ASSCHER-VONK, I.P. en VAN DEN HEUVEL, L.H., o.c., *Gelijke behandeling van vrouw en man in de sociale zekerheid*, 74.

³⁸ Krachtens art. 7, lid 2, moeten de lidstaten enkel periodiek de gebieden onderzoeken die krachtens lid 1 zijn uitgezonderd, «ten einde na te gaan of het, getel op de sociale ontwikkeling ter zake, gerechtvaardigd is deze uitzonderingen te handhaven». Luidens art. 8, lid 2, moeten de lidstaten de Commissie in kennis stellen (i) van alle bepalingen die zij op het door de richtlijn bestreden gebied aannemen, met inbegrip van op grond van art. 7, lid 2, getroffen maatregelen, en (ii) van de redenen die eventueel het behoud van bestaande bepalingen op de in art. 7, lid 1, bedoelde gebieden rechtvaardigen, «alsmede van de mogelijkheid van een latere herziening daarvan». Het is ons niet bekend of België de Commissie overeenkomstig art. 8, lid 2, in kennis heeft gesteld van de wet van 20 juli 1990.

³⁹ Een dergelijke gelijkschakeling zou ook het best te verenigen zijn met 's Hof's arrest van 17 februari 1993 betreffende het Belgische stelsel van aanvullende vergoedingen bij ontslag (*infra*, nr. 45).

³¹ De wet handhaafde nog andere discriminerende regelingen, met name het onderscheid 60-65 met het oog op de toekenning van andere sociale-zekerheidsuitkeringen, waaronder de aanvullende ontslagvergoeding die aan de orde was in het arrest *Commissie/België* van 17 februari 1993 (*infra*, nr. 45). Op de onverenigbaarheid van die situatie met richtlijn 79/7 werd terecht gewezen door GILLIAMS, H., o.c., R.W., 1990-91, 1369-1370, nr. 33.

³² Arrest Van Cant, r.o. 13.

³³ Over dit criterium en zijn ratio, zie *infra*, noot 145.

³⁴ Naar verluidt, zou berekening van rustpensioenen voor mannen op basis van 1/40 in plaats van 1/45 neerkomen op een verhoging van de pensioenen met ongeveer 10%: zie M.S., noot bij het arrest *Van Cant*, J.T.D.E., 1993, 16, met verwijzing naar *Gedr.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1175/7, 110.

³⁵ 's Hof's toevoeging in bovengenoemd citaat dat zulks een feitelijke kwestie is waarover de nationale rechter moet oordelen – o.i. is dit veeleer een juridische kwestie –, moet wellicht worden begrepen in het licht van de opmerkingen van de Rijksdienst voor Pensioenen en de Commissie in de zaak *Van Cant*. Eerstgenoemde betoogde dat de wet van 20 juli 1990 de pensioengerechtigde leeftijd niet had veranderd, maar slechts de mogelijkheid had gecreëerd voor mannen om op 60-jarige leeftijd met pensioen te gaan (met als gevolg een verminderd pensioen). Ook de Commissie merkte op dat, wanneer men onder «pensioengerechtigde leeftijd» in de zin

onverlet laat ⁴⁰ en dat «het gemeenschapsrecht zich niet ertegen verzet, dat een Lid-Staat ter beheersing van zijn sociale uitgaven maatregelen neemt als gevolg waarvan bepaalde categorieën van personen het recht op uitkeringen van sociale zekerheid wordt ontnomen, op voorwaarde dat daarbij het in artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 geformuleerde beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in acht wordt genomen (...)» ⁴¹

9. Anderzijds zou men kunnen betogen dat het Europees-rechtelijk thans, na de inwerkingtreding van het Unieverdrag, verdedigbaar is om een differentiatie van de pensioenleeftijd opnieuw in te voeren onder het motto van positieve discriminatie van vrouwen. ⁴² De uitspraak in *Van Cant* werd immers gewezen vóór de inwerkingtreding van dit verdrag. Art. 6, lid 3, nu van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek die de «sociale elf» lidstaten in het kader van het Unieverdrag sloten, ⁴³ biedt lidstaten de mogelijkheid om maatregelen te handhaven of aan te nemen «waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door vrouwen te vergemakkelijken of om nadelen in hun beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren» (het zgn. «Duitse protocol»). ⁴⁴ Vraag is evenwel welke draagwijdte aan deze bepaling toekomt. Als uitzondering op het gelijke-behandelingsprincipe valt immers te verwachten dat het Hof ze restrictief zal interpreteren. ⁴⁵ Bo-

⁴⁰ Arrest van 24 februari 1994, zaak C-343/92, *Jur.*, 1994, I-571, r.o. 28.

⁴¹ Arrest Roks, r.o. 29, met verwijzing naar de arresten van 11 juni 1987, zaak 30/85, Teuling, *Jur.*, 1987, 2497, r.o. 22, en 7 mei 1991, zaak C-229/89, Commissie/België, *Jur.*, 1991, I-2205, r.o. 24; beide arresten vermelden evenwel niet expliciet de, in de hier geciteerde overweging van Roks genoemde, voorwaarde van eerbiediging van het in art. 4, lid 1, neergelegde gelijke-behandelingsprincipe. I.v.m. de onderhavige problematiek kan ook verwezen worden naar de arresten *Smith* en *Van den Akker* (*infra*, nr. 34), waarin o.m. de vraag voorlag of een optrekking van de pensioenleeftijd voor vrouwelijke werknemers naar die van hun mannelijke collega's, teneinde in het kader van bedrijfspensioenen uitvoering te geven aan het arrest *Barber*, verenigbaar is met art. 119 EG.

⁴² Met het positieve-discriminatieargument poogde de toenmalige minister van pensioenen, F. WILLOCKX, de Belgische regeling nog te verdedigen na het arrest *Van Cant*; *Van Hooogenbemt*, H., o.c., *Director*, 22 augustus 1993, 2.

⁴³ Deze overeenkomst is gehecht aan het protocol nr. 14 «betreffende de sociale politiek» dat het Unieverdrag aan het EG-Verdrag toevoegt.

⁴⁴ De (juridisch onjuiste) benaming «Duits protocol» wordt gehanteerd omdat de clause er naar verluidt gekomen is op aandringen van Duitsland. Dit land zou de rechtspraak van zijn Bundesverfassungsgericht (arrest van 28 januari 1987, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 1987, 163) bevestigd hebben willen zien, krachtens welke het verschil in pensioengerechtigde leeftijd tussen mannen en vrouwen een vorm van voorkeursbehandeling is voor vrouwen ter compensatie van discriminaties op de arbeidsmarkt en de historische belasting van vrouwen als moeders en werkneemsters: *Prechal*, S., «Bommen ruimen in Maastricht: wijziging van art. 119 EEG», *N.J.B.*, 1992, (349), 351.

⁴⁵ Zie, naast de *supra*, noot 13, aangehaalde arresten, vooral de uitspraken van het Hof aangaande de in art. 2, leden 3 en 4, van richtlijn 76/207 vervatte uitzonderingen m.b.t., resp., de bescherming van de vrouw inzake zwangerschap en moederschap, en maatregelen die gelijke kansen voor mannen en vrouwen beogen: arrest van 15 mei 1986, zaak 222/84, *Johnston*, *Jur.*, 1986, 1651, r.o. 44 (art. 2, lid 3) en

vendien lijkt het op zijn minst onzeker dat de machtiging in art. 6, lid 3, tot het instellen van *specifieke* voordelen ook een algemene maatregel insluit, zoals het herinvoeren van een hogere pensioengerechtigde leeftijd voor mannen.

2° Betekenis voor andere sociale-zekerheidsprestaties

10. Zoals gezegd, kunnen de lidstaten krachtens art. 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7 ook discriminaties blijven hanteren inzake de gevolgen die uit de vaststelling van een naar geslacht verschillende pensioengerechtigde leeftijd kunnen voortvloeien voor *andere prestaties*. In het arrest *Thomas* van 30 maart 1993 ⁴⁶ heeft het Hof belangrijke aanwijzingen verstrekt over de draagwijdte van deze afwijking.

De zaak betrof twee Britse sociale uitkeringen met een niet-contributief karakter op het gebied van invaliditeitsverzekering, nl. een «severe disablement allowance» («SDA») en een «invalid care allowance» («ICA»). De SDA wordt uitgekeerd aan invalide personen die arbeidsongeschikt zijn, de ICA aan personen die zorgen voor een zwaar invalide persoon en niet tewerkgesteld zijn. Personen die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt – 60 jaar voor vrouwen, 65 voor mannen –, hebben geen recht meer op die uitkeringen. Aan een aantal vrouwen, waaronder *Thomas*, werd SDA resp. ICA geweigerd omdat zij invalide waren geworden resp. een aanvraag hadden ingediend na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd; mannen van dezelfde leeftijd zouden nog recht hebben gehad op deze prestaties. Het House of Lords vroeg het Hof of een dergelijke discriminatie binnen de uitzondering van art. 7, lid 1, sub a, valt.

Het Hof bracht meteen *Equal Opportunities Commission* in herinnering: om dezelfde redenen als in die uitspraak, moet er voor andere prestaties een noodzakelijk verband bestaan tussen de vaststelling van een naar geslacht verschillende pensioenleeftijd en de gevolgen die daaruit voor andere prestaties kunnen voortvloeien. ⁴⁷ «It follows that forms of discrimination provided for in benefit schemes other than old-age and retirement pension schemes can be justified, as being the consequence of determining a different retirement age according to sex, only if such discrimination is objectively necessary in order to avoid disrupting the complex financial equilibrium of the social security system or to ensure consistency between retirement pension schemes and other benefit schemes.» ⁴⁸

11. De regel is duidelijk: bij andere sociale-zekerheidsprestaties dan ouderdoms- en rustpensioenen kunnen discriminaties ten gevolge van een naar geslacht verschillende pensioengerechtigde leeftijd slechts worden gerechtvaardigd voor zover zij *objectief noodzakelijk* zijn om het financieel evenwicht van de sociale zekerheid te vrijwaren of de samenhang tussen rustpensioenen en andere sociale-zekerheidsprestaties te waarborgen.

Het Hof had daar halt kunnen houden en – zoals wel vaker gebeurt – de verdere toepassing van de noodzakelijkheids-test overlaten aan de nationale rechter. Het heeft echter be-

arrest van 25 oktober 1988, zaak 312/86, Commissie/Frankrijk, *Jur.*, 1988, 6315, r.o. 15 (art. 2, lid 4).

⁴⁶ *Supra*, noot 13.

⁴⁷ Arrest *Thomas*, r.o. 10-11.

⁴⁸ Arrest *Thomas*, r.o. 12.

wust verdere toelichtingen gegeven om de test in die zaak beter hanteerbaar te maken. Wat betreft het vereiste inzake het behoud van het *financieel evenwicht* tussen het pensioenstelsel en de andere prestaties, moet volgens het Hof rekening worden gehouden met de verschillen inzake financiële structureren van de sociale-zekerheidsprestaties in kwestie (*in casu* het feit dat niet-bijdragestelsels als SDA en ICA geen invloed hebben op bijdragestelsels als pensioenen). Bij het nagaan of de discriminatie noodzakelijk is ter vrijwaring van het financieel evenwicht van het sociale-zekerheidssysteem moet bovendien gelet worden op anti-cumulatieregels (d.w.z. regels die overlappingen tussen de bewuste prestaties en het pensioen voorkomen) en de omstandigheid dat de betrokken uitkeringen in de plaats komen van andere niet-bijdragestelsels.⁴⁹

Nog krachtiger was de wijze waarop het Hof de argumentatie van de Britse regering verwierp als zou de discriminatie nodig zijn geweest om de *samenhang* met de andere sociale-zekerheidsprestaties te vrijwaren: coherentie, aldus het Hof, had integendeel, gelet op de doelstellingen van SDA en ICA (een vervanging van inkomsten zo het betrokken risico zich voordoet), vereist dat de eisers in het hoofdgeding deze uitkeringen ontvingen.⁵⁰

12. Het arrest *Thomas* biedt een welkome verfijning van *Equal Opportunities Commission*. Toegegeven, het Hof erkent hier naast het financieel evenwicht (van het pensioenstelsel én van het gehele sociale-zekerheidssysteem) ook de samenhang van het sociale-zekerheidssysteem⁵¹ als rechtvaardigingsgrond voor met de pensioenleeftijd verbonden discriminaties. Met zijn precisering van de reeds in *Equal Opportunities Commission* vervatte proportionaliteitstest maakt het Hof evenwel duidelijk dat het hier geenszins om een «carte blanche» voor nationale regelgevers gaat. Anders dan de Britse en Duitse regering in deze zaak betoogden, is het derhalve niet voldoende dat de overheid een redelijk verband aantoonst tussen een naar geslacht verschillende pen-

sioengerechtigde leeftijd en discriminaties in andere sociale-zekerheidsuitkeringen, maar moet het gaan om een noodzakelijk en voldoende rechtstreeks verband. *Thomas* bevindt zich daarmee in het verlengde van wat het Hof in *Johnston* m.b.t. richtlijn 76/207 heeft geoordeeld, nl. dat «bij de vaststelling van de draagwijdte van een afwijking van een individueel recht, zoals het in de richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, het evenredigheidsbeginsel, een van de algemene rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan de communautaire rechtsorde, moet worden geëerbiedigd».⁵²

Financieel evenwicht en coherentie in de sociale zekerheid moeten derhalve worden afgewogen ten opzichte van de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling en mogen niet verder ingeroepen worden dan «passend en noodzakelijk ter verwezenlijking van het nagestreefde doel».⁵³ Deze precisering van het evenredigheidsbeginsel is een gelukkige zaak: zij voorkomt – wat naar aanleiding van *Equal Opportunities Commission* werd gevreesd (*supra*, nr. 6) – een te pas en te onpas inroepen van «financiële excuses» bij de tenuitvoerlegging van het gelijke-behandelingsbeginsel. Met advocaat-generaal Van Gerven kan men betogen dat, zo blijkt dat vastgestelde discriminaties «zonder al te zware reglementaire en financiële moeilijkheden zouden kunnen worden weggewerkt», de nationale rechter de balans in het voordeel van laatstgenoemd beginsel moet laten overhellen.⁵⁴

B. De exceptie betreffende voordelen of rechten toegekend wegens de opvoeding van kinderen

13. Krachtens art. 7, lid 1, sub b, van richtlijn 79/7 mogen de lidstaten van haar werkingssfeer de voordelen uitsluiten «die op het gebied van ouderdomsverzekering zijn toegekend aan hen die kinderen hebben opgevoed», alsook «het verkrijgen van rechten op prestaties na tijdvakken van onderbreking van het werk wegens de opvoeding van kinderen».⁵⁵ Deze uitzondering kwam aan bod in het arrest *Grau-Hupka* van 13 december 1994.⁵⁶ Het gaat om een erg specifieke zaak. Grau-Hupka, een Duitse muziklerares, ontving na een voltijdse loopbaan sinds 1991 een wettelijk ouderdomspensioen samen met een aanvullend pensioen, maar gaf nog steeds in deeltijd les. In tegenstelling tot voltijdwerk-

⁴⁹ Arrest *Thomas*, r.o. 14-15. Met de eerste opmerking alludeert het Hof op de anti-cumulatiebepaling die de Britse wetgeving bevat en krachtens welke het bedrag van een invaliditeitsuitkering vermindert wordt met het bedrag van het ouderdomspensioen; met de tweede opmerking op de omstandigheid dat naar Brits recht de SDA en ICA in de plaats komen van zgn. «income support», d.i. een meer algemeen niet-bijdragestelsel voor personen met onvoldoende inkomsten (dit stelsel stond aan de orde in het arrest van 16 juli 1992, gevoegde zaken C-63/91 en C-64/91, *Jackson en Cresswell, Jur.*, 1992, I-4734). Een uitvoeriger behandeling van deze punten vindt men in de conclusie van advocaat-generaal TESAURIO, *Jur.*, 1993, I-1263-1264, nr. 10.

⁵⁰ Arrest *Thomas*, r.o. 16.

⁵¹ Een parallel lijkt mogelijk tussen de rechtvaardigingsgrond inzake coherentie van het sociale-zekerheidssysteem en de door het Hof in de arresten van 28 januari 1992 (resp. in zaak C-204/90, *Bachmann, Jur.*, 1992, I-249 en in zaak C-300/90, *Commissie/België, Jur.*, 1992, I-305) erkende grond van de «samenhang van het belastingstelsel» als rechtvaardigingsgrond voor belemmeringen op het vrije personen- en dienstverkeer. In beide domeinen creëerde het Hof een rechtvaardigingsgrond voor (wat laatstgenoemde arresten betreft, minstens qua effect) discriminerende nationale regelen die een beperking inhouden van een door het gemeenschapsrecht toegekend fundamenteel recht (gelijke behandeling resp. vrij werknemers- en dienstenverkeer), maar in beide gevallen gaf het Hof ook een proportionaliteitstest op.

⁵² Arrest *Johnston, supra*, noot 44, r.o. 38.

⁵³ Aldus nog het arrest *Johnston*, r.o. 38.

⁵⁴ Conclusie in *Equal Opportunities Commission, Jur.*, 1992, I-4328, nr. 13. De advocaat-generaal gaf evenwel toe dat «aan het evenredigheidsbeginsel in een context als de onderhavige een geringere plaats toekomt dan gebruikelijk is», aangezien reeds een procedure van belangenafweging vervat is in de artt. 7, lid 2, en 8, lid 2, van richtlijn 79/7. Voor een kritiek daarop, zie HERVEY, T.K., o.c., *C.M. L.Rev.*, 1993, 661. De Britse regering heeft niet nagelaten zich op deze beperkte functie van het evenredigheidsbeginsel te beroepen in de zaak *Bramhill (infra*, nr. 18); zie conclusie advocaat-generaal LENZ, *Jur.*, 1994, I-3201, nr. 33.

⁵⁵ Het betreft aangelegenheden waarvoor ten tijde van de goedkeuring van richtlijn 79/7 de Deense en Franse wetgeving in een gelijkstelling van verzekeringstijdvakken voorzagen: zie ASSCHER-VONK, I.P. en VAN DEN HEUVEL, L.H., «Toegelaten onderscheid», in *Gelijke behandeling van vrouw en man in de sociale zekerheid*, Deventer, Kluwer, 1986, (66), 71.

⁵⁶ Arrest in zaak C-297/93, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

nemers werd zij voortaan niet meer per uur betaald, wat resulteerde in een lagere beloning. Haar klacht hiertegen werd afgewezen: gesteld werd dat zij niet onder de relevante CAO viel, aangezien het ontvangen van een pensioen moest worden gelijkgesteld met een hoofdbetrekking. Haar deeltijdbaan werd aangemerkt als nevenbetrekking, waarop de CAO niet toepasselijk is. Een van Grau-Hupka's klachten die leidden tot een prejudiciële vraagstelling, was dat bij de berekening van het Duitse overheidspensioen onvoldoende rekening was gehouden met de tijd die zij aan de opvoeding van haar kind had besteed.⁵⁷ Door de inkomstenderving die dit meebracht, was haar ouderdomspensioen verminderd en volgens haar resulteerde de gelijkstelling van dit verminderde pensioen met een hoofdbetrekking, in een door art. 119 EG verboden loondiscriminatie. Het Hof daarentegen oordeelde dat geen strijdigheid met het gemeenschapsrecht voorlag, zulks onder verwijzing naar de uitzondering van art. 7, lid 1, sub b, van richtlijn 79/7: «Daar het gemeenschapsrecht inzake gelijke behandeling op het gebied van sociale zekerheid de Lid-Staten niet ertoe verplicht, bij de berekening van het wettelijk ouderdomspensioen rekening te houden met de jaren die besteed zijn aan de opvoeding van kinderen, kan de omstandigheid dat aan iemand die een ouderdomspensioen ontvangt en daardoor bestaanszekerheid geniet, een lagere dan de normale beloning kan worden betaald, wanneer dat pensioen is verminderd als gevolg van inkomstenderving in verband met de opvoeding van kinderen, niet worden geacht in strijd te zijn met het in (art. 119 EG) neergelegde beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers».⁵⁸

Met deze uitspraak lijkt het Hof duidelijk te maken dat het niet bereid is om in het kader van richtlijn 79/7 aan de lidstaten toegestane uitzonderingen in te perken via een beroep op art. 119 EG. Men kan nochtans moeilijk ontkennen dat Grau-Hupka een punt had: haar totale financiële toestand was minder gunstig dan die van een mannelijke werknemer, die in principe niet de betrokken vermindering van zijn overheidspensioen ondergaat. Het zonder meer gelijkstellen van beide (ongelijke) ouderdomspensioenen met een hoofdbetrekking, met als gevolg een (wegens niet-toepasselijkheid van de CAO) lager loon, leidt *de facto* wel degelijk tot discriminatie voor vrouwen. Merkwaardig is overigens dat het Hof in het arrest *Roberts* (*infra*, nr. 47) wel liet uitschijnen dat een werkgever op grond van art. 119 EG verplicht is rekening te houden met ongelijke behandeling inzake overheidspensioenen, met name teneinde in het door hem aangeboden bedrijfspensioen (in casu, een brugpensioenregeling) geen nieuwe discriminatie tot stand te brengen.

C. De exceptie betreffende ouderdomsprestaties uit hoofde van de afgeleide rechten van de echtgenote

14. Art. 7, lid 1, sub c, van richtlijn 79/7 maakt het de lidstaten mogelijk van de werkingssfeer ervan uit te sluiten «het

verlenen van rechten op prestaties inzake ouderdom (...) uit hoofde van de afgeleide rechten van de echtgenote». Deze uitzondering kwam, zij het zijdelings, ter sprake in het arrest *Van Munster* van 5 oktober 1994.⁵⁹ De uitspraak wordt hier vooral behandeld omdat zij een voor gelijke-behandelingszaken onverwachte invalshoek van het communautaire recht toont.

Van Munster, een Nederlander, was zowel in Nederland als België in loondienst werkzaam geweest. Hij geniet een Nederlands en een Belgisch rustpensioen; zijn echtgenote heeft nooit arbeid in loondienst verricht. Op grond van de Nederlandse Algemene Ouderdomswet («AOW») verkreeg hij aanvankelijk een ouderdomspensioen van 100% (50% omdat hij gehuwd was, 50% omdat zijn echtgenote op het relevante tijdstip jonger was dan 65 jaar). Van Belgische zijde ontving hij een gezinspensioen, omdat zijn echtgenote geen rustpensioen ontving. Toen mevrouw Van Munster 65 werd, kreeg zij op grond van de AOW een eigen ouderdomspensioen uitgekeerd, gelijk aan 50% van het minimumloon;⁶⁰ terzelfder tijd werd van het pensioen van haar echtgenoot het extra pensioenbedrag afgenomen dat hem tot dan toe was toegekend. Terwijl de Nederlandse aanpassing van de pensioensituatie voor het gezin Van Munster dus geen inkomensstijging meebracht, leidde de toepassing van de Belgische wetgeving integendeel tot een aanzienlijke vermindering daarvan. Immers, toen de Rijksdienst voor Pensioenen vernam dat mevrouw Van Munster een eigen ouderdomspensioen ontving, zette hij het pensioen van haar echtgenoot om in een pensioen voor alleenstaande, wat resulteerde in een vermindering van zijn Belgisch pensioen met 15%.⁶¹

Van Munster stelde tegen dit besluit beroep in, wat resulteerde in een prejudiciële vraagstelling door het Arbeidshof

⁵⁹ Arrest in zaak C-165/91, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁶⁰ Deze regeling werd in 1985 door Nederland ingevoerd om uitvoering te geven aan richtlijn 79/7. Men dacht het beginsel van gelijke behandeling het meest correct te implementeren door de niet-actieve echtgenoot een zelfstandig pensioenrecht toe te kennen. Precies dit persoonlijk pensioenrecht leidde tot het onderhavige conflict met het Belgische stelsel dat, zoals de meeste andere stelsels in de EG, voorziet in een verhoging van het pensioen van de actieve echtgenoot teneinde rekening te houden met diens echtgenoot ten laste. Krachtens de Nederlandse wetgeving kon mevrouw Van Munster van haar pensioen geen afstand doen. In het kader van de Belgische regeling daarentegen kan de niet-werkende echtgenoot krachtens art. 10, § 4, van het in de volgende noot aangehaalde K.B. afstand doen van de uitkeringen die hij ontvangt, zodat de gepensioneerde werknemer-echtgenoot in aanmerking komt voor het gezinspensioen. Het gezinspensioen kan krachtens deze bepaling ook worden toegekend wanneer de echtgenoot van de uitkeringsgerechtigde uitkeringen ontvangt krachtens een buitenlandse wetgeving inzake sociale zekerheid, op voorwaarde echter dat deze uitkeringen worden afgetrokken van het Belgische gezinspensioen. Het Hof had reeds met deze kortsluiting van het Belgisch-Nederlandse pensioensysteem te maken gekregen in het arrest van 20 april 1988, zaak 151/87, Bakker, *Jur.*, 198, 2009.

⁶¹ Krachtens art. 10, § 1, K.B. nr. 50 van 24 oktober 1967, als gewijzigd bij art. 103, 1°, van de wet van 15 mei 1984, worden voor de berekening van het rustpensioen de lonen aangerekend ten belope van een gehewardeerd jaarbedrag naar rato van (i) 75% voor de werknemers wier echtgenoot elke beroepsarbeid heeft gestaakt en die geen rust- of overlevingspensioen of geen als zodanig geldend voordeel geniet (het zgn. «gezinspensioen»); (ii) 60% voor de andere werknemers (zgn. «pensioen voor alleenstaande»).

⁵⁷ Blijkens de verwijzingsbeschikking van het Arbeitsgericht Bremen houdt het Duitse recht thans rekening met de tijdvakken die aan de opvoeding van kinderen zijn besteed. De situatie van Grau-Hupka viel echter nog onder een overgangsregeling, waarbij zij slechts aanspraak kon maken op één jaar opvoedingstijd i.p.v. de vijf jaar die zij effectief aan de opvoeding van haar kind had besteed.

⁵⁸ Arrest Grau-Hupka, r.o. 28.

te Antwerpen.⁶² Vraag was met name of het met het vrij werknemersverkeer en richtlijn 79/7 verenigbaar is dat de Belgische pensioenregeling i.v.m. de situatie van de niet-werkende echtgenoot verschillende gevolgen verbindt naar gelang deze uitkering wordt verleend in de vorm van een verhoging van het pensioen van de actieve echtgenoot, of in de vorm van een eigen pensioen toegekend aan de niet-actieve echtgenoot.

15. Ofschoon het Hof erop wees dat art. 7, lid 1, van richtlijn 79/7 het beginsel van gelijke behandeling als norm stelt bij de berekening van sociale-zekerheidsuitkeringen, met inbegrip van verhogingen voor een echtgenoot,⁶³ moest het toegeven dat de lidstaten krachtens art. 4, lid 1, sub c, het verlenen van rechten op prestaties inzake ouderdom uit hoofde van de afgeleide rechten van de echtgenote mogen uitsluiten van de werkingsfeer van de richtlijn. Daaruit besloot het Hof dat het in richtlijn 79/7 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen zich er niet tegen verzet dat een lidstaat het gezinspensioen waarin zijn wetgeving voorziet ten behoeve van personen met een echtgenoot ten laste, niet toekent wanneer de echtgenoot van de betrokkene recht heeft op een eigen rustpensioen.⁶⁴ De Belgische wetgeving is derhalve niet in strijd met richtlijn 79/7.

16. Interessant aan *Van Munster* is evenwel dat het Hof, ofschoon het het niet waagde te besluiten dat een met art. 48 EG strijdige belemmering van het werknemersverkeer voorlag,⁶⁵ hier toch een zekere bindende werking aan de verdragsbepalingen inzake vrij werknemersverkeer heeft toegekend. Het Hof bleek onder de indruk van de kennelijke onbillijkheid waartoe de combinatie van de Nederlandse en de Belgische regeling aanleiding gaf, en oordeelde dat deze «onverwachte gevolgen teweegbrengt die moeilijk te verenigen zijn met het doel van de artikelen 48 tot en met 51 van het

Verdrag (...)».⁶⁶ Uit art. 5 EG (de communautaire loyau-teitsplicht) leidde het Hof een aantal verplichtingen af voor de nationale *sociale-zekerheidsautoriteiten* en de nationale rechter. Wat eerstgenoemde autoriteiten betreft, aan hen staat het om na te gaan, «of hun wettelijke regeling op de migrerend werknemer kan worden toegepast naar de letter, en op dezelfde wijze als op de werknemer die steeds in hetzelfde land is gebleven, zonder dat deze toepassing voor de migrerend werknemer het verlies van een sociale-zekerheidsvoordeel meebrengt en dus tot gevolg heeft, dat hij ervan wordt weerhouden zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen».⁶⁷ Aan de nationale *rechter* komt het, gelet op zijn plicht het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te leggen (verwijzing naar de arresten *Murphy*, *Marleasing* en *Faccini Dori*),⁶⁸ toe om, indien hij «met het oog op de toepassing van een bepaling van zijn nationaal recht een sociale-zekerheidsuitkering kwalificeert die onder de wettelijke regeling van een andere Lid-Staat is toegekend, zijn nationale wetgeving (uit te leggen) in het licht van de doelstellingen van de artikelen 48 tot en met 51 van het Verdrag en zoveel mogelijk (te) voorkomen, dat zijn uitlegging de migrerend werknemer ervan weerhoudt daadwerkelijk zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen.»⁶⁹

17. Met die algemene aanwijzingen moesten de Belgische sociale-zekerheidsautoriteiten en hoven en rechtbanken het stellen. Het formuleren daarvan is één zaak; het toepassen ervan op de – zeer precies verwoorde – Belgische wetgeving, een heel andere.⁷⁰ Zo geeft het Hof niet aan wat de nationale rechter te doen staat wanneer de nationale bepaling onduidelijk is en niet voor uitlegging vatbaar. Merkwaardig in dit verband is dat het Hof wel verwijst naar het arrest *Murphy* bij het opleggen van de verdragsconforme interpretatieplicht, maar geen melding maakt van de in (dezelfde overweging van) dat arrest gestipuleerde plicht voor de rechter op, zo geen conforme uitlegging en toepassing mogelijk is, «elke daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten».⁷¹ Wat hiervan ook de reden zij, o.i. kan men, gelet op het *Immenthal*-arrest,⁷² aannemen dat de nationale rechter

⁶² Het verwijzingsarrest dateert van 19 juni 1991, het arrest van het Hof van 5 oktober 1994, meer dan drie jaar en drie maanden later dus. Deze ongewoon lange termijn is deels te wijten aan 's Hof's beslissing, begin 1994 (meer dan een jaar na de eerste conclusie van advocaat-generaal Darmon van 14 januari 1993), om de zaak van de vijfde kamer naar het voltallige Hof te verwijzen en de mondelinge procedure te heropenen (meestal een aanduiding dat het Hof op principiële vragen is gestoten).

⁶³ Zie art. 4, lid 1, derde streepje.

⁶⁴ Arrest Van Munster, r.o. 17.

⁶⁵ In r.o. 19 van het arrest overweegt het Hof dat, aangezien de Belgische regeling zonder onderscheid toepasselijk is op eigen onderdanen en die van andere lidstaten, zij «op zich (...) niet te beschouwen (is) als een belemmering van het vrij verkeer van werknemers». Die voorzichtige houding is kennelijk geïnspireerd op de tweede conclusie van advocaat-generaal DARMON van 28 juni 1994, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, nrs. 18-20. Deze voerde aan dat de ruime formulering van de arresten *Masgio* (arrest van 7 maart 1991, zaak C-10/90, *Jur.*, 1991, I-1119, r.o. 18-19) en *Kraus* (arrest van 31 maart 1993, zaak C-19/92, *Jur.*, 1993, I-1663, r.o. 32), waarbij ook niet-discriminerende belemmeringen op het vrije verkeer verboden worden geacht, er niet toe mocht leiden dat men «via de omweg van art. 48 tot een harmonisatie (zou) komen waarin art. 52 niet voorziet». Zie evenwel r.o. 27 van het arrest *Van Munster*, waar het Hof uitdrukkelijk verwijst naar r.o. 22 van het arrest van 4 oktober 1991, zaak C-348/87, *Paraschi*, *Jur.*, 1991, I-4501, welke hetzelfde zegt als de door de advocaat-generaal geciteerde (en vervolgens uit de weg gegane) passage uit *Masgio*. Ook r.o. 33 van *Van Munster* wekt de indruk dat het Hof in wezen toch van mening was dat de Belgische wetgeving het vrije verkeer kon belemmeren.

⁶⁶ Arrest Van Munster, r.o. 30.

⁶⁷ Arrest Van Munster, r.o. 33.

⁶⁸ Arrest Van Munster, r.o. 34. Zie resp., arrest van 4 februari 1988, zaak 157/86, *Murphy*, *Jur.*, 1988, 673, r.o. 11 (een uitspraak die over de uitlegging van art. 119 EG ging); arresten *Marleasing*, *infra*, noot 213, en *Faccini Dori*, *infra*, noot 212. Beide laatstgenoemde arresten betreffen niet verdragsconforme, maar richtlijnconforme interpretatie.

⁶⁹ Arrest Van Munster, r.o. 35 en punt 2 van het dictum.

⁷⁰ Zo rijst de vraag of men art. 10, § 1, K.B. nr. 50 (*supra*, noot 60) in die zin kan uitleggen dat het zelfstandig pensioen dat de niet-actieve echtgenoot in het kader van de AOW ontvangt, geen «rust- of overlevingspensioen of geen als zodanig geldend voordeel» in de zin van deze bepaling uitmaakt. Met veel goede wil zou men deze bepaling aldus kunnen interpreteren dat daarmee enkel de hypothese wordt bedoeld van het genot van een *werkelijk zelfstandig* pensioen door de niet-actieve echtgenoot, dat niet van het ouderdomspensioen van de actieve echtgenoot afgaat.

⁷¹ Vgl. bv. arrest Coloroll, *supra*, noot 4, r.o. 29, dat beide elementen van de in *Murphy* gepreciseerde rechtsbeschermingsplicht uitdrukkelijk aanhaalt.

⁷² Arrest van 9 maart 1978, zaak 106/77, *Jur.*, 1978, 629, r.o. 21, waar het Hof stipuleerde dat «elke in het kader zijner bevoegdheid aangezochte nationale rechter verplicht is het gemeenschapsrecht

daar toch toe gehouden is zo blijkt dat een onverkorte toepassing van de betrokken nationale regel manifest ingaat tegen de verdragsdoelstellingen van het vrij werknemersverkeer. In elk geval gaat de plicht tot verdragsconforme interpretatie niet zover dat de rechter *contra legem* moet uitlegen.⁷³

D. De exceptie betreffende verhogingen van ouderdomsuitkeringen voor de ten laste komende echtgenoot

18. In het arrest *Bramhill* van 7 juli 1994⁷⁴ kreeg het Hof voor het eerst te maken met de uitzondering van art. 7, lid 1, sub d, van richtlijn 79/7. Krachtens die bepaling kunnen de lidstaten «de toekenning van verhogingen van prestaties op lange termijn inzake (o.m.) ouderdom (...) voor de ten laste komende echtgenote» (men lette op de formulering: niet «echtgenoot») van de werkingssfeer van de richtlijn uitsluiten.⁷⁵ Nadat zij 60 jaar was geworden, stopte mevrouw Bramhill met werken en werd haar een ouderdomspensioen toegekend. Zij had ook verzocht om een verhoging voor haar ten laste komende echtgenoot. Krachtens de Britse Social Security Act 1975, als gewijzigd in 1984, geldt als voorwaarde voor een dergelijke verhoging dat het ouderdomspensioen van de vrouw is ingegaan onmiddellijk na afloop van de periode waarvoor zij, uit hoofde van een echtgenoot ten laste, recht had op verhoging van een uitkering wegens werkloosheid, ziekte of invaliditeit. Deze voorwaarde geldt niet voor mannen; vóór de wetswijziging van 1984 hadden zelfs alleen maar mannen recht op voornoemde verhoging. Aangezien mevrouw Bramhill niet aan de vermelde voorwaarde voldeed, werd haar verzoek afgewezen. Zij ging hiertegen in beroep en kwam uiteindelijk bij de Social Security Commissioner terecht, die het Hof ondervroeg naar de verenigbaarheid van de Britse wetgeving met art. 7, lid 1, sub d, richtlijn 79/7.

integraal toe te passen en de door dit recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen, daarbij buiten toepassing latend elke eventueel strijdige bepaling van de nationale wet, ongeacht of deze van vroegere of latere datum is dan de gemeenschapsregel».

⁷³ Zie, inzake richtlijnconforme interpretatie, de conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN in *Barber, Jur.*, 1990, nr. 50, p. I-1937. Zie in die zin ook DOCKSEY, C. en FITZPATRICK, B., «The Duty of National Courts to interpret Provisions of National Law in Accordance with Community Law», *Industrial Law Journal*, 1991, (113), 119. De redenen daarvoor gelden o.i. onverminderd voor verdragsconforme interpretatie, nl. dat het gemeenschapsrecht de nationale rechters enkel kan verplichten om te doen wat «binnen het kader van hun bevoegdheden» ligt (cf. de formulering van het arrest van 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann, *Jur.*, 1984, 1891, r.o. 26) en dus slechts om het nationale recht «zoveel mogelijk» (cf. arrest *Marleasing*, *infra*, noot 213, r.o. 8) uit te leggen in het licht van de communautaire doelstellingen, in casu die van het vrij werknemersverkeer.

⁷⁴ Arrest in zaak C-420/92, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

⁷⁵ Naar verluidt is deze uitzondering er gekomen omdat in Ierland, Italië en het Verenigd Koninkrijk ten tijde van de goedkeuring van richtlijn 79/7 alleen aan de man toeslagen werden verleend ten behoeve van zijn vrouw: ASSCHER-VONK, I.P. en VAN DEN HEUVEL, L.H., o.c., in *Gelijke behandeling van vrouw en man in de sociale zekerheid*, 71. Vóór de wetswijziging van de Britse wetgeving bij de Health and Social Security Act 1984, was verhoging van het recht op ouderdomspensioen in laatstgenoemd land inderdaad slechts mogelijk voor de «ten laste komende echtgenote»: zie arrest *Bramhill*, r.o. 19.

19. Het antwoord van het Hof is nogal teleurstellend. Bramhill had er – o.i. terecht – op gewezen dat de afwijking van art. 7, lid 1, sub d, enkel slaat op de toekenning van verhogingen van prestaties voor de ten laste komende *echtgenote*, en dat art. 4, lid 1, derde streepje, van richtlijn 79/7 de opheffing gebiedt van iedere vorm van geslachtsdiscriminatie m.b.t. de berekening van «verhogingen verschuldigd uit hoofde van de *echtgenoot*» (eigen cursivering). Het Hof daarentegen verschoot zich achter het geleidelijk karakter van de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling in richtlijn 79/7. Het oordeelde dat een uitlegging van de richtlijn zoals door Bramhill verdedigd, «onverenigbaar (zou) zijn met dit doel en de uitvoering van genoemd beginsel in gevaar dreigen te brengen, daar zij ertoe zou leiden, dat een Lid-Staat zich met betrekking tot prestaties die hij krachtens artikel 7, lid 1, aanhef en sub d, van de werkingssfeer van de richtlijn heeft uitgesloten, niet meer op deze afwijkingbepaling kan baseren ingeval hij een maatregel zou nemen die, zoals de maatregel in geding, tot gevolg heeft, dat de draagwijdte van een ongelijke behandeling op grond van geslacht wordt verkleind». ⁷⁶ Aan voornoemd verschil in redactie tussen de artt. 4 en 7 van de richtlijn stoorde het Hof zich helemaal niet. Daartoe wellicht geïnspireerd door *Equal Opportunities Commission*, had de Social Security Commissioner tevens gepolst naar het belang van het proportionaliteitsbeginsel voor de problematiek in kwestie. Ook hier was het antwoord echter (al te) kort: dit beginsel «kan geen toepassing vinden in een geval als het onderhavige, waarin (...) het in geding gebrachte verschil in behandeling ingevolge de afwijkingbepaling van artikel 7, lid 1, aanhef en sub d, van de richtlijn is toegestaan». ⁷⁷

20. Het merkwaardige aan *Bramhill* is dat het Hof, tegen de letter van de richtlijn in, de uitzondering van art. 7, lid 1, sub d, uitbreidt tot verhogingen ten gunste van een ten laste komende mannelijke echtgenoot. Zoals vaker, kan men de houding van het Hof maar begrijpen in het licht van de conclusie van de advocaat-generaal. Deze toonde begrip voor de stelling van het Verenigd Koninkrijk dat de uitbreiding in 1984 van het recht op verhogingen tot bepaalde categorieën vrouwen was ingegeven door billijkheidsredenen. ⁷⁸ Hij zag in die partiële uitbreiding een stap op weg naar gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toekenning van het recht op verhogingen, die de werkingssfeer van de uitzondering niet te buiten ging. De stelling van Bramhill zou volgens hem de geleidelijke opnemings van vrouwen in de kring van gerechtigden verhinderen en derhalve in strijd komen met het in de richtlijn vervatte doel van geleidelijke gelijkstel-

⁷⁶ Arrest *Bramhill*, r.o. 21.

⁷⁷ Arrest *Bramhill*, r.o. 23.

⁷⁸ Zie conclusie advocaat-generaal LENZ, *supra* noot 53, nr. 16. Ter uitvoering van art. 4, lid 1, derde streepje, van richtlijn 79/7 kende de Britse wetgever in 1984 aan onderhoudsplichtige vrouwen verhogingen toe op hun uitkeringen wegens ziekte, invaliditeit en werkloosheid. Bij pensionering leden deze vrouwen echter een aanzienlijk inkomensverlies, aangezien de wetgever op grond van art. 7, lid 1, sub d, alleen aan onderhoudsplichtige mannen verhogingen op hun ouderdomsprestaties toekende ten gunste van hun ten laste komende echtgenote. Om vrouwen die bij pensionering reeds van sociale uitkeringen afhankelijk waren een dergelijk inkomensverlies te besparen, riep de Britse wetgever een recht op verhogingen van het ouderdomspensioen in het leven. Zie ook arrest *Bramhill*, r.o. 7.

ling.⁷⁹ O.i. is die redenering aanvechtbaar. Zoals gezegd, biedt art. 7, lid 1, sub d, de lidstaten enkel de mogelijkheid om de toekenning van verhogingen van uitkeringen voor de ten laste komende *echtgenote* uit te sluiten. Hier ging het daarentegen om een verhoging van uitkeringen wegens een ten laste komende *echtgenoot*, een situatie waarvoor richtlijn 79/7 niet in een uitzondering voorziet. Waar is de strikte interpretatie van uitzonderingen op het gelijke-behandelingsprincipe gebleven?⁸⁰ Storend aan de conclusie is vooral dat de advocaat-generaal geen enkele ruimte zag voor een toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij de uitlegging van art. 7, lid 1, sub d. Volgens hem komt dit beginsel bij art. 7, lid 1, sub a, maar kijken omdat deze bepaling «een onzeker rechtsbegrip» bevat (nl. de uitdrukking «de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor andere prestaties»), wat met sub d niet het geval is.⁸¹ Die stellingname lijkt meer dan betwistbaar: niet alleen omdat het Hof in *Thomas* de evenredigheidstest toepaste die het ontwikkeld had in *Equal Opportunities Commission* – een zaak die geen betrekking had op het zgn. vage begrip «andere prestaties» –, maar vooral omdat uitsluiting van het evenredigheidsbeginsel bij de uitlegging van een uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling ingaat tegen de (*supra*, nr. 12) aangehaalde, voor de handhaving van het gelijke-behandelingsprincipe fundamentele overweging van het arrest *Johnston*. O.i. spelen bij de uitlegging van de overige in art. 7, lid 1, vervatte uitzonderingen precies dezelfde motieven mee als die welke het Hof er in *Equal Opportunities Commission* en (meer uitgesproken) in *Thomas* toe brachten een proportionaliteitstest te hanteren, nl. afweging van het communautaire beginsel van gelijke behandeling ten opzichte van de noodzaak voor de lidstaten om, in het vooruitzicht van een volkomen gelijkmaking op termijn, het financieel evenwicht en de samenhang van hun sociale-zekerheidssysteem te vrijwaren.

III. GELIJKE BEHANDELING INZAKE CONVENTIONELE PENSIOENREGELINGEN

A. De toepasselijkheid van art. 119 EG op conventionele pensioenen: van Defrenne I tot Beune

21. De rechtspraak van het Hof inzake de toepasselijkheid van art. 119 EG op pensioenen van het conventionele type heeft een hele evolutie doorgemaakt. In *Defrenne I* oordeelde het Hof dat het begrip «beloning» in de zin van dit artikelgeensociale-zekerheidsuitkeringen, *incasu* ouderdomspensioenen, omvat, aangezien (i) deze uitkeringen «zonder enig overleg binnen de betrokken onderneming of bedrijfstak rechtstreeks bij de wet worden vastgesteld en verplicht van toepassing zijn op algemene categorieën werknemers» en (ii) deze wettelijke regeling wordt gefinancierd door werknemers, werkgevers en eventueel door de overheid, waarbij de bijdragen «niet zozeer worden bepaald door de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer, als wel door overwegingen van sociaal beleid».⁸² Met deze herhaal-

delijk bevestigde⁸³ stelregel maakte het Hof weliswaar duidelijk dat de wettelijke pensioenen buiten het bereik van art. 119 EG vallen, maar sloot het geenszins de toepasselijkheid van dit artikel op conventionele pensioenregelingen uit.⁸⁴ Onzeker was evenwel of op grond van *Defrenne I* a contrario mocht worden geredeneerd.

22. Het Hof heeft enige tijd geschipperd op dit punt, met name inzake Britse «contracted-out»-regelingen.⁸⁵ Minder ambigu was de rechtspraak inzake *aanvullende* bedrijfspensioenregelingen. In het arrest *Bilka* van 13 mei 1986⁸⁶ maakte het Hof zonder aarzeling een *a contrario*-toepassing van de bovengenoemde criteria van *Defrenne I*. Het ging om een door een Duits warenhuisconcern aan haar werknemers aangeboden aanvullend bedrijfspensioen, waarvoor deeltijdwerknemers slechts in aanmerking kwamen na minstens 20 jaar dienst, waarvan 15 jaar voltijds. Op grond van de contractuele oorsprong van de betrokken pensioenregeling (een collectief akkoord) en de uitsluitende financiering ervan door de werkgever besloot het Hof dat «de uitkeringen aan de werknemers op grond van de omstrede regeling als een door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaald voordeel in de zin van artikel 119, tweede alinea, zijn aan te merken».⁸⁷ Sterker nog, het Hof maakte in *Bilka* toepassing van zijn rechtspraak inzake indirecte discriminaties. Het overwoog dat, zo blijkt dat een aanzienlijk kleiner percentage vrouwen dan mannen voltijds werken, de uitsluiting van deeltijdwerknemers van het bedrijfspensioen een schending van art. 119 uitmaakt, tenzij de werkgever kon aantonen dat zijn loonpraktijk gerechtvaardigd wordt door «factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht».⁸⁸ De beoordeling van deze objectieve redenen en van de proportionaliteit ervan, liet het Hof over aan de nationale rechter.⁸⁹

⁸³ Zie met name de arresten van 13 mei 1986, zaak 170/84, *Bilka, Jur.*, 1986, 1607, r.o. 17-18; 17 februari 1993, zaak C-173/91, *Commissie/België, Jur.*, 1993, I-673, r.o. 14; 6 oktober 1993, zaak C-109/91, *Ten Oever, Jur.*, 1993, I-4879, r.o. 9; en het arrest *Beune, supra*, noot 4, r.o. 24.

⁸⁴ In zijn conclusie in die zaak wijdde advocaat-generaal DUTHEILLET DE LAMOTHE boeiende beschouwingen aan dit vraagstuk, om tot het besluit te komen dat aanvullende pensioenstelsels onder art. 119 vallen. Zie *Jur.*, 1971, 459-460, S. PRECHAL heeft opgemerkt dat de kwestie van de toepasselijkheid van art. 119 op bedrijfspensioenen sinds *Defrenne I* een tijdbom is geweest, die niemand wilde horen tikken: *o.c.*, «EEG», *N.J.B.*, 1992, 349.

⁸⁵ Zie verder WOUTERS, J., *o.c.*, in *Actuele problemen van het sociale-zekerheidsrecht*, 188-189, nr. 22. Voor de kenmerken van Britse «contracted-out»-regelingen, zie arrest van 3 december 1987, zaak 192/85, *Newstead, Jur.*, 1987, 4753, r.o. 3.

⁸⁶ Aangehaald *supra*, noot 82.

⁸⁷ Arrest *Bilka*, r.o. 22. In r.o. 27 stelt het Hof meer algemeen dat «een dergelijk pensioen onder het begrip beloning in de zin van art. 119, tweede alinea, valt».

⁸⁸ Arrest *Bilka*, r.o. 29-31, en punt 1 van het dictum.

⁸⁹ Arrest *Bilka*, r.o. 36: «Stelt de nationale rechterlijke instantie vast, dat de door verzoekster in het hoofdgeding gekozen middelen aan een werkelijke behoefte van de onderneming beantwoorden, geschikt zijn om het door haar beoogde doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk zijn, dan is de omstandigheid dat de betrokken maatregel veel meer vrouwelijke dan mannelijke werknemers treft,

⁷⁹ Conclusie van advocaat-generaal LENZ, nrs. 26-28.

⁸⁰ Zie de *supra*, noot 13, aangehaalde arresten.

⁸¹ Nrs. 36 en 39 van de conclusie.

⁸² Arrest van 25 mei 1971, zaak 80/70, *Jur.*, 1971, 445, r.o. 7-8.

23. In *Barber* hakte het Hof de knoop definitief door m.b.t. «contracted-out»-pensioenen. Een van de voorgelegde prejudiciële vragen was of het met art. 119 EG verenigbaar is dat een ontslagen mannelijke werknemer pas vanaf zijn 62e verjaardag (de in het pensioenplan vastgestelde, normale pensioenleeftijd voor mannen) recht had op een pensioen, terwijl een vrouwelijke werknemer in dezelfde omstandigheden vanaf haar 50e verjaardag recht zou hebben gehad op een onmiddellijk ingaand pensioen.⁹⁰ Zoals bekend, oordeelde het Hof dat deze ongelijke behandeling in strijd is met art. 119. Zoals in *Bilka*, maakte het een *a contrario*-toepassing van de criteria van *Defrenne I*: aangezien (i) vervangende particuliere bedrijfspensioenen geheel door de werkgever of door werkgever en werknemers te zamen worden gefinancierd zonder enige overheidsbijdrage, (ii) deze regelingen niet verplicht toepasselijk zijn op algemene categorieën werknemers, maar slechts gelden voor bij bepaalde ondernemingen werkzame werknemers en door een eigen stel van regels worden beheerst, en (iii) de vervangende pensioenen een soortgelijke economische functie hebben als aanvullende pensioenen zoals die in andere lidstaten bestaan, concludeerde het Hof dat uit hoofde van een vervangende regeling betaalde pensioenen binnen de werkingssfeer van art. 119 EG vallen.⁹¹ De volgende stap bestond in het slopen van het in het hoofdgeding voorliggende verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen, zulks ondanks de exceptie die art. 9, sub a, van richtlijn 86/378 bevat inzake de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd.⁹² Het Hof was zich evenwel bewust van de verregaande praktische gevolgen van zijn uitspraak. Zoals in *Defrenne II*, beperkte het de werking van zijn arrest in de tijd, zij het op een wijze die heel wat uiteenlopende interpretaties mogelijk maakte (*infra*, nr. 27).

24. Meer recente uitspraken van het Hof aangaande de toepasselijkheid van art. 119 EG op pensioenen geven blijk van een verdere versoepeling van de *Defrenne I*-test. In het *Ten Oever*-arrest van 6 oktober 1993 oordeelde het Hof dat een overlevingspensioen, dat door de Nederlandse overheid voor een gehele bedrijfstak verplicht was gesteld, binnen de werkingssfeer van art. 119 valt.⁹³ Doorslaggevend bleek de omstandigheid dat de pensioenregeling het resultaat vormde van overleg tussen de sociale partners en uitsluitend door werkgevers en werknemers werd gefinancierd. Dat het pensioen niet aan de werknemer zelf, maar aan diens nabestaande wordt betaald, achtte het Hof niet bepalend aangezien het recht op pensioen verworven wordt in het kader van de arbeidsverhouding (cf. *infra*, nr. 41).⁹⁴

Niet minder verrast was wellicht de Belgische overheid toen het Hof in een arrest van 17 februari 1993 tot de conclusie kwam dat aanvullende ontslagvergoedingen, een onderdeel van het Belgische brugpensioenstelsel, beloning zijn in de zin van art. 119 (*infra*, nr. 45).

25. Met het arrest *Beune* van 28 september 1994⁹⁵ heeft het Hof enige orde willen scheppen in de (wildgroei van) criteria die in voornoemde uitspraken werden gehanteerd bij het al of niet onder art. 119 brengen van een pensioenregeling. Het Hof gaf toe dat het bij de afbakening van de werkingssfeer van art. 119, «naar gelang van de situatie waarover het zich had uit te spreken, (...) onder meer de volgende criteria (had) gehanteerd: vaststelling van een pensioenregeling bij wet, overleg tussen de werkgevers en de vertegenwoordigers van de werknemers, aanvullend karakter van de aan de werknemers toegekende voordelen ten opzichte van de uitkeringen van sociale zekerheid, wijze van financiering van de pensioenregeling, toepasselijkheid daarvan op algemene categorieën van werknemers en, ten slotte, verband tussen de uitkering en de dienstbetrekking van de werknemer».⁹⁶ Na al deze criteria te hebben doorlopen, besloot het Hof dat «enkel het criterium dat is ontleend aan de vaststelling, dat het pensioen aan de werknemer wordt uitgekeerd op grond van de arbeidsverhouding tussen de betrokkene en zijn voormalige werkgever, dat wil zeggen het aan de bevoordelingen van artikel 119 ontleende criterium van de dienstbetrekking, beslissend kan zijn».⁹⁷

In *casu* bracht een en ander het Hof ertoe art. 119 toepasselijk te verklaren op de Nederlandse pensioenregeling voor ambtenaren. Ofschoon het toegaf dat bij de wettelijke vaststelling van deze pensioenregeling,⁹⁸ ook «overwegingen van sociaal beleid, betreffende de organisatie van de staat, van ethische of zelfs van budgettaire aard» een rol hebben of konden hebben gespeeld, achtte het Hof zulks niet doorslaggevend «indien het pensioen slechts geldt voor een bijzondere categorie van werknemers, indien het rechtstreeks afhankelijk is van het aantal dienstjaren en indien het bedrag ervan wordt berekend op basis van het eindloon van de ambtenaar».⁹⁹

26. *Beune* vormt de culminatie van een lange jurisprudentiële evolutie inzake de werkingssfeer van art. 119. Vandaag de dag vallen enkel nog de klassieke overheidspensioenen, waar geen ondernemings- of sectorieel overleg aan voorafgaat en die van toepassing zijn op (zeer) «algemene categorieën van werknemers»,¹⁰⁰ buiten de werkingssfeer van art.

⁹⁵ *Supra*, noot 4.

⁹⁶ Arrest *Beune*, r.o. 23. Zie ook de lijst van criteria opgesomd in de conclusie van advocaat-generaal JACOBS van 27 april 1994 in deze zaak, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, nr. 22.

⁹⁷ Arrest *Beune*, r.o. 43 (eigen cursivering). Daarmee volgde het Hof in grote mate het standpunt van advocaat-generaal JACOBS in zijn conclusie in die zaak (nrs. 36-39).

⁹⁸ Nl. de Algemene Burgerlijke Pensioenwet («ABPW»).

⁹⁹ Arrest *Beune*, r.o. 45.

¹⁰⁰ In het arrest *Beune* (r.o. 42) oordeelde het Hof dat ambtenaren niet een dergelijke algemene categorie uitmaken, aangezien zij «zich slechts van de werknemers uit een onderneming, een groep van ondernemingen, een tak van de economie of een één of meer bedrijfstakken omvattende sector onderscheiden door de specifieke kenmerken waardoor hun arbeidsverhouding met de staat of met openbare instanties of werkgevers in de openbare sector wordt be-

geen voldoende grond om te concluderen dat art. 119 is geschon- den.»

⁹⁰ De regel was nl. dat mannen de 55-jarige, en vrouwen de 50-jarige leeftijd moesten hebben bereikt om in aanmerking te komen voor een onmiddellijk ingaand pensioen. *Barber* nu was ontslagen op 52-jarige leeftijd, zodat hij krachtens de pensioenregeling een uitkering ontving en pas recht had op een uitgesteld pensioen vanaf de normale, in het pensioenplan vastgestelde pensioenleeftijd.

⁹¹ Arrest *Barber*, *supra*, noot 3, r.o. 25-28, 30 en punt 2 van het dictum.

⁹² Zie arrest *Barber*, r.o. 32.

⁹³ Arrest *Ten Oever*, *supra*, noot 82, r.o. 12 en punt 1 van het dictum.

⁹⁴ Arrest *Ten Oever*, r.o. 13.

119 EG. Bepalend voor de toepasselijkheid van dit artikel is enkel dat de pensioenaanspraak van de werknemer zijn grondslag vindt in de arbeidsverhouding. Zodra zulks vaststaat, doet het er weinig toe of de andere door het Hof ontwikkelde criteria al of niet vervuld zijn. Zo is niet het bestaan vereist van een formele, of zelfs maar informele overeenkomst tussen werkgever en werknemer; een wettelijke of administratieve grondslag van het pensioen heeft geen impact op de toepasselijkheid van art. 119; *idem* voor het al of niet aanvullend karakter van de pensioenregeling ten aanzien van het algemeen overheidspensioen;¹⁰¹ en voor de financierings- en beheersmethode van een pensioenregeling. Zelfs de omstandigheid dat de staat in welbepaalde gevallen

de pensioenregeling financieel bijspringt, vormt geen beletsel voor de toepasselijkheid van art. 119.¹⁰²

(slot in volgend nummer)

Jan WOUTERS

heerst.» Men kan zich afvragen of deze uitspraak enkel geldt voor het Nederlandse ambtenarenpensioen in kwestie, dat (sedert 1985, invoering van de AOW) een aanvulling vormt op het algemeen stelsel van ouderdomspensioenen in Nederland, dan wel voor ambtenaren in het algemeen.

¹⁰¹ Zie arrest Beune, r.o. 34-37.

¹⁰² Zie arrest Beune, r.o. 40: het ABP, de publiekrechtelijke rechtspersoon die het ambtenarenpensioen in kwestie beheert kan indien hij zijn financiële verplichtingen niet kan naleven, bij wijze van uitzondering een beroep doen op de rijksbegroting. Bovendien vergoedt de Nederlandse staat de extra kosten i.v.m. de opheffing van ongelijke behandeling van weduwnaars en weduwen.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 17 FEBRUARI 1995

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Waûters

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Houtekier en Verbist

**1. Handelshuur – Voortijdige beëindiging door onderlin-
ge toestemming – Wijze van vaststelling – 2. Bewijs – Bur-
gerlijke zaken – Door getuigen – Beoordelingsvrijheid**

1. Art. 3, vierde lid, Handelshuurwet wordt geschonden door het vonnis dat beslist dat een handelshuurovereenkomst beëindigd is op grond van een wederzijds akkoord van de partijen dat niet vastgesteld is bij authentieke akte of dat niet blijkt uit een voor de rechter afgelegde verklaring.

2. Wanneer de wet bewijsvoering door getuigen niet verbiedt, beoordeelt de rechter op onaantastbare wijze in feite of een getuigenbewijs dienstig kan worden geleverd, mits hij het principeel recht om zodanig bewijs te leveren niet negeert.

T. e.a. t/ B.

Conclusie van advocaat-generaal G. Bresseleers

Het tweede onderdeel van het eerste middel stelt de vraag aan de orde of het akkoord van de partijen die een handels-

huurovereenkomst voortijdig willen beëindigen op een andere wijze kan worden vastgesteld dan, zoals artikel 3, vierde lid, van de Handelshuurwet bepaalt, bij een authentieke akte of bij een verklaring voor de rechter afgelegd. De rechtspraak van het Hof voegt daaraan toe dat zulks het bewijs uit de uitvoering van de overeenkomst niet uitsluit.¹

In de memorie van antwoord stelt verweerster, op gezag van De Page,² deze laatste eventualiteit (bewijs uit de uitvoering) voor als specifieke toepassing van een algemene categorie «daden van bevestiging»; uit dergelijke daden zou ondubbelzinnig kunnen worden afgeleid dat de beschermde partij afstand heeft gedaan van de haar bij wet geboden bescherming. Het bestreden vonnis zou dan op grond van de omstandigheid dat de huurster de beëindiging heeft voorgesteld, correct hebben kunnen beslissen dat de overeenkomst tot voortijdige beëindiging op rechtsgeldige wijze tot stand is gekomen.

Ik meen dat die redenering niet kan worden gevolgd. Bevestiging van een nietige overeenkomst veronderstelt immers dat het gebrek verdwijnt, waarmee ze behept is; aangezien de wetgever van oordeel is dat de huurder zijn akkoord slechts geldig kan doen blijken voor een notaris of vrede-

¹ Cass., 21 september 1978 (*A.C.*, 1978-79, 90); 27 mei 1983, *A.R.* nr. 3867 (*ibid.*, 1982-83, nr. 533).

² DE PAGE, H., *Traité*, IV, Bruylant 1972, nr. 784; HERBOTS, J., CLARYSSE, D. en WERCKX, J., «Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten (1977-1982)», *T.P.R.*, 1985, (1101) nr. 310.

rechter, wordt de nietige toestemming niet rechtsgeldig gemaakt door uitvoering eraan te geven.³

De formaliteiten die artikel 3, vierde lid, oplegt, strekken ertoe te verhinderen dat een partij op de andere dwang uitoefent: tijdens de parlementaire voorbereiding van de Handelshuurwet is woordelijk verwezen naar het geval «dat een 'van een latere datum voorziene' overeenkomst aan de huurder opgelegd zou worden ter gelegenheid van het sluiten van het huurcontract, als voorwaarde van die sluiting».⁴ De wetgever heeft geoordeeld dat de bescherming van de huurder vereist dat een dergelijke handelwijze geen rechtsgevolg zou kennen. Men kan soortgelijke constructies bedenken, zoals de huurder die met een gepostdateerd geschrift verklaart afstand te doen van de bescherming die artikel 3, vierde lid, hem biedt, of die – nog steeds bij het aangaan van de handelshuurovereenkomst – met een later te dateren opzeggingsbrief zelf verklaart de overeenkomst voortijdig te willen beëindigen.

Die manoeuvres om artikel 3, vierde lid, te ontduiken blijven zonder resultaat door het onverkort toepassen van die wetsbepaling: zolang de huurder het gehuurde goed betreft kan een akkoord met de voortijdige beëindiging slechts worden vastgesteld bij een authentieke akte of bij een verklaring voor de rechter afgelegd. Zulks sluit inderdaad het bewijs uit de uitvoering van de beëindigingsovereenkomst niet uit, stelling die ook steun vindt in de voorbereidende werken,⁵ maar die eventualiteit is te dezen als dusdanig niet aan de orde.

Uitbreiding ervan tot een categorie «daden van bevestiging» leidt tot het uithollen van de bescherming van de huurder, in strijd met de wil van de wetgever. «Ce serait ouvrir la porte à toutes les fraudes».⁶

De beslissing van de appelrechter dat in dit geval de handelshuurovereenkomst op rechtsgeldige wijze (voortijdig) is beëindigd, schendt bijgevolg artikel 3, vierde lid, van de Handelshuurwet.

Arrest

Gelet op het bestreden vonnis, op 29 december 1992 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde;

Over het tweede onderdeel van het eerste middel: schending van de artikelen 1101, 1102, 1108, 1134 en 1135, van het Burgerlijk Wetboek, 3, vierde lid, van de wet van 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten met het oog op de bescherming van het handelsfonds (boek III, titel VIII, hoofdstuk II, afdeling IIbis, B.W.),

doordat het bestreden vonnis zegt dat de handelshuurovereenkomst met betrekking tot het handelspand en

de handelszaak rechtsgeldig werd beëindigd op 14 november 1990 en de overdracht van 12 november 1990 van eerste eiseres aan tweede eiseres zonder waarde en niet geldig verklaart op de volgende gronden: «De chronologie der feiten blijkt uit de overgelegde stukken met een opzeggingsbrief van 23 oktober 1990 van (eerste eiseres) aan (verweerster). (Verweerster) antwoordde onmiddellijk per aangetekende brief van 31 oktober 1990 en willigde de opzegging in. Bij aangetekende brief van 30 oktober 1990 trok (eerste eiseres) zonder nadere opgave van reden de opzegging in. Art. 3, vierde lid, Handelshuurwet is van dwingend recht en bedoeld om de huurder te beschermen. Partijen kunnen derhalve bij onderling akkoord zelf tot een andere regeling overgaan, met dien verstande dat, zo de (beschermde) huurder zulks niet wenst, hem een andere regeling niet kan worden opgedrongen en de bepalingen van de Handelshuurwet onverkort gelden. De besluitvorming van de vrederechter kan derhalve niet worden gevolgd en er dient in concreto te worden nagegaan tot welke overeenkomst partijen kwamen, aangezien in casu de huurster zelf een afwijking voorstelde en deze daarna introk, wat haar niet verboden is. Uit de chronologie blijkt dat enerzijds vooraleer (verweerster) het intrekken van de opzeg had ontvangen zij deze opzegging had aanvaard en dat anderzijds deze aanvaarding (eerste eiseres) bereikte nadat zij haar opzegging had ingetrokken, doch voordat (verweerster) deze intrekking zelf had ontvangen. Dit betekent dat, toen (verweerster) haar toestemming meldde, zij nog geen kennis had van de intrekking van de vraag tot opzegging. Over de aldus gedane opzegging kwam er derhalve een consensus tot stand. Het is niet bewezen dat de intrekking, waardoor er inderdaad geen vraag tot opzegging meer zou hebben bestaan, (verweerster) bereikte voordat deze de opzegging aanvaardde. Consensus kwam derhalve tot stand. Om hiervan opnieuw af te wijken was een nieuwe overeenkomst nodig die niet tot stand kwam. De handelshuurovereenkomst tussen (verweerster en eerste eiseres) over het handelspand eindigde derhalve na aanvaarde opzegging door (eerste eiseres). Aangezien niet blijkt dat de formaliteit (van de artt. 10 en 11 Handelshuurwet) – contractueel en andermaal van dwingend recht – werd vervuld vóór het einde van de huur is er geen geldige overdracht van de handelshuur tot stand gekomen»,

...

Overwegende dat de eiseres sub 1 als huurster schending aanvoert van artikel 3, vierde lid, van de Handelshuurwet;

Overwegende dat, krachtens die wetsbepaling, de partijen te allen tijde de lopende huur kunnen beëindigen, op voorwaarde dat hun akkoord wordt vastgesteld bij een authentieke akte of bij een verklaring voor de rechter afgelegd;

Dat die bepaling van dwingend recht is in het belang van de huurder;

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat de eiseres sub 1 en verweerster de tussen hen bestaande handelshuurovereenkomst met wederzijds akkoord hebben beëindigd en dat dit akkoord op afstand tot stand is gekomen door enerzijds een opzegging door eiseres en anderzijds de aanvaarding ervan door verweerster;

Overwegende dat de appelrechter oordeelt dat het voormelde artikel 3, vierde lid, «van dwingend recht is om de huurder te beschermen» en dat de «partijen derhalve bij onderling akkoord zelf tot een andere regeling kunnen over-

³ VAN OMMESLAGHE, P., «Rechtsverwerking en afstand van recht», *T.P.R.*, 1980, (735) 764; SIMONT, L., DE GAVRE, J. en FORIERS, P.A., «Examen de jurisprudence (1976-1980). Les contrats spéciaux», *R.C.J.B.*, 1985, (263) nr. 116.

⁴ Verslag van de Verenigde Commissies van Justitie en van Economische Zaken belast met het onderzoek over het wetsontwerp houdende bescherming van de Handelszaak, *Gedr.St., Senaat*, 1948-49, nr. 384, 4.

⁵ Tussenkomen van minister Duvieusart van Economische Zaken en Middenstand (*Hand., Senaat*, 1949-50, 21 december 1949, 122).

⁶ *Ibid.*

gaan, met dien verstande dat, zo de beschermde huurder dit niet wenst, hem een andere regeling niet kan worden opgedrongen en de bepalingen van de handelshuurovereenkomst onverkort gelden»;

Overwegende dat het vonnis aldus beslist dat de huurovereenkomst tussen verweerster en de eiseres sub 1 beëindigd is op grond van een wederzijds akkoord van die partijen dat niet is vastgesteld bij authentieke akte of dat niet blijkt uit een voor de rechter afgelegde verklaring, mitsdien artikel 3, vierde lid, van de Handelshuurlwet schendt;

Dat het onderdeel gegrond is;

Over het tweede middel, (...)

Overwegende dat de eisers in hun appelconclusie met betrekking tot het bewijs dat de eiseres sub 1 eigenares was geworden van de handelszaak, aangeboden hebben door getuigen te bewijzen dat eiseres sub 1 honderdduizend frank heeft betaald aan verweerster en dat de echtgenoot van verweerster op de goede afloop van de verkoop van de handelszaak een fles wijn geopend heeft;

Overwegende dat de rechter, wanneer de wet die vorm van bewijsvoering niet verbiedt, op onaantastbare wijze in feite oordeelt of een getuigenbewijs dienstig kan worden geleverd, mits hij het principieel recht om zodanig bewijs te leveren niet miskent;

Overwegende dat de appelrechter oordeelt dat de eiseres sub 1 niet bewijst dat zij de handelszaak van verweerster heeft overgenomen; dat hij vervolgens het voormelde door de eisers aangeboden getuigenbewijs afwijst met de overweging: «Indien Patricia T. zou willen bewijzen dat zulks betaald werd, zou dit wel eens wenkbrauwfronsende bedenkingen over 'zwarte gelden?' kunnen doen ontstaan»;

Dat het vonnis aldus het principieel recht van de eisers om het bewijs door getuigen te leveren miskent;

Dat het middel gegrond is;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

3e KAMER – 10 FEBRUARI 1994

Voorzitter: de h. De Graef

Raadsheren: de hh. Beaucourt en Debucquoy

Openbaar ministerie: de h. Schins

Advocaat: mr. Vereecke

Bank- en beursrecht – Leuren met roerende waarden – Gewoontemisdrijf

Het leuren met roerende waarden valt slechts onder de toepassing van het K.B. nr. 71 van 30 november 1939 als het om een gewoontemisdrijf gaat. Een alleenstaand geval van overdracht van aandelen komt niet in aanmerking als misdrijf.

De wet van 4 december 1990 bestraft thans elke effectentransactie met het publiek door niet-beroepsbemiddelaars.

H. t/ R.

1. Feitelijke gegevens

De feitelijke gegevens kunnen als volgt kort worden samengevat.

Op 1 december 1989 geeft Gilda H. aan de C.V. T. volmacht om gedurende een periode van zes maanden kopers te zoeken voor de handelszaak van de N.V. L. voor de overname van een handelszaak ten bedrage van 7.500.000 fr.

Op 19 mei 1990 sluit de C.V. T. in naam en voor rekening van Gilda H. met Jan Van W. een overeenkomst tot overdracht van de aandelen van de N.V. L. en dit vanaf 1 juli 1990 tegen de prijs van 4.500.000 fr.

Aan het strafdossier is verder verworven dat blijkens verschillende verklaringen van Gilda H., deze enkel de bedoeling had haar onroerend goed, gelegen te (...) te verkopen en niet de aandelen van de N.V. L., waarin zij overigens geen enkele participatie had.

Anderzijds maakt de overeenkomst van 19 mei 1990 wel degelijk gewag van het feit dat buiten de overdracht van de aandelen, de maandelijks huurprijs van het onroerend goed, eigendom van Gilda H., bepaald werd op 75.000 fr. terwijl de mogelijkheid tot aankoop van dit zelfde onroerend goed werd voorzien.

Hoe dan ook de overeenkomst van 19 mei 1990 werd in werkelijkheid nooit uitgevoerd. De daartoe ingeroepen redenen komen hier niet ter sprake.

De beklaagde, Ronny R., die daarbij optrad als makelaar van de overeenkomst tussen Gilda H. en Jan Van W., factureerde daarop zijn commissieloon voor een bedrag van 535.500 fr. «voor overdracht van aandelen N.V. L., gelegen te (...), zoals overeengekomen op 1 november 1989».

Tevens dagvaardde hij de burgerlijke partij tot betaling van voornoemd bedrag voor de burgerlijke rechter.

Gilda H. diende daarop een klacht in met burgerlijke-partijstelling tegen Ronny R. wegens demarchage met roerende goederen en het overdragen van publieke fondsen zonder de vereiste hoedanigheid als omschreven in de artikelen 75, §§ 1 en 2, 2°, en 110, boek I, titel V van het Wetboek van Koophandel

2. Nopens de telastlegging A: demarchage met roerende waarden

Afgezien van het antwoord op de vraag of er op 19 mei 1990 wel een overdracht van aandelen heeft plaatsgehad, nu uit de voorhanden zijnde gegevens niet blijkt dat Gilda H. aandeelhoudster was van de N.V. L., daar het aandelen aan toonder betrof, vereist demarchage «het zich gewoonlijk bij anderen begeven om aankoop, verkoop van, inschrijving op of ruiling van waarden van allerlei aard, al dan niet genoteerd, aan te raden, aan te bieden of te vragen, of om deelneming in operatiën op deze waarden aan te raden, aan te bieden of te vragen (art. 2, laatste lid, K.B. nr. 71 van 30 november 1939). Voor de toepasselijkheid van de strafwet is derhalve vereist dat het om een «gewoontemisdrijf» gaat.

Uitgaande van de verklaring van de beklaagde en het overnameformulier van 18 mei 1990 meent de burgerlijke partij dat een dergelijk «gestandaardiseerd» formulier bewijst dat de beklaagde zich gewoonlijk begeeft bij kandidaat-overnemers om in naam van de overdragers hun aandelen te verhandelen.

Deze zienswijze kan door het Hof niet worden gedeeld, enerzijds omdat niet bewezen is dat de beklaagde aan meer dan één persoon de aandelen van de N.V. L. heeft aangeboden, anderzijds omdat het strafdossier enkel laat besluiten dat er demarchage gebeurde met betrekking tot de aandelen van de N.V. L. doch niet met betrekking tot de overdracht van aandelen van andere vennootschappen. Terecht oordeelde

de eerste rechter dat de overdracht van aandelen een alleenstaand geval betrof, derwijze dat deze transactie buiten de toepassing viel van het K.B. nr. 71 van 30 november 1939.

3. *Nopens de overdracht van publieke fondsen zonder de hoedanigheid van wisselagent of wisselagent-correspondent of bankier te hebben*

De beklaagde werd oorspronkelijk vervolgd wegens overtreding van art. 75, § 1 en § 2, 2°, strafbaar gesteld bij art. 110 van titel V van boek I van het Wetboek van Koophandel.

Ingevolge artikel 104 op de financiële transacties en de financiële markten werden de strafrechtelijke bepalingen, omschreven in de artikelen 75, § 1 en § 2, 2°, en 110 van boek I, titel V, van het Wetboek van Koophandel opgeheven.

Een analoge transactie werd evenwel bedoeld in art. 3 van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, strafbaar gesteld door art. 76, § 1, 1°, van dezelfde wet.

Het Hof dient derhalve vooraf vast te stellen dat de feiten strafbaar zijn gebleven door art. 76, § 1, 1°, van de wet van 4 december 1990. Daar de beklaagde verstek laat gaan kan het Hof de beklaagde niet verwittigen van deze nieuwe strafbare bepalingen. Daar het verstekarrest hem evenwel door de meest gerede partij betekend zal worden, zal hij uiteraard van deze gewijzigde kwalificatie op de hoogte zijn.

Met de burgerlijke partij dient het Hof tevens vast te stellen dat de vroegere strafwet de minst zware is omdat de straffen destijds bepaald door art. 75 minder zwaar zijn, dan die van art. 76 van de nieuwe wet van 4 december 1990.

Anderzijds is de nieuwe bepaling van art. 3 van de wet van 4 december 1990 strenger wat de toepassing ervan betreft. Thans is elke effectentransactie met het publiek door niet-beroepsbemiddelaars strafbaar.

Ten tijde van de feiten evenwel was de handel in titels weliswaar uitsluitend voorbehouden aan bankiers, wisselagenten en wisselagenten-correspondenten, omdat het gepast voorkwam dat het publiek slechts met beroepsmensen in contact kwam, doch een uitzondering bestond a) wegens belangrijke verrichtingen van minimaal 10 miljoen en b) wanneer het een occasionele verhandeling van titels betrof onder contractanten van wie geen enkel die operatiën gewoon verricht.

Welnu, de telastlegging B gaat om hetzelfde eenmalig feit als de telastlegging A en dient derhalve als een toevallige cesie onder contractanten te worden aangemerkt.

Daar het occasioneel verhandelen van titels ten tijde dat de feiten werden gepleegd niet strafbaar werd gesteld vermag de burgerlijke partij zich niet te beroepen op het uitgebreider toepassingsgebied van art. 3 van de Wet van 4 december 1990.

In de gegeven omstandigheden is de telastlegging B evenmin bewezen.

NOOT – Over het leuren en de demarchage met roerende waarden

1. Het koninklijk besluit nr. 71 van 30 november 1939 «betreffende het leuren met roerende waarden en demarchage met roerende waarden en goederen of eetwaren» beoogt de argeloze en onervaren spaarder en belegger tegen al te agressief aan de man gebrachte beleggingen te beschermen.

Deze wetgeving was een gevolg van de uitbreiding van het beleggerspotentieel na de eerste wereldoorlog. Vooral de

kleinere spaarders werden immers belaagd door gewiekste sjachelaars en beunhazen, die hun speculatieve effecten en andere twijfelachtige waarden als aanlokkelijke beleggingsobjecten voorhielden (men leze hieromtrent het verslag aan de Koning bij het K.B. nr. 71, *Pasin.*, 1939, 713-714; Fredericq, L. en S., *Handboek van Belgisch handelsrecht*, I, 1976, 373-374, nr. 339; Tienrien, M., «Le colportage des valeurs mobilières et le démarchage sur valeurs mobilières», *Rev. Prat. Soc.*, 1947, 203-207).

2. Artikel 1 van het K.B. nr. 71 verbiedt het *leuren met roerende waarden* van allerlei aard. Onder «leuren» wordt hier bedoeld «het zich gewoonlijk bij anderen begeven om de bedoelde waarden te kopen, te verkopen of te ruilen, met dadelijke levering tegen gerede betaling of tegen uitstel van betaling» (art. 1, tweede lid, van het K.B. nr. 71). Dit veronderstelt dat de leurder de effecten materialiter bij zich heeft (Wymeersch, E., «Commentaar bij enkele bepalingen van financieel strafrecht» (noot onder Antwerpen, 21 november 1975, *T.B.H.*, 1977, 51, nr. 7).

Het leuren bij banken, bankiers of wisselagenten(-correspondenten) (thans de beursvennootschappen) is daarentegen wel toegestaan. Op te merken valt voorts dat de wet van 10 juli 1969 «op het solliciteren van het openbaar spaarweten, onder meer inzake roerende waarden», een aanzienlijke resem beleggingen met de in artikel 1 bedoelde roerende waarden heeft gelijkgesteld (cf. Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, III, 1981, 160-161, nr. 176; Wymeersch, E., noot onder Corr. Brussel, 30 november 1974, *T.B.H.*, 1975, 298 e.v., nrs. 8 e.v.).

3. In artikel 2 wordt de zgn. «*demarchage*» met de in artikel 1 bedoelde waarden (en de daarmee gelijkgestelde beleggingen, cf. het reeds genoemde art. 1 van de wet van 10 juli 1969) verboden, zelfs indien ze nog gecreëerd dienen te worden. «Demarchage» (de term laat zich niet gemakkelijk in het Nederlands vertalen) bestaat in «het zich gewoonlijk bij anderen begeven om aankoop, verkoop van, inschrijving op of ruiling van roerende waarden aan te raden, aan te bieden of te vragen of om deelneming in operatiën op deze waarden aan te raden, aan te bieden of te vragen» (art. 2, derde lid, van het K.B. nr. 71). Bovendien is ook voor het leuren bepaalde uitzondering voor het optreden bij bepaalde «professionele» financiële consumenten, is het demarchageverbod minder strikt omschreven: demarchage door ondernemingen voor hypotheekleningen (thans de «hypotheekondernemingen», cf. de wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet) voor het plaatsen van hun eigen titels en – onder bepaalde voorwaarden – demarchage door personen, daartoe gemachtigd door de minister van Financiën (cf. het ministerieel besluit van 15 april 1953; zie, voor een toepassing, Cass., 17 januari 1985, *A.C.*, 1984-85, nr. 287, *R.W.*, 1985-86, 1487), zijn wel toegelaten.

4. De demarchage – evenals het leuren – met roerende waarden is een *gewoontemisdrijf* (Antwerpen, 21 november 1975, *T.B.H.*, 1977, 34, met noot Wymeersch, E.; Corr. Brussel, 5 mei 1971 (2 vonnissen), *T.B.H.*, 1971, 426, met noot Wymeersch, E.) dat *geen bijzonder opzet* vereist.

5. Aan het bewijs van het materiële element van het misdrijf van «demarchage met roerende waarden» zal het openbaar ministerie of de burgerlijke partij echter vaak een hele kluif hebben. Niet alleen zal moeten worden aangetoond dat de beleggingsobjecten waarmee de demarcheur kwam aandragen wel degelijk die zijn die in artikel 1 van het K.B. nr.

71 of in artikel 1 van de wet van 10 juli 1969 worden bedoeld (bv. in Corr. Brussel, 5 mei 1971, gecit.), maar ook dat de demarcheur zich «bij anderen heeft begeven». Hoewel dit laatste niet noodzakelijk een huisbezoek veronderstelt, lijkt de tekst van de wet («*zich bij anderen begeven, se rendre auprès d'autrui*») het loutere «zich richten tot een ander» (bv. «telefoon-demarchage») niet strafbaar te stellen (Wymeersch, E., o.c., *T.B.H.*, 1977, 52-53, nrs. 7-8; Tienrien, M., o.c., *Rev. Prat.Soc.*, 1947, 212 in fine).

Voorts zullen enkel de – overigens ruim omschreven – «demarchage-handelingen» strafbaar zijn (het aanbieden of vragen van deze of gene aan- of verkoop van effecten, het aanraden van bepaalde beleggingen ...; voor een voorbeeld m.b.t. een aan nominatieve aandeelhouders gericht voorstel om hun aandelen te verkopen, cf. *Bankcommissie. Jaarverslag*, 1970-71, 145-146).

Ten slotte zal moeten worden bewezen dat de demarches *gewoonlijk* werden ondernomen. Het bewijs van dit laatste zal vaak de hardste noot zijn om te kraken. De strafbepaling vereist evenwel niet dat het «gewoonlijk» (d.w.z. «herhaaldelijk») ondernemen van demarches bij dezelfde persoon gebeurt (Wymeersch, E., o.c., *T.B.H.*, 1977, 58 en voetnoot (26) in fine).

6. Benevens strafsancities bevat het K.B. nr. 71 nog een bijzondere nietigheidssancie: in geval van een schending van het leur- of demarchageverbod kan de persoon *bij* wie werd geleurd of gedemarcheerd (vgl. Wymeersch, E., o.c., *T.B.H.*, 1977, 56-57, nr. 14) – ongeacht of er effectief schade werd geleden (Ronse, J., Van Hulle, K., Nelissen, J.M. en Van Bruystegem, B., «Overzicht van de rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, 872-876, (nr. 268), inz. 875; Wymeersch, E., o.c., *T.B.H.*, 1977, 54-57, nrs. 9-15) en ongeacht of er een strafrechtelijke veroordeling voorligt –, de nietigheid van de operatie inroepen (art. 7). Ofschoon de mogelijkheid tot het inroepen van deze nietigheidssancie niet is gekoppeld aan een vooraf bestaande strafrechtelijke *veroordeling*, is ze wel onlosmakelijk verbonden met de *strafbepaling*, zodat ze slechts kan worden ingeroepen wanneer de demarches «gewoonlijk» werden verricht (supra, nrs. 4 en 5 in fine; Fredericq, L. en S., o.c., nr. 344; van Hille, J.-M. en François, N., *Aandelen en obligaties in het Belgisch recht*, 1977, 518, nr. 1018; Van Ryn, J. en Heenen, J., o.c., nr. 197; Wymeersch, E., o.c., *T.B.H.*, 1977, 57-58, nr. 16). Zoals gezegd hoeft het «zich gewoonlijk bij anderen begeven» niet noodzakelijk bij dezelfde persoon te gebeuren: ook wanneer deze laatste slechts eenmaal werd benaderd, kan hij zich op de nietigheidssancie beroepen, wanneer hij kan aantonen dat de tegenpartij er een gewoonte van maakte «zich bij anderen te begeven».

7. Opmerkelijk is ook de in het tweede lid van artikel 4 van het K.B. nr. 71 voorgeschreven *verbeurdverklaring* «van elke bezoldiging of van elk voordeel van welke aard ook, bekomen of nog te bekomen (?) uit hoofde van het onwettelijk leuren of demarcheren». Deze verbeurdverklaring werd bij de voorbereiding van de wet van 10 juli 1969, die deze sancie in het K.B. nr. 71 heeft ingevoerd, als een «burgerlijke» sancie beschouwd (cf. de commentaar bij de artikelen, *Pasin.*, 1969, 1210; zie voorts ook De Geest, A., *Verbeurdverklaring*, A.P.R., 1971, 43, nr. 87; Schiltz, H. en Leysen, R., *Inleiding tot de financiële wetgeving*, 1988, 77). De verbeurdverklaring van de «vermogensvoordelen» die het gevolg zijn van het leuren of de demarchage (cf. Vandeplas, A., «De verbeurdverkla-

ring van vermogensvoordelen», in *Liber Amicorum Marc Châtel*, 1991, (383-406), 389, nr. 17), lijkt ons echter een zui-vere strafmaatregel te zijn (die aldus fundamenteel verschilt van de in artikel 7 van het K.B. nr. 71 neergelegde nietigheidssancie): het betreft geen «burgerlijke» sancie doch een strafsancie van vermogensrechtelijke aard (vgl. ook Van Ryn, J. en Heenen, J., o.c., 176, nr. 196, die de verbeurdverklaring bij de «strafsancities» catalogiseren).

8. In de onderhavige zaak oordeelden de appelrechters dat het «gewoontekarakter» van het misdrijf niet vaststond. De positie van de burgerlijke partij, die aan de beklaagde de opdracht blijkt te hebben gegeven tot verkoop van aandelen, komt te dezen wat eigenaardig voor, aangezien de aangeklaagde demarches klaarblijkelijk niet *bij* haar werden ondernomen (uit het arrest blijkt immers hoegenaamd niet dat de beklaagde bij de burgerlijke partij via verboden demarches op de verkoop zou hebben aangedrongen), doch bij een andere, niet in het geding betrokken persoon, met wie een overeenkomst tot verkoop van de effecten werd gesloten en bij wie – aldus de burgerlijke partij – gedemarcheerd zou zijn. Hoewel het feit dat een bepaald misdrijf luidens de bewoordingen van de wettekst de bescherming van bepaalde personen beoogt (te dezen de personen *bij* wie met roerende waarden wordt geleurd of gedemarcheerd), geenszins impliceert dat andere derden niet door dit misdrijf benadeeld kunnen worden (cf. Verstraeten, R., *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, 1990, 77, nr. 78 in fine), zal de burgerlijke partij toch minstens aanneembaar moeten maken waarin de benadeling voor haar precies bestaat (of zelfs zou kunnen bestaan). In elk geval kan de bijzondere nietigheidssancie van artikel 7 van het K.B. nr. 71 slechts worden ingeroepen door de persoon *bij* wie werd geleurd of gedemarcheerd. Allicht poogde de burgerlijke partij te dezen de in een afzonderlijke, door de beklaagde tegen haar gevoerde burgerlijke procedure tot betaling van het gefactureerde commissieloon, te counteren door de «delictuele oorsprong» van diens commissieloon aan te tonen (ev. om later de «nemo auditor»-regel tegen hem te kunnen inroepen?).

9. Het hof oordeelde in het geannoteerde arrest voorts dat de gewraakte transactie een «occasionele verhandeling van titels onder contractanten van wie geen enkel die operaties gewoonlijk verricht» betrof, zodat ook het toentertijd in artikel 75, § 2, van het Wetboek van Koophandel omschreven misdrijf (cf. de strafbepaling in art. 110 W.Kh.) niet bewezen werd verklaard.

Bovendien stelden de appelrechters – met het oog op de beoordeling van de eventuele retroactiviteit van de mildere strafwet – zonder meer dat «de feiten strafbaar zijn gebleven door artikel 76, § 1, 1° (J° artikel 3) van de wet van 4 december 1990» (blijkbaar worden de in de telastlegging omschreven «feiten» bedoeld). De in artikel 3 van deze wet neergelegde bepaling herformuleert echter ingrijpend het vroegere artikel 75 van het Wetboek van Koophandel (dat, evenals de integrale vijfde titel van boek I van het Wetboek van Koophandel, krachtens artikel 104, 1°, van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, werd opgeheven): thans staat niet meer de aard van de verrichtingen centraal (ontvangst van beursorders: oud art. 75, § 1, W.Kh.; directe cessie van effecten: oud art. 75, § 2, W.Kh.), doch wel het *beroepsmatig optreden* van de bemiddelaar tegenover het *publiek* (cf. o.a. Gollier, J.-M. en Valschaerts, D., «Les

transactions sur valeurs cotées ou non-cotées», *Rev. Prat. Soc.*, 1992, 11-15, nrs. 7-8, en 18 e.v., nrs. 11 e.v.; Tyteca, J., «De verhandeling van effecten, andere financiële instrumenten en deviezen», in Jan Ronse Instituut (red.), *De nieuwe beurswetgeving. Commentaar bij de Wet van 4 december 1990 betreffende de financiële markten en de financiële verrichtingen*, 1991, 203-206, nrs. 6-7; Tyteca, J., «De mogelijkheid tot overdracht van genoteerde effecten buiten de beurs», *T.R.V.*, 1991, 191, nr. 6). Overigens gaat het hof, na te hebben vastgesteld dat de transactie dient te worden beschouwd als een toevallige cessie onder contractanten die geen van beiden dergelijke cessies «gewoonlijk» verrichten (zodat ook geen «beroepsmatig» optreden, dat toch een zekere gewoonte veronderstelt (cf. Gollier, J.-M. en Valschaerts, D., o.c., *Rev. Prat. Soc.*, 1992, 21 e.v., nrs. 14 e.v.) bewezen is), niet eens meer over tot het onderzoek van de eveneens ten laste gelegde overtreding van artikel 75, § 1, van het Wetboek van Koophandel.

De terloopse opmerking van het hof als zou thans elke effectentransactie met het publiek door niet-beroepsbemiddelaars strafbaar zijn, lijkt daarentegen niet terecht. Artikel 3 van de wet van 4 december 1990 bepaalt immers niet dat bij alle effectentransacties het optreden van een (beroeps) bemiddelaar vereist is, doch slechts dat alleen de in dat artikel opgesomde bemiddelaars in aanmerking komen om beroepsmatig op te treden bij effectentransacties bij het publiek (Tyteca, J., o.c., *T.R.V.*, 1991, 191-192, nr. 7).

Steven Van Overbeke.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER – 29 SEPTEMBER 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas

Raadsheren: de hh. Van Fraechem en mevr. Transaux

Openbaar ministerie: de h. Liégeois

Advocaat: mr. Cauwe

Strafvordering – 1. Heropening van het debat – 2. Beslag – Verzegeling – 3. Art. 17 Geneesmiddelenwet

1. In strafzaken is de heropening van het debat niet beperkt tot de gevallen omschreven in art. 774 Ger.W. De strafrechter beslist krachtens zijn plicht te zoeken naar de waarheid vrijelijk over de gepastheid het debat al of niet te heropenen zonder die beslissing met redenen te hoeven omkleden.

2. De farmaceutische inspecteur is bij inbeslagneming steeds gerechtigd de monsters te verzegelen wanneer zulks nuttig voorkomt voor het strafrechtelijk onderzoek en wanneer zulks strookt met de beveiliging van de volksgezondheid.

Geen wettelijke bepaling schrijft voor dat melding van de verzegeling wordt gemaakt in het proces-verbaal van vaststelling.

3. Slechts in de gevallen limitatief opgesomd in art. 17 Geneesmiddelenwet dient de procureur des Konings aan de door de aangewezen ambtenaar kennis te geven van zijn beslissing de beklaagde te vervolgen.

M.

Gezien het arrest van deze Kamer van het Hof dd. 23 december 1993, op tegenspraak gewezen, waarbij de heropening der debatten werd bevolen; kosten aangehouden;

...

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat zijn rechten van verdediging «op schromelijke wijze» zijn geschonden doordat het verzoekschrift van het openbaar ministerie om de debatten te heropenen pas daags vóór de zitting werd neergelegd en doordat hij niet de kans heeft gekregen zich te verweren omtrent het verzoek van het openbaar ministerie;

Overwegende dat de zaak op 2 december 1993 regelmatig was uitgesteld naar de terechtzitting van 23 december 1993; dat de beklaagde noch de civielrechtelijk aansprakelijke partij verschenen zijn op deze zitting waarop het openbaar ministerie de heropening van de debatten heeft gevraagd;

Overwegende dat door de heropening van de debatten te bevelen het Hof geen beslissing heeft genomen die de rechten van de verdediging heeft geschaad; dat de betrokkenen trouwens geen enkel argument aanvoeren waaruit afgeleid zou kunnen worden dat hun rechten werden geschonden;

Overwegende dat het Hof de heropening van de debatten kan bevelen op verzoek van een van de procespartijen onder meer wanneer een van de partijen tijdens het beraad «een feit van overwegend belang» ontdekt, dat het openbaar ministerie in zijn brief van 22 december 1993 heeft aangevoerd dat er hem na het sluiten van de debatten bijkomende inlichtingen ter kennis kwamen waaruit zou blijken dat het produkt Ginkgo Biloba op zichzelf als geneesmiddel is te bestempelen; dat de strafvervolgung precies de aard van dit produkt betreft zodat het aangevoerde feit inderdaad van overwegend belang was voor de strafvervolgung;

Overwegende dat de beklaagde, zonder te gewagen van artikel 774 van het Gerechtelijk Wetboek, ten onrechte van mening is dat de debatten slechts in de gevallen omschreven in artikel 772 van voornoemd wetboek heropend mogen worden; dat de strafrechter krachtens zijn plicht te zoeken naar de waarheid vrijelijk beslist over de gepastheid de debatten al of niet te heropenen zonder deze beslissing met redenen te hoeven omkleden;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat de vaststellingen van de farmaceutische inspecteur nietig zijn omdat hij de produkten waarvan de kwalificatie als geneesmiddel werd betwist heeft verzegeld; dat hij geen melding heeft gemaakt van deze verzegeling, dat hij de verzegeling heeft omschreven als inbeslagneming, dat bij de neerlegging ter griffie de verzegeling niet werd vermeld, door de resultaten van de analyses van de monsters niet tijdig mee te delen, door de monsterafneming niet te vermelden en door niet tijdig een afschrift van de vaststellingen toe te sturen en ten slotte door de analyse niet toe te vertrouwen aan een erkend laboratorium;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat er geen verzegeling rechtsgeldig kan gebeuren behalve bij betwisting nopens het bederf, de ontaarding of de niet-conformiteit van geneesmiddelen; dat deze interpretatie van artikel 15, § 3, van de Geneesmiddelenwet als onjuist dient te worden afgevoerd; dat de farmaceutische inspecteur bij inbeslagneming steeds gerechtigd is de monsters te verzegelen wanneer zulks nuttig voorkomt voor het strafrechtelijk onderzoek en wan-

neer zulks strookt met de beveiliging van de volksgezondheid;

Overwegende dat geen wettelijke bepaling voorschrijft dat melding van de verzegeling moet worden gemaakt in het proces-verbaal van vaststelling;

Overwegende dat de beklaagde een verkeerde interpretatie aan artikel 15, § 1 van de Geneesmiddelenwet geeft, wanneer hij beweert dat slechts bij vervalste of nagemaakte geneesmiddelen inbeslagname rechtsgeldig kan geschieden; dat een officier van gerechtelijke politie rechtsgeldig beslag kan leggen op goederen die het voorwerp van het misdrijf uitmaken, hetgeen te dezen het geval was;

Overwegende dat een neerlegging ter griffie niet door nietigheid is aangetast doordat de zegellegging niet werd vermeld;

Overwegende dat de rechtsgeldigheid van de vaststellingen niet wordt aangetast door de al of niet mededeling van de resultaten van een analyse; dat de vermelding van de monsterafneming op 20 februari 1990 geen enkele rol speelt bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het proces-verbaal van vaststelling van het misdrijf;

Overwegende dat ook de analyse van de monsters ten slotte geen rol spelen bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de vaststellingen van de farmaceutische inspecteur;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat de procureur des Konings verzuimd heeft overeenkomstig artikel 17 van de Geneesmiddelenwet de door de Koning aangewezen ambtenaar kennis te geven van zijn beslissing de beklaagde te vervolgen, zodat de vervolging, naar zijn oordeel, nietig is;

Overwegende dat de procureur des Konings slechts in de gevallen limitatief opgesomd in artikel 17 van genoemde wet de door de Koning aangewezen ambtenaar kennis dient te geven van zijn beslissing; dat de beklaagde wordt vervolgd wegens een inbreuk op artikel 6, lid 1 en 2, van voormelde wet, zodat er geen mededelingsplicht bestond; dat er dan ook van nietigheid van de strafvordering geen sprake is;

...

NOOT – De heropening van het debat in strafzaken en het recht van verdediging

1. Bovenstaand arrest betrof een vervolging op grond van het onwettig verhandelen van een geneesmiddel. De hoofdvraag hierbij was of het middel in kwestie «Gingko Biloba» genaamd, nu al of niet als geneesmiddel kon worden beschouwd.

In eerste aanleg was beklaagde vrijgesproken.

In hoger beroep werden de debatten gesloten op de zitting van 2 december 1993, en werd de zaak voor uitspraak gesteld op 23 december 1993. Op 22 december 1993, daags voor de zitting, richtte het O.M. echter een verzoekschrift aan het Hof om het debat te heropenen. Hierbij voerde het aan dat er hem na het sluiten van het debat bijkomende inlichtingen ter kennis waren gekomen, waaruit zou blijken dat het middel in kwestie wel degelijk een geneesmiddel was.

Op dit verzoek besloot het Hof op de zitting van 23 december 1993, alwaar de beklaagde niet aanwezig was, de debatten te heropenen.

De beklaagde voerde achteraf aan dat door die handelwijze van het Hof zijn recht van verdediging schromelijk was geschonden doordat hij niet de kans had gekregen om zich te verweren tegen het verzoek van het openbaar ministerie.

Daarnaast voerde hij ook nog aan dat het debat enkel heropend mocht worden in de gevallen omschreven in art. 772 Ger.W.

Het hof heeft echter beide verweermiddelen afgewezen. Allereerst heeft het beslist dat het, door het debat te heropenen, geen beslissing heeft genomen, die het recht van verdediging heeft geschaad. Daarnaast heeft het hof, verwijzend naar de plicht van de strafrechter om de waarheid te zoeken, ook gesteld dat deze vrijelijk beslist of het debat heropend dient te worden, en dit zelfs zonder deze beslissing te hoeven te motiveren. Impliciet wordt hierbij beslist dat bij het nemen van deze beslissing geen rekening hoeft te worden gehouden met art. 772 Ger.W. Het hof specificceert in zijn eindarrest wel dat het door het O.M. aangevoerde feit «van overwegend belang» was voor de strafvervolgung, nu de strafvervolgung precies de aard van het produkt in kwestie betrof, en het aldus geldig het debat kon heropenen. In het eindarrest heeft het dus wel zijn beslissing om het debat te heropenen gemotiveerd, en wel met verwijzing naar de bewoordingen van art. 772 Ger.W.

2. Dit arrest ligt volledig in de lijn van de gevestigde rechtspraak m.b.t. deze materie.

Het staat vast dat de artt. 772-776 Ger.W. m.b.t. de heropening van het debat niet van toepassing zijn in strafzaken (Cass., 19 oktober 1977, *Arr.Cass.*, 1978, 226, noot F.D.; Cass., 17 februari 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, nr. 356; Cass., 6 mei 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, nr. 501; Gent, 22 maart 1984, *T.G.R.*, 1985, 63; alle vier i.v.m. art. 774 Ger.W.; Cass., 20 juli 1982, *Arr.Cass.*, 1981-82, nr. 664, i.v.m. de artt. 772-773 Ger.W.; Declercq, R., «Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht», *T.P.R.*, 1980, 47-48; zie echter Antwerpen, 25 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 1637, noot, dat oordeelt dat art. 776 Ger.W. wel toepasselijk is in strafzaken).

Hiervoor kunnen tekstargumenten aangehaald worden. Eveneens kan m.b.t. de niet-toepasselijkheid van art. 774 Ger.W. gewezen worden op het openbare-ordekarakter van de meeste strafbepalingen, zodat de strafrechter deze steeds ambtshalve moet toepassen, zonder het debat te heropenen, wat in het gerechtelijk recht niet het geval is (F.D., noot 1 onder Cass., 19 oktober 1977, *Arr.Cass.*, 1978, 226-227).

3. Het meest essentiële argument ligt echter in de andere «roeping», die de strafrechter en de burgerlijke rechter, *sensu lato*, heeft. De burgerlijke rechter dient enkel na te gaan of de voorliggende vordering al of niet bewezen voorkomt, dit conform de (bewijs)regels van het burgerlijk en het gerechtelijk privaatrecht. Zoals het hof van beroep in het hierboven weergegeven arrest echter aangeeft, is het de taak van de strafrechter de waarheid te zoeken. Hierbij speelt hij een actieve rol en beschikt hij over een ruim initiatiefrecht. Hij kan alle (onderzoeks)maatregelen nemen, die hem raadzaam lijken om de waarheid te ontdekken (Cass., 6 mei 1981, *reeds geciteerd*; Cass., 30 juni 1982, *reeds geciteerd*; Declercq, R., *l.c.*, 48). Het voornaamste criterium dat de strafrechter dus in acht moet nemen om te oordelen of hij het debat al of niet moet heropenen, is de dienstigheid van deze heropening voor zijn *queeste naar de waarheid*. Als hij meent dat een heropening van het debat noodzakelijk of raadzaam is om de waarheid te kunnen ontdekken, dan dient hij de heropening te bevelen.

Zo bestaat er sowieso geen aanleiding tot de heropening van het debat als de in het verzoek aangegeven feiten geen betrekking hebben op de feiten die voorwerp uitmaakten

van de vervolging (Cass., 8 september 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 14), of als het na het sluiten van het debat neergelegde stuk niet bestemd is om de overtuiging van de rechter te vormen (Cass., 11 september 1991, *R.W.*, 1991-92, 881).

4. Indien de strafrechter het dus opportuun acht in het kader van het ontdekken van de waarheid, dient hij het debat te heropenen, hetzij na een verzoek daartoe van een der procespartijen, hetzij ambtshalve.

Op zijn zoektocht naar de waarheid, dient de strafrechter echter ook steeds oog te hebben voor het naleven van de procedureregels, en voor het respecteren van het recht van verdediging. Indien de strafrechter vaststelt dat een van deze punten in het gedrang komt, dient hij het debat te heropenen. Dat zal bv. het geval zijn, indien hij van oordeel is dat hij een andere kwalificatie moet aannemen, waarvan hij de verdachte natuurlijk op de hoogte moet brengen (Franchimont, M. e.a., *Manuel de procédure pénale*, Luik, 1989, 535). Dat zal bv. ook het geval zijn, indien een rechtscollege vaststelt dat de continuïteit van het college niet is gerespecteerd, zodat het debat hervat moet worden.

5. Die regels van strafprocedure moeten steeds worden gevolgd door de strafrechter, ook al doet hij (enkel) uitspraak over de burgerlijke vordering (Cass., 19 oktober 1977, *reeds geciteerd*; Cass., 17 februari 1981, *reeds geciteerd*; Cass., 6 mei 1981, *reeds geciteerd*; Declercq, R., *l.c.*, 47 en de daar aangehaalde rechtspraak).

6. Gezien de niet-toepasselijkheid van de artt. 772-776 Ger.W. is bv. ook niet vereist dat een verzoekschrift tot heropening van het debat ter griffie wordt neergelegd, zoals bepaald in art. 773 Ger.W. Het kan bv. worden toegestuurd aan de voorzitter van de kamer van de rechtbank of het hof dat over de zaak moet oordelen, of ook aan het O.M. (Declercq, R., *l.c.*, 47-48; Verstraeten, R., *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1993, nr. 1415).

7. Er is echter natuurlijk niets op tegen dat de strafrechter die de heropening van het debat beveelt, hierbij verwijst naar het «overwegend belang» van de aangevoerde redenen of stukken, en zo de terminologie van art. 772 Ger.W. overneemt, zoals in bovenstaand arrest het geval is.

Declercq merkt terecht op dat de bewoordingen van art. 772 Ger.W. een evidentie uitdrukken (Declercq, R., *l.c.*, 47). Het is immers evident dat de strafrechter, indien hij stukken of argumenten voorgelegd krijgt na het sluiten van het debat, die «van overwegend belang» zijn om de waarheid te ontdekken, het debat heropent.

8. Anderzijds rijst de vraag of het recht van verdediging niet geschonden kan worden door een heropening van het debat of door een weigering het debat te heropenen.

9. Het staat vast dat, indien een procespartij in een strafproces de heropening van het debat vraagt, de strafrechter op onaantastbare wijze het nut en de wenselijkheid van de heropening van het debat beoordeelt (Cass., 19 december 1955, *J.T.*, 1956, 67; Cass., 13 februari 1967, *Pas.*, 1967, I, 732; Cass., 5 januari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 403; Cass., 8 januari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 511; Cass., 2 juni 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, nr. 584; Cass., 19 december 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 248; Cass., 24 juni 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 669; Cass., 8 september 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 14; Cass., 30 november 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 190; Cass., 6 december 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 202; Cass., 13 november 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, nr. 141; Cass., 2 juni 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, nr. 518; Cass., 5 mei 1993, *R.D.P.*, 1993, 868).

Hierbij speelt het geen enkele rol van welke procespartij het verzoek om het debat te heropenen uitgaat (zie De Peuter, J., «Uit het strafdossier te weren stukken», noot onder Cass., 2 september 1980, *R.W.*, 1980-81, 1071, punt 4, en de daar geciteerde rechtspraak).

10. De strafrechter hoeft aan de partijen niet de kans te geven om over deze heropening tegenspraak te voeren, aangezien dit door geen enkel wetsartikel wordt bepaald (Cass., 8 september 1987, *reeds geciteerd*; Cass., 5 mei 1993, *reeds geciteerd*). Hierdoor wordt het recht van verdediging niet geschonden.

Dat is logisch. In het verzoek waarin de heropening van het debat wordt gevraagd, moet immers uitdrukkelijk aangegeven worden waarom die heropening noodzakelijk is voor het vinden van de waarheid. De strafrechter dient op grond van die gegevens na te gaan of dat daadwerkelijk het geval is. Hij kent het dossier en heeft daar de mening van de andere partijen niet voor nodig. De heropening van het debat heeft enkel tot doel de waarheid te ontdekken, en de rechten van de andere partijen kunnen daardoor überhaupt niet geschonden worden.

11. Uit de enkele omstandigheid dat de strafrechter besluit het debat niet te heropenen, na verzoek daartoe door een van de partijen, valt op zich ook geen enkele schending af te leiden van het algemeen beginsel van het recht van verdediging of van art. 6, lid 1, E.V.R.M. (Cass., 30 november 1988, *reeds geciteerd*; Cass., 13 november 1991, *reeds geciteerd*; cf. Cass., 25 mei 1959, *R.D.P.*, 1959-60, 416; Cass., 2 september 1980, *R.W.*, 1980-81, 1069, noot J. De Peuter).

De procespartij die de heropening gevraagd heeft en die aanvoert dat zijn recht van verdediging geschonden is door de weigering op zijn vraag, zal dus specifieke particulariteiten moeten aanhalen om de schending aan te tonen. Hierbij valt het op dat het Hof van Cassatie in bepaalde gevallen – a.h.w. terzijde – opmerkt dat uit de procedurestukken niet af te leiden valt dat er tijdens het debat ooit uitstel is gevraagd voor de reden op grond waarvan later een heropening van het debat wordt gevraagd (Cass., 2 juni 1982, *reeds geciteerd*; Cass., 19 december 1984, *reeds geciteerd*; Cass., 30 november 1988, *reeds geciteerd*; voor een ander geval, zie *R.P.D.B.*, Compl. III, v° «Droit de défense», nr. 115 in fine). Zodoende wordt a.h.w. gesuggereerd dat er in dat geval geen sprake kan zijn van enige schending van het recht van verdediging. Het zou dan ook kunnen worden aangevoerd dat reeds tijdens het debat uitstel is gevraagd om bv. een of ander stuk te kunnen overleggen, en dat dit toen reeds geweigerd is, zodat de procespartij in kwestie niet anders kon dan een heropening van het debat te vragen, teneinde zijn recht van verdediging te kunnen vrijwaren. Als dat andermaal wordt geweigerd kan eventueel tot een schending van het recht van verdediging worden besloten.

12. Daarnaast heeft het Hof van Cassatie beslist dat de beslissing het debat niet te heropenen niet met redenen omkleed hoeft te zijn (Cass., 6 december 1988, *reeds geciteerd*; Cass., 4 juni 1992, *niet geciteerd*).

Deze stelling is moeilijk te begrijpen. Ondanks de onaantastbare beoordeling van de strafrechter in dezen moet toch aanvaard worden dat hij minstens moet meedelen waarom hij niet ingaat op een verzoek tot heropening van het debat. Op de strafrechter rust immers een motiveringsplicht (art. 149 Gw.). Deze motiveringsplicht strekt er precies toe willekeur te voorkomen, en maakt het tevens mogelijk dat het Hof

van Cassatie – zij het een marginale – controle kan uitoefenen op het hanteren van de onaantastbare beslissingsmacht door de strafrechter. In casu wordt dit echter onmogelijk, en kan de onaantastbaarheid in willekeur vervallen, zonder dat dit enigszins controleerbaar is. Het is dan ook noodzakelijk dat de strafrechter in elk geval aangeeft waarom hij niet ingaat op een verzoek om het debat te heropenen, m.a.w. waarom de heropening niet zou bijdragen tot het vinden van de waarheid.

Het Hof van Cassatie heeft evenwel beslist dat de strafrechter in elk geval moet oordelen over het verzoek, en dat zijn oordeel uit zijn beslissing moet blijken. Indien uit de beslissing niet blijkt dat het verzoek in overweging is genomen, is het recht van verdediging geschonden (Cass., 28 februari 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 366). Om die reden dient het verzoek tot heropening van het debat beoordeeld te worden door het integrale rechtscollege, en niet door de voorzitter van dat rechtscollege alleen. Indien deze dus de griffier de stukken laat terugzenden aan de procespartij die de heropening vroeg, en van het verzoek tot heropening geen gewag wordt gemaakt in de beslissing van het rechtscollege zelf, is het recht van verdediging geschonden (Cass., 24 juni 1986, *reeds geciteerd*).

13. Indien door een procespartij nieuwe stukken worden neergelegd na de sluiting van het debat, en de strafrechter niet besluit tot een heropening van het debat, dient hij de stukken uit het debat te weren. Dit laatste dient hij uitdrukkelijk te vermelden in zijn beslissing (Cass., 5 januari 1970, *reeds geciteerd*; Cass., 8 januari 1975, *reeds geciteerd*; Cass., 1 juni 1976, *Pas.*, 1976, I, 1048; Cass., 2 juni 1982, *reeds geciteerd*; Cass., 13 november 1991, *reeds geciteerd*; De Peuter, J., *l.c.*, 1071; Traest, Ph., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, nr. 730, en de verwijzingen in de noten 495-498; *R.P.D.B.*, v° *cit.*, nrs. 114-115, en de rechtspraak aldaar *geciteerd*). Deze stukken mogen dan immers geen rol spelen bij zijn besluitvorming, nu zij niet aan de tegenspraak van alle partijen zijn onderworpen, en zodoende het recht van verdediging van de andere partijen geschonden zou worden.

Deze plicht om de overgelegde stukken uit het debat te weren, op straffe van schending van het recht van verdediging, dient echter niet te worden nageleefd als de nieuwe stukken enkel «vormstukken» zijn, die geen betrekking hebben op de grondslag van de telastlegging (Cass., 1 december 1978, *Pas.*, 1979, I, 382).

Stukken die geen betrekking hebben op de strafvordering, bv. stukken i.v.m. het bewijs van de grootte van de burgerlijke vordering, neergelegd door de burgerlijke partij, hoeven evenmin geweerd te worden uit het debat m.b.t. de strafvordering. Zonder het recht van verdediging van enige procespartij te schenden, kan de rechter uitspraak doen omtrent de strafvordering. Indien de rechter echter een dergelijk stuk niet uit het debat weert, en evenmin een heropening van het debat beveelt, en toch uitspraak doet over de burgerlijke vordering, zal het recht op tegenspraak van de verdachte wel degelijk geschonden zijn m.b.t. deze burgerlijke vordering. Een schending van het recht van verdediging staat dan vast (De Peuter, J., *l.c.*, 1071-1072; *R.P.D.B.*, Compl. III, v° *cit.*, nr. 119, en de rechtspraak *geciteerd* op deze twee plaatsen).

14. Indien de strafrechter besluit het debat te heropenen, moet deze beslissing betekend worden aan de partijen, die niet aanwezig waren bij de uitspraak van deze beslissing. An-

ders is het recht van verdediging van deze partijen geschonden (Cass., 9 juni 1952, *Pas.*, 1952, I, 647).

Luc Arnou

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 11 JANUARI 1995

Voorzitter: de h. Londers

Raadsheren: de hh. Vermeylen en Rutsaert

Advocaten: mrs. Hillen loco Bolle, Rigaux en Van Buggenhout

Faillissement – Faillietverklaring bij verstek – Hoger beroep

De koopman die, gedagvaard door een schuldeiser, door de rechtbank van koophandel failliet verklaard is, kan tegen het vonnis hoger beroep instellen, ook al is het vonnis te zijnen opzichte bij verstek gewezen. Hij is niet gehouden eerst verzet te doen overeenkomstig art. 473, eerste lid, Fw.

N.V. R. t/ L. e.a.

Gezien de processtukken en in het bijzonder het afschrift van een vonnis bij verstek gewezen t.a.v. appellante door de Rechtbank van Koophandel te Brussel op 7 september 1994, van welke beslissing geen betekeningsexploot wordt voorgelegd en waartegen hoger beroep werd ingesteld bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het hof op 18 oktober 1994;

Overwegende dat de oorspronkelijk door eerste geïntimeerde ingestelde vordering ertoe strekte het faillissement van appellante te horen uitspreken en dientengevolge het tijdstip van staking van betaling te horen vaststellen, een curator te horen aanstellen en alle maatregelen te horen bevelen noodzakelijk voor de afwikkeling van het faillissement;

Overwegende dat de eerste rechter het faillissement van appellante geopend heeft verklaard en tweede geïntimeerde heeft aangesteld als curator;

dat hij het tijdstip van de staking der betalingen niet heeft vastgesteld;

Overwegende dat het hoger beroep ertoe strekt de vordering van eerste geïntimeerde als ongegrond te horen afwijzen en dientengevolge het faillissement te horen intrekken;

I. De feiten

Overwegende dat eerste geïntimeerde de externe accountant was van appellante;

dat deze laatste bij vonnis uitgesproken op 24 februari 1994 door de vrederechter van het 1e kanton Brussel werd veroordeeld om aan eerste geïntimeerde de som van 57.763 fr. te betalen, te vermeerderen met de moratoire interesten à 8% vanaf 23 augustus 1993, alsmede met de kosten;

dat dit vonnis, bij verstek gewezen, bij exploot van 17 maart 1994 werd betekend aan appellante met bevel tot betaling;

Overwegende dat de gerechtsdeurwaarder belast met de uitvoering heeft vastgesteld dat er op de maatschappelijke zetel van appellante geen enkele activiteit meer was en tot de

conclusie kwam dat er proces-verbaal van gebrek aan baten opgesteld diende te worden;

Overwegende dat geïntimeerde op 9 juni 1994 is overgegaan tot dagvaarding tot faillietverklaring;

II. In rechte

A. De ontvankelijkheid van het hoger beroep

Overwegende dat appellante voor de eerste rechter gedagvaard werd op verzoek van haar schuldeiser en derhalve partij was in het geding;

dat zij dan ook gerechtigd is hoger beroep in te stellen, ook al werd het bestreden vonnis bij verstek uitgesproken wat haar betreft;

dat zij niet gehouden was eerst verzet te doen overeenkomstig artikel 473, eerste lid, Fw., alwaar in werkelijkheid «derdenverzet» bedoeld wordt;

Overwegende dat het hoger beroep, regelmatig naar de vorm en tijdig ingesteld, ontvankelijk is;

...

NOOT – *Verzet als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor hoger beroep tegen een vonnis van faillietverklaring*

1. Overeenkomstig de faillissementswetgeving kan de rechtbank van koophandel een handelaar failliet verklaren, hetzij op verzoek van de betrokken handelaar zelf, hetzij op verzoek van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve. In de onderhavige zaak werd de N.V.R. (hierna: R.), vennootschap in vereffening, op verzoek (lees dagvaarding) van een van haar schuldeisers, in eerste aanleg bij verstek failliet verklaard door de Rechtbank van Koophandel te Brussel, waarna het hof van beroep het door R. ingestelde hoger beroep afwees als ontvankelijk doch ongegrond en zodoende het faillissement van voornoemde vennootschap bekrachtigde. Het arrest van het hof van beroep is interessant, omdat het herinnert aan een oude controverse in de rechtsleer en rechtspraak, te weten of de bij verstek failliet verklaarde handelaar meteen hoger beroep kan instellen tegen het faillissementsvonnis zonder eerst verzet te doen. Deze vraagstelling was voor R. bijzonder dwingend, aangezien zij al dan niet door nalatigheid de bij art. 473, eerste lid, Fw. bepaalde termijn van acht dagen voor verzet, had laten verstrijken.

2. Overeenkomstig art. 473, eerste lid, Fw. staat verzet open voor alle belanghebbenden die daarin *geen partij* waren. Derhalve kan de gefailleerde handelaar die geen kennis heeft gekregen van het verzoek tot zijn faillietverklaring of aan wie de hiertoe ingeroepen documenten niet werden meegedeeld, verzet doen tegen het faillissementsvonnis. Een dergelijk verzet, eigenlijk derdenverzet (Cass., 30 januari 1970, *J.T.*, 1970, 357; Fettweis, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac. de Droit, 1987, nr. 738), is bijgevolg slechts mogelijk in gevallen van ambtshalve faillietverklaring, faillietverklaring op verzoek van één of meer schuldeisers in de procedure op eenzijdig verzoekschrift of op aangifte van de betrokken handelaar zelf (Cass., 25 september 1941, *Pas.*, 1941, I, 358; Fredericq, L., *Traité de droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, VII, nr. 37). Meer nog, indien de handelaar geen partij was in het geding, diende hij eerst verzet te doen, alvorens hij hoger beroep kon instellen en wel op straffe van onontvankelijkheid van het ingestelde hoger beroep (Cass., 27 mei 1880, *Pas.*, I, 142; Cass., 27 september 1927, *Pas.*, I, 235; Verougstraete, I., *Manuel du curateur de faillite*,

Brussel, Swinnen, 1979, nr. 34; Cass., 30 januari 1970, *Pas.*, I, 455; Cass., 17 september 1982, *T.B.H.*, 1983, 637). De tussenstap van het verzet is bijgevolg noodzakelijk om de gefailleerde handelaar, althans in voornoemde gevallen van faillietverklaring, *partij* te maken in het geding. Volledigheids halve moet worden opgemerkt, dat volgens rechtspraak van het Hof van Cassatie het niet langer meer mogelijk is om een vordering tot faillietverklaring van een handelaar in te leiden bij eenzijdig verzoekschrift (Cass., 31 januari 1986, *T.B.H.*, 1986, 289, op concl. van proc.-gen. E. Krings; Cass., 10 maart 1989, *T.B.H.*, 1989, 490). Het Hof van Cassatie besliste immers, dat het begrip *verzoek* in art. 442 Fw. een algemene draagwijdte heeft en hetzelfde betekent als *vordering* en dat geen enkele rechtsbepaling toestaat een vordering tot faillietverklaring van een handelaar bij eenzijdig verzoekschrift in te leiden, waaruit volgt dat een dergelijke vordering niet anders dan bij dagvaarding kan worden ingesteld.

3. Of het verzet als rechtsmiddel ook openstaat voor de gefailleerde handelaar of voor andere personen die *wel partij* waren, wordt noodzakelijkerwijze bepaald door de invulling van het begrip *partij zijn*.

Partij zijn in het geding betekent o.a. verschijnen op de inleidende zitting, de zaak op tegenspraak laten uitstellen, verweermiddelen laten gelden (al dan niet in de vorm van een conclusie) of stukken uitwisselen. Bijgevolg is het belangrijk te weten of het volstaat als partij te zijn opgeroepen (hetgeen impliceert dat de betrokkene minstens de mogelijkheid heeft of wordt geboden om zijn verweermiddelen te laten gelden), opdat de betrokken partij verzet kan doen of, dat vereist is dat de betrokken partij ook in werkelijkheid verschenen is en zich heeft verdedigd. De rechtspraak en de rechtsleer zijn op dit punt verdeeld. Volgens een restrictieve opvatting van art. 473, eerste lid, Fw. (zie hierover Cloquet, A., *Les Nouvelles, Droit commercial, IV, La faillite et le concordat judiciaire*, Brussel, Larcier, 1985, nr. 1214 en de aldaar aangehaalde rechtsleer en rechtspraak) is de handelaar die gedagvaard wordt tot faillietverklaring, *partij* in het geding, zelfs indien hij niet komt opdagen. Het enkele feit dat hij is opgeroepen, biedt de betrokken handelaar immers de mogelijkheid om zijn verweermiddelen te laten gelden, zodat hij als partij in het geding moet worden beschouwd. Indien de betrokkene derhalve verstek laat gaan, staat voor hem alleen nog hoger beroep open. In deze opvatting heeft art. 473, eerste lid, Fw. een beperkende werking ten opzichte van het gemeene recht en dus van het recht verzet te doen. Het recht dat door art. 473, eerste lid, Fw. wordt toegekend, is in werkelijkheid een derdenverzet dat alleen openstaat voor belanghebbenden die *geen partij* waren in het geding. De theorie van het derdenverzet wordt ook gehanteerd voor faillietverklaring op aangifte van de handelaar zelf. Dienaangaande wordt algemeen aanvaard, dat de betrokken handelaar niet de hoedanigheid van partij verwerft: hij verschijnt immers niet voor de rechtbank noch laat hij rechtsmiddelen gelden of verzoekt hij om zijn faillietverklaring. Hij brengt alleen maar de rechtbank op de hoogte van het feit dat hij heeft opgehouden te betalen, zodat de rechtbank de mogelijkheid wordt geboden om daaraan eventueel de noodzakelijke rechtsgevolgen vast te knopen door het uitspreken van zijn faillietverklaring (Geinger, H., Colle, Ph. en Van Buggenhout, Ch., «Overzicht van rechtspraak, 1975-1989, Het faillissement en het gerechtelijk akkoord», *T.P.R.*, 1991, nr. 74; *contra*: Kh. Brussel, 8 oktober 1981, *J.T.*, 1981, 674). Volgens de extensieve in-

terpretatie van art. 473, eerste lid, Fw. zijn alle vonnissen inzake faillissement vatbaar voor verzet, tenzij de Faillissementswet anders zou bepalen. Deze strekking in de rechtsleer en rechtspraak verwijst uitdrukkelijk naar de bepalingen van art. 465 Fw., welk artikel een limitatieve opsomming geeft van de vonnissen ter zake van faillissement die vatbaar zijn noch voor verzet, noch voor hoger beroep noch voor cassatieberoep. Aangezien de faillietverklaring bij verstek van een handelaar die hiertoe is gedagvaard, niet in deze lijst voorkomt, is de betrokken handelaar gerechtigd verzet te doen (Cass., 25 september 1941, *Pas.*, 1941, I, 358; Fredericq, L., *Traité de droit commercial belge*, VII, 103-104, nr. 37). Bovendien doet de Faillissementswet en meer in het bijzonder art. 473, eerste lid, geen afbreuk aan de gewone, gemeenrechtelijke rechtsmiddelen, zodat de gefailleerde overeenkomstig art. 1047 Ger.W. verzet kan doen (Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, IV, 223, nr. 2659; Fredericq, L., *o.c.*, VII, 104, nr. 37), weliswaar binnen de bij art. 473 Fw. gestelde termijn van 8 dagen (Cass., 19 oktober 1984, *T.B.H.*, 1985, 371).

4. Of de bij verstek failliet verklaarde handelaar ook meteen hoger beroep kan instellen in plaats van verzet of, zoals in het geval van R., na het verstrijken van de termijn voor verzet, is niet geheel duidelijk. Het antwoord op deze vraag draait wederom rond het begrip *partij zijn* in het geding.

Overeenkomstig de restrictieve opvatting van art. 473, eerste lid, Fw. is hoger beroep uiteraard mogelijk, aangezien de gedagvaarde handelaar reeds in eerste aanleg de mogelijkheid werd geboden om zich te verdedigen, zodat hij als partij in het geding moet worden beschouwd. Deze mening was ook het Hof van Beroep te Brussel toegedaan in de onderhavige zaak. Het hof oordeelde immers, dat R. er niet toe gehouden was om eerst verzet te doen overeenkomstig art. 473, eerste lid, Fw. *alwaar in werkelijkheid derdenverzet bedoeld wordt* (vgl. Bergen, 16 november 1993, *J.L.M.B.*, 1994, 846, in een procedure van ambtshalve faillietverklaring). Anders gezegd, de verzetprocedure van art. 473, eerste lid, Fw. staat open voor de belanghebbenden die *geen partij* waren in het geding. R. evenwel, zo merkt het hof vooraf op, werd voor de eerste rechter gedagvaard op verzoek van haar schuldeiser en was derhalve partij in het geding. Indien men echter de stelling huldigt dat de gefailleerde effectief moet verschenen zijn om *partij* te kunnen zijn, hetgeen impliceert dat hij verweermiddelen heeft laten gelden, dan moet eerst verzet worden gedaan, alvorens hoger beroep kan worden ingesteld. Deze problematiek doet zich bijzonder scherp voor in de gevallen van ambtshalve faillietverklaring. Talloze arresten hebben in voorkomend geval het door de gefailleerde ingestelde hoger beroep als onontvankelijk afgewezen, omdat niet eerst verzet was ingesteld (o.a. Brussel, 6 maart 1975, *J.T.*, 1975, 346; Brussel, 11 mei 1976, *J.T.*, 1976, 463; Brussel, 9 januari 1978, *J.C.B.*, 1978, II, 118; Luik, 21 december 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 385; Bergen, 16 november 1993, *o.c.*, 846; zie ook Coppens, P. en 't Kint, F., «Les faillites et concordats, Examen de jurisprudence, 1974-1979», *R.C.J.B.*, 1979, 335). Het enkele feit dat de failliet verklaarde handelaar vooraf werd opgeroepen om aan de rechtbank inlichtingen te verstrekken in het kader van een procedure van ambtshalve faillietverklaring, maakt de betrokken handelaar nog geen partij in het geding, zelfs indien hij effectief is verschenen en uitleg heeft verstrekt (Cloquet, A., *o.c.*, nr. 1218bis; Kh. Charleroi, 19 juli 1983, geciteerd in *R.C.J.B.*,

1984, 479, nr. 38; Cass., 30 januari 1986, *Pas.*, 1986, I, 648; Cass., 1 april 1993, *R.W.*, 1993-94, 263). Een bepaalde strekking in de rechtsleer en rechtspraak verdedigt evenwel de stelling dat, indien de handelaar in het kader van een procedure van ambtshalve faillietverklaring of op eenzijdig verzoekschrift (niet langer meer mogelijk) was opgeroepen bij gerechtsbrief én gehoord, de betrokken handelaar toch *partij* zou worden in het geding en bijgevolg hoger beroep zou kunnen instellen, weliswaar binnen de termijn van art. 465 Fw. (Brussel, 24 juni 1980, *J.T.*, 1980, 637, met noot van P. Gilson; Brussel, 22 december 1988, *J.T.*, 1989, 162; zie ook Geinger, H., Colle, Ph. en Van Buggenhout, Ch., *o.c.*, nr. 78, en de aldaar aangehaalde rechtspraak en rechtsleer). Het begrip *partij zijn* zou immers los staan van de aard van de gevoerde procedure en wordt gedetermineerd door de omstandigheid of er zich al dan niet een debat, d.w.z. op tegenspraak, heeft ontwikkeld. Uitgaande van de vaststelling evenwel, dat de Faillissementswet en meer in het bijzonder art. 473, eerste lid, de gewone rechtsmiddelen niet heeft uitgesloten, moet het voor de bij verstek failliet verklaarde handelaar ook mogelijk zijn om meteen hoger beroep in te stellen. Overeenkomstig art. 1050 Ger.W. kan immers in alle zaken hoger beroep worden ingesteld zodra het vonnis is uitgesproken, zelfs al is dit een beslissing alvorens recht te doen of een verstekvonnis (Geinger, H., Colle, Ph. en Van Buggenhout, C., *o.c.*, nr. 75 in fine).

5. In de huidige stand van zaken kunnen de volgende besluiten worden getrokken met betrekking tot de vraag of verzet een ontvankelijkheidsvoorwaarde is voor hoger beroep tegen een vonnis van faillietverklaring.

Wat betreft de faillietverklaring op aangifte van de betrokken handelaar zelf, bestaat er een vrij grote eensgezindheid dat de betrokkene geen partij is in het geding en bijgevolg eerst verzet moet doen, alvorens hoger beroep te kunnen instellen. Voor het geval van de handelaar die failliet verklaard is na hiertoe te zijn gedagvaard door één of meer van zijn schuldeisers, zijn er meerdere mogelijkheden. Indien de gedagvaarde handelaar verschijnt en er ontwikkelt zich een debat, dan staat voor de betrokkene geen ander rechtsmiddel open dan het hoger beroep binnen de termijn van vijftien dagen overeenkomstig art. 465 Fw. De bij verstek veroordeelde handelaar daarentegen kan steeds verzet doen ofschoon dit niet verplicht is. Overeenkomstig art. 1050 Ger.W. is het immers mogelijk om meteen hoger beroep in te stellen. De tussenstap van het verzet is bijgevolg niet noodzakelijk, opdat het hoger beroep ontvankelijk is. Volgens de restrictieve interpretatie van art. 473, eerste lid, Fw. zou er zelfs geen verzet mogelijk zijn en is hoger beroep het enige rechtsmiddel dat openstaat. Wat betreft de ambtshalve faillietverklaring blijft de kwestie onduidelijk. Het Hof van Cassatie lijkt er evenwel van uit te gaan dat, zelfs indien de handelaar wordt opgeroepen én verschijnt, er toch geen debat plaatsvindt. Bijgevolg dient eerst verzet te worden gedaan op straffe van ontvankelijkheid van een eventueel later ingesteld hoger beroep (Cass., 31 januari 1986, *l.c.*; Cass., 1 april 1993, *l.c.*).

Serge Ruysseveldt

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN*2e KAMER – 18 MAART 1994*

Voorzitter: mevr. Homans

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Martens en Machielsens

Openbaar ministerie: mevr. Van Strijdonck

Advocaten: mrs. De Grauwe en Nelis

Arbeidsovereenkomst – 1. Einde – Ontslag – Opzeggingsvergoeding – Berekeningsbasis – Loon en verkregen voordelen – Begrip – 2. Politiek verlof – Politiek mandaat – Bescherming tegen ontslag – Voorwaarde – Bericht van kandidatuur – 3. Einde – Ontslag – Misbruik van recht – Vordering tot schadevergoeding – Rechtsgrond – Overeenkomst – Uitvoering – Goede trouw

1. *Als voordelen die krachtens de arbeidsovereenkomst zijn verkregen en dus in arbeidsrechtelijke zin loon zijn, maken deel uit van de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding: de premie die de werkgever betaalt voor de groepsverzekering, voor zover het premievoordeel per werknemer individualiseerbaar is; het voordeel van een gunstig rentetarief voor een sociale lening; de toegekende bovenwettelijke kinderbijslag en het voordeel van een lagere premie voor een ziekenhuisverzekering.*

2. *Hoewel uit de wetsvoorbereiding een andere bedoeling blijkt, volgt uit de ondubbelzinnige tekst van art. 5 Wet Politiek Verlof 1976 dat de bescherming tegen ontslag wegens politiek mandaat slechts verkregen wordt mits de werknemer zes maanden vóór een verkiezing zijn werkgever bericht van zijn kandidatuur voor een van de in de wet bedoelde instellingen.*

3. *Niet de algemene gedragsnorm van art. 1382 B.W. maar de bijzondere contractsnorm dat een overeenkomst te goeder trouw moet worden uitgevoerd, vormt de rechtsgrond van een vordering wegens misbruik van ontslagrecht (art. 1134, derde lid, B.W.).*

N. t/ N.V. I.

I. Ten aanzien van de feiten en de voorafgaande rechtspleging

1. Appellant treedt op 1 november 1973 in dienst van geïntimeerde en klimt in de loop der jaren op tot de lagere kaderfunctie van onderdiensthoofd personeelszaken.

2. Met aangetekend schrijven van 24 oktober 1986 beëindigt geïntimeerde de arbeidsovereenkomst met vrijstelling van verdere prestaties en de uitbetaling van een opzeggingsvergoeding gelijk aan 17 maanden loon en voordelen krachtens de arbeidsovereenkomst of 1.970.504 fr.

De voorkeurtarieven van de lening die appellant geniet zullen blijven gelden gedurende de hele periode gedekt door de opzeggingsvergoeding.

3. Na enige briefwisseling tussen partijen waarbij appellant voornamelijk zijn bezwaar uit omtrent het feit dat hij, ondanks zijn mandaat van gemeenteraadslid, ontslagen werd en geïntimeerde van haar kant ontkent dat het ontslag verband houdt met het politiek mandaat van appellant, gaat appellant op 21 oktober 1987 over tot dagvaarding van geïntimeerde voor de Arbeidsrechtbank te Antwerpen tot betaling van:

– een aanvullende opzeggingsvergoeding gelijk aan 7 maanden loon of 1.087.024 fr., bij conclusie verhoogd tot 1.147.384 fr.;

– een bedrag gelijk aan 32 maanden loon over de periode van 1 november 1986 tot 30 juni 1989 of 4.076.704 fr., bij conclusie van 13 februari 1989 verhoogd tot 4.157.184 fr., op grond van artikel 5 van de wet tot instelling van een verlof voor de uitoefening van een politiek mandaat van 19 juli 1976, bij conclusie van 25 oktober 1988 gewijzigd in schadevergoeding wegens rechtsmisbruik, op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, en bij conclusie van 13 februari 1989 ten slotte nogmaals gewijzigd in een vergoeding wegens rechtsmisbruik, op grond van de artikelen 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek, wegens schending van de collectieve arbeidsovereenkomst van 27 maart 1985 die vastheid van betrekking garandeert;

– een forfaitaire vergoeding gelijk aan 6 maanden loon of 764.382 fr., bij conclusie verhoogd tot 779.472 fr., op grond van artikel 5, § 5, van de wet tot instelling van een verlof voor een politiek mandaat van 19 juli 1976, alle bedragen te vermeerderen met de interest vanaf 25 oktober 1986;

4. Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 16 januari 1990 dat de vorderingen van appellant als ongegrond afwijst en appellant in de kosten van het geding veroordeelt.

...

*II. Ten aanzien van de aanvullende opzeggingsvergoeding**A. De loonbasis*

Luidens artikel 39, § 1, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet behelst de opzeggingsvergoeding niet alleen het lopende loon maar ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

Geïntimeerde heeft een loonbasis van 115.912 fr. in aanmerking genomen, berekend als volgt: 96.930 fr. (bruto-maandloon) x 14,35 (dertienste maand, dubbel vakantiegeld, bovenwettelijk vakantiegeld gelijk aan de helft van het maandloon) = 1.390.945 fr. op jaarbasis of 115.912 fr. per maand.

Appellant meent dat deze loonbasis van 115.912 fr. nog dient te worden verhoogd met de volgende bedragen (bedragen die in de loop van de procedure meermaals werden gewijzigd); 1) 6.000 fr. als voordeel van de groepsverzekering; 2) 5.000 fr. als voordeel van de sociale lening; 3) 684 fr. als voordeel van de bovenwettelijke kinderbijslag; 4) 500 fr. als voordeel van de ziekenhuisverzekering.

1. Het voordeel van de groepsverzekering

De premies door de werkgever betaald aan een groepsverzekering maken deel uit van het loon (Cass., 16 januari 1978, *A.C.*, 1978, 594; Cass., 23 februari 1981, *J.T.T.*, 1981, 230, en *R.W.*, 1981-82, 1846), voor zover de voordelen per werknemer individualiseerbaar zijn, d.w.z. dat het bedrag of minstens het minimumbedrag per individuele werknemer met zekerheid kan worden bepaald op het ogenblik van het ontslag (Cass., 9 maart 1992, *J.T.T.*, 1992, 219).

In casu wordt het pensioenfonds, beheerd door de Royale Belge, gefinancierd door een jaarlijkse dotatie van geïntimeerde.

Deze dotatie wordt jaarlijks in verband met het te bereiken doel – namelijk aan de personeelsleden bij het einde van hun loopbaan 75% van hun loon te garanderen, het wettelijk pensioen inbegrepen – op de totale loonmassa berekend en aan een financieringsfonds gestort. Hieruit zal de verzeke-

raar putten wat nodig is om de contracten te financieren (cf. de artikelen 6 en 12 van het groepsverzekeringsreglement en zijn bijlage).

Alvorens ten gronde te beslissen wenst het Hof vanwege partijen volgende inlichtingen te krijgen:

...

2. *Het voordeel van de sociale lening*

Dit voordeel bleef voor appellant behouden voor de periode gedekt door de opzeggingsvergoeding (17 maanden).

Het voordelig rentetarief dat appellant voor zijn hypothecaire lening, afgesloten bij geïntimeerde, als personeelslid van geïntimeerde mocht genieten, is ongetwijfeld een voordeel verworven krachtens de arbeidsovereenkomst en derhalve loon in de zin van het arbeidsovereenkomstenrecht.

De bepaling van appellant van dit interestvoordeel op 5.000 fr. per maand wordt door geïntimeerde niet betwist.

Dit bedrag mag derhalve aan de loonbasis worden toegevoegd voor de maanden die appellant eventueel boven de 17 reeds genoten maanden zouden worden toegekend.

3. *Het voordeel van de bovenwettelijke kinderbijslag*

Ook dit voordeel, door appellant bepaald op 684 fr. per maand, wordt door geïntimeerde niet betwist en kan als voordeel verworven krachtens de arbeidsovereenkomst in de loonbasis worden opgenomen.

4. *Het voordeel van de ziekenhuisverzekering*

Dank zij de groepsziekenhuisverzekering afgesloten in het kader van het werk, betaalde appellant een premie van 290 fr. per maand in plaats van het normale tarief van 786 fr.

Het voordeel van 496 fr. is een voordeel verworven krachtens de arbeidsovereenkomst en komt als dusdanig in aanmerking voor opname in de loonbasis ter berekening van de opzeggingsvergoeding.

B. *De opzeggingstermijn*

Aangezien deze wordt vastgesteld, onder meer rekening houdend met de hoogte van het loon en de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst op het ogenblik van de opzegging, houdt het Hof deze vordering aan.

III. *Ten aanzien van de forfaitaire vergoeding gelijk aan 6 maanden loon krachtens artikel 5, § 5, van de wet van 19 juli 1976 tot instelling van een verlof voor de uitoefening van een politiek mandaat*

A. Appellant, in dienst van geïntimeerde getreden op 1 november 1973, werd in 1982 verkozen tot gemeenteraadslid van de gemeente en had effectief zitting gedurende de zes jaar van zijn politiek mandaat, namelijk van 1 januari 1983 tot 31 december 1988. Hij wordt ontslagen op 24 oktober 1986, in de loop van de uitoefening van zijn politiek mandaat.

Luidens artikel 5, § 4, van de wet van 19 juli 1976 tot instelling van een verlof voor de uitoefening van een politiek mandaat geniet de verkozen werknemer een ontslagbescherming gedurende de hele duur van het mandaat en tijdens de zes maanden die er onmiddellijk op volgen.

De werkgever dient het bewijs te leveren dat de beëindiging van de dienstbetrekking plaatshad om redenen die vreemd zijn aan het feit van de uitoefening van het politieke mandaat. Zo de werkgever dit bewijs niet levert of, bij ontstentenis van redenen is hij een forfaitaire vergoeding gelijk aan zes maanden brutoloon verschuldigd (artikel 5, § 5).

B. Geïntimeerde voert aan dat appellant geen aanspraak kan maken op de bescherming ingesteld door de wet van 19 juli 1976 daar hij, overeenkomstig de bepaling van artikel 5,

§ 1, zijn werkgever eertijds niet binnen zes maanden vóór de verkiezing per aangetekend schrijven op de hoogte heeft gebracht van het feit dat hij kandidaat gemeenteraadslid was. Appellant bewijst zelfs niet dat de personen, bevoegd om het ontslag te geven, op de hoogte waren van zijn politiek mandaat, aldus nog geïntimeerde.

Artikel 5, § 4, van de wet van 19 juli 1976 bepaalt dat, in geval de werknemer verkozen wordt, de door § 3 ingestelde bescherming van kracht blijft tijdens de hele duur van het mandaat en tijdens de zes maanden die er onmiddellijk op volgen (het is op deze bepaling dat appellant, opgezegd in de loop van zijn mandaat, steunt om de forfaitaire vergoeding te vorderen).

§ 3, waarnaar § 4 verwijst, bepaalt op zijn beurt: «Voor zover de werknemer daadwerkelijk op de kandidatenlijsten voorkomt (*in casu* uiteraard, aangezien appellant verkozen werd), blijft de door § 2 ingestelde bescherming van kracht gedurende drie maanden na de verkiezing, zelfs als de werknemer niet verkozen wordt».

§ 2, waarnaar § 3 verwijst, bepaalt dan weer op zijn beurt: «Vanaf de ontvangst van het schrijven en tot de verkiezing, mag de werkgever geen daad stellen die ertoe strekt eenzijdig een einde te maken aan de dienstbetrekking, behalve om redenen die vreemd zijn aan het feit dat de werknemer kandidaat is.»

Het schrijven waarop § 2 doelt is het schrijven waarvan sprake in § 1 die luidt: «De werknemer die kandidaat is bij één van de in artikel 2 vermelde instellingen bericht zijn werkgever hiervan per aangetekend schrijven binnen zes maanden vóór een verkiezing.»

Aldus blijkt ontegenzegglijk uit de tekst zelf dat de vier eerste paragrafen van artikel 5 rechtstreeks met elkaar verbonden zijn en één geheel vormen.

Geïntimeerde vat de §§ 4, 3, 2 en 1 van artikel 5 treffend als volgt samen: «De bescherming kan slechts van kracht 'blijven' als ze is ontstaan en ze kan slechts ontstaan doordat de werknemer zijn werkgever per aangetekend schrijven bericht.»

Daar de wettekst zelf in zo duidelijke en, naar het oordeel van het Hof, niet mis te verstane bewoordingen is opgesteld, kan en mag hij niet op een andere wijze worden geïnterpreteerd, ook al druist hij in tegen de bedoeling van de wetgever zoals deze uit de wetsvoorbereiding blijkt (cf. Cass., 4 april 1957, *Pas.*, 1957, I, 952; Cass., 21 februari 1967, *Pas.*, 1967, I, 775).

De wettekst is overigens niet onlogisch: wanneer een werknemer, kandidaat voor een politiek mandaat en later eventueel ook effectief verkozen, aanspraak wil maken op de faciliteiten en bescherming van een specifieke wet, is het niet meer dan normaal dat hij zijn werkgever, aan wie door deze wet bepaalde beperkingen, o.a. met betrekking tot de mogelijkheid tot ontslag, worden opgelegd, hiervan op de hoogte brengt en wel met aangetekend schrijven.

Dit was ook de zienswijze van de eerste rechter.

Nu appellant niet betwist geïntimeerde niet aangetekend van zijn kandidaatstelling (en overigens ook niet van zijn verkiezing) te hebben bericht, kan hij zich niet op de wet van 19 juni 1976 beroepen om thans na zijn ontslag de forfaitaire vergoeding ingesteld door deze wet te eisen.

IV. De vordering tot morele schadevergoeding wegens rechtsmisbruik, ten belope van 32 maanden loon of 4.142.848 fr.

A. Deze vordering werd in de loop van de procedure meermaals gewijzigd.

In de dagvaarding van 21 oktober 1987 werd 32 maanden loon gevorderd, overeenstemmend met de beschermingsperiode vastgesteld in de wet van 19 juli 1976 tot instelling van een verlof voor de uitoefening van een politiek mandaat (tot zes maanden na het mandaat, dus tot 30 juni 1989).

Bij latere conclusie van 25 oktober 1988 wordt de vordering geformuleerd als schadevergoeding wegens onrechtmatige daad vanwege de N.V.I. door het geven van ontslag met miskenning van dwingende wetsbepalingen (welke wordt er niet bij gevoegd: wellicht is bedoeld de wet van 19 juli 1976).

In de aanvullende conclusie van 13 februari 1989 wordt de rechtsgrond nogmaals gewijzigd: appellants steunt op de artikelen 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek en roept rechtsmisbruik in wegens miskenning van de collectieve arbeidsovereenkomst van 27 maart 1985 die vastheid van betrekking garandeert.

Thans voor het Hof lijkt appellants in zijn, wat deze vordering betreft, wel erg summiere beroepsconclusie te steunen op alle bovenvermelde gronden terzelfdertijd, onder de titel «morele schadevergoeding wegens rechtsmisbruik».

B. Geïntimeerde werpt op dat de alsmaar gewijzigde vorderingen van appellants nieuwe eisen zijn die niet virtueel begrepen zijn in de vorderingen ingesteld in de dagvaarding van 21 oktober 1987. Daar zij niet binnen een jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst op 24 oktober 1986 zijn ingesteld, zijn zij derhalve met toepassing van artikel 15 van de Arbeidsovereenkomstenwet verjaard, aldus nog geïntimeerde.

Krachtens artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek kan een vordering die voor de rechter aanhangig is, uitgebreid of gewijzigd worden indien de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies berusten op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd, zelfs indien hun juridische omschrijving verschillend is.

Anderzijds stuit de dagvaarding niet alleen de vorderingen die zij inleidt doch ook de vorderingen die er virtueel in begrepen zijn (Cass., 29 december 1986, *A.C.*, 1987-88, I, 568).

In casu wordt de rechtsgrond van de vordering door appellants in de dagvaarding ingesteld in de opeenvolgende conclusies gewijzigd.

De oorzaak van de vordering, d.i. het feit of de handeling waaruit het rechtsgevolg, dat het voorwerp van de vordering is, ontstaat, blijft evenwel ongewijzigd.

De gewijzigde vorderingen van appellants zijn derhalve niet verjaard.

C.a. Niet de algemene gedragsnorm van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, maar wel de bijzondere contractuele gedragsnorm van artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek vormt de rechtsgrond van de vordering wegens misbruik van ontslagrecht (Cass., 19 september 1983, *R.W.*, 1983-84, 1480, met noot): partijen dienen de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst te goeder trouw ten uitvoer te brengen.

Deze arbeidsovereenkomst verbindt niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk is bepaald maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de ver-

binten is, volgens de aard ervan, worden toegekend (art. 1135 *B.W.*).

b. Appellants roept allereerst in dat geïntimeerde hem abusievelijk ontslagen heeft, met schending van de wet van 19 juli 1976 tot instelling van een verlof voor de uitoefening van een politiek mandaat.

De morele schadevergoeding ten belope van 32 maanden loon of 4.142.848 fr. die appellants vordert komt overigens overeen met het einde van de beschermde periode ingesteld door deze wet, namelijk tot zes maanden na de beëindiging van het mandaat of *in casu* tot 30 juni 1989, dit zijn 32 maanden te rekenen vanaf de datum van het ontslag op 24 oktober 1986.

Nu het Hof sub III reeds heeft beslist dat appellants zich rehtens niet op de bescherming van deze wet kan beroepen, kan zij ook geen grond vormen voor een vordering tot morele schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht.

c. Verder voert appellants aan dat geïntimeerde hem ontslagen heeft met schending van de collectieve arbeidsovereenkomst van 16 maart 1983 door haarzelf en de ondertekenende vakorganisaties op bedrijfsvlak afgesloten en verlengd bij collectieve arbeidsovereenkomst van 27 maart 1985.

In deze collectieve arbeidsovereenkomsten verbindt geïntimeerde zich onder meer ertoe het totaal aantal bedienden, tewerkgesteld met een contract voor onbepaalde duur op 31 december 1982 (*C.A.O.* van 16 maart 1983) of op 31 december 1984 (*C.A.O.* van 27 maart 1985), in dienst te houden tot 31 december 1984 (*C.A.O.* van 16 maart 1983) of 31 december 1986 (*C.A.O.* van 27 maart 1985) en in deze periode niet over te gaan tot afdankingen om redenen van financiële, organisatorische, technische of economische aard.

Het Hof stelt vast dat appellants niet aantoonst dat geïntimeerde die collectieve arbeidsovereenkomsten overtreden heeft.

...

d. Wat ten slotte de ingeroepen quasi-delictuele aansprakelijkheid van geïntimeerde betreft waarvan de motivering door appellants beperkt is tot de volgende zin: «Alle elementen voor deze aansprakelijkheid nl. fout, schade en het oorzakelijk verband zijn bewezen»: ook hier dient het Hof vast te stellen dat appellants niet aantoonst dat geïntimeerde, buiten het kader van de contractuele relatie, een fout heeft begaan die bij appellants een schade heeft veroorzaakt groot 4.142.848 fr.

Appellants toont niet aan dat geïntimeerde haar recht om ontslag te geven heeft uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dit recht door een voorzichtig en zorgvuldig persoon (Cass., 18 februari 1988, *R.W.*, 1988-89, 1226).

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

4e KAMER – 18 NOVEMBER 1993

Voorzitter: mevr. Standaert

Advocaten: mrs. Sterck en Amelinckx

Huwelijksvermogensrecht – Vereffening en verdeling – Kosten echtscheiding door onderlinge toestemming – Inbreng – Gezinswoning – Recht van terugname – Woonvergoeding – Kinderen die de woning bewonen

Het beding dat de procedurekosten van een echtscheiding door onderlinge toestemming ten laste legt van de partij die ze stopzet, is op zichzelf niet strijdig met de openbare orde.

Het recht van terugname van een inbreng gaat voor op het recht van toewijzing van de gezinswoning.

Het verblijf van kinderen in de echtelijke woning is niet dienend om te beslissen over de woonvergoeding aangezien deze niet te maken hebben met de vermogensrechtelijke verhoudingen tussen hun ouders.

Van G. t/ De W.

Betwistingen van eiser

1. De kosten van de echtscheiding onderlinge toestemming

Partijen voerden aanvankelijk een procedure echtscheiding door onderlinge toestemming.

In de overeenkomst voorafgaande aan de echtscheiding door onderlinge toestemming verleden voor het ambt van notaris B. op 4 augustus 1989 werd bedongen onder punt E kosten: «De kosten van de gehele procedure komen ten laste van beide partijen, ieder voor de helft, met uitzondering evenwel van het honorarium van advocaat, door iedere echtgenoot op zich te nemen. De kosten verbonden aan de overname van het onroerend goed zijn ten laste van de overneemster. Partijen komen overeen dat de partij die om welke reden ook het normaal verloop van deze procedure verhindert, alle kosten van de procedure op zich zal nemen.»

Op grond van dit beding maakt Mariëlle De W. aanspraak op 40.000 frank van Alex Van G., die niet betwist dat hij de procedure heeft stopgezet.

Alex Van G. stelt echter dat hij deze procedure pas heeft stopgezet toen vaststond dat Mariëlle De W. een beledigende omgang had met een andere man, en met die in de echtelijke woning kwam wonen welke gedraging volgens Alex Van G. onmiskenbaar een fout uitmaakt van De W. zodat het zou behoren dat deze kosten door De W., minstens wat haar kosten betreft, zelf worden gedragen.

Alex Van G. verwijst verder naar rechtspraak die een dergelijk beding nietig verklaart als strijdig met de openbare orde en stelt ook nog dat op grond van art. 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden het Hof Mensenrechten op 18 december 1986 oordeelde dat uit art. 8 wel kon worden afgeleid dat de echtgenoten van hun plicht tot samenwoning moeten kunnen worden ontslagen, maar geen recht op echtscheiding of een tweede huwelijk.

De redenen die Alex Van G. ertoe genoopt hebben de echtscheiding door onderlinge toestemming stop te zetten zijn ter zake niet relevant in het licht van de vraag nopens de geldigheid van bovenvermelde clausule.

Tijdens de proefperiode kunnen trouwens heel wat feitelijke omstandigheden veranderen terwijl de echtgenoten of een van hen bij het starten van de procedure EOT ook over bepaalde feiten kunnen zijn heengestapt die zij later als onaanvaardbaar of ondraaglijk gaan ervaren zodat in voorkomend geval de ene of de andere echtgenoot besluit de procedure niet voort te zetten.

Het beding dat de procedurekosten ten laste van de partij die ze stopzet legt is op zichzelf niet strijdig met de openbare orde (Rb. Antwerpen, 25 november 1933, *Pas.*, 1934, III, 76, *R.P.D.B.*, «Divorce et séparation de corps», Compl. II, nr. 404). Geen enkele bepaling verbiedt immers de inlassing ervan in de regelingsakte.

Er kan niet worden gesteld dat die clausule zoals ze is gelibelleerd, moet worden uitgelegd als een sanctie voor degenen die de procedure niet voortzet en bijgevolg als dwang ervaren zou worden, wat in strijd zou zijn met het absolute recht van iedere gehuwde persoon om een echtscheidingsprocedure al of niet in te zetten en al of niet voort te zetten.

Bovendien kan de vrijheid om niet uit de echt te scheiden niet zo absoluut zijn, dat daar nooit nadelige geldelijke gevolgen aan verbonden zouden zijn.

Er dient dan ook te worden besloten tot de aanvaardbaarheid van het beding (zie ook P. Senaev, *Handboek van familieprocesrecht*, Acco, Leuven, 1988, blz. 325, nr. 691).

Het standpunt van de notarissen dient dan ook beaamd te worden.

...

3. Toebedeling van de gezinswoning

Beide partijen maken aanspraak op de toewijzing van het onroerend goed, dienstig als gezinswoning: De W. met toepassing van de artt. 1446-1448 B.W., Van G. met toepassing van het artikel 1455 B.W.

Overeenkomstig artikel 1447 B.W. kan, wanneer het wettelijk stelsel eindigt door echtscheiding van tafel en bed of scheiding van goederen, elk der echtgenoten in de loop van de vereffeningprocedure aan de rechtbank te zijnen voordele toepassing van artikel 1446 B.W. vragen met name tegen opleg indien daartoe grond bestaat zich bij voorrang doen toewijzen een van de onroerende goederen die tot gezinswoning dient samen met het aldaar aanwezige huisraad.

Overeenkomstig artikel 1455 B.W. kan de echtgenoot die bepaalde goederen in het gemeenschappelijk vermogen heeft gebracht, bij de verdeling de nog in natura aanwezige goederen terugnemen, mits hij ze op zijn aandeel toerekent naar hun waarde ten tijde van de verdeling.

Het goed behoorde oorspronkelijk toe aan Van G., die de grond door schenking in 1981 had gekregen van zijn ouders.

Naar aanleiding van de reeds hoger vermelde wijziging van hun huwelijkscontract bij akte verleden voor notaris D. op 10 april 1984 verklaarde Van G. dan in de gemeenschap te brengen een perceel bouwgrond mét de erop opgerichte woning gelegen te T.

Het recht van toewijzing overeenkomstig art. 1447 B.W. moet wijken voor het recht van terugname als bepaald door artikel 1455 B.W.: indien de gezinswoning in gemeenschap is gebracht krachtens een bepaling van het huwelijkscontract, zal de inbrengende echtgenoot het recht hebben om dit onroerend goed terug te nemen. Dit recht van terugname gaat voor op het recht van toewijzing omdat dit bij de wet aan de inbreng is gekoppeld en bijgevolg geldt als de wettelijke modaliteit waaronder het goed in gemeenschap is gebracht (Hélène Casman, «Aantekeningen bij artikel 1447 B.W. en de toewijzing bij voorrang na echtscheiding», *R.T.D.F.*, 1990, 124, nr. 42).

Het goed in kwestie is wel degelijk nog in natura aanwezig: niet alleen een grond werd in het gemeenschappelijk vermogen gebracht maar ook de erop opgerichte woning.

Het standpunt van de notarissen dient te worden beaamd.

Van G. is dan ook gerechtigd het onroerend goed gelegen te T., terug te nemen, mits hij dit op zijn aandeel toerekent naar de waarde ervan ten tijde van de verdeling.

...

6. Woonvergoeding

De notarissen besluiten dat De W. een woonvergoeding verschuldigd is voor de periode ingaand op 20 februari 1990 tot zolang zij het goed betreft en dat derhalve in de definitieve beheersrekening een passief ten laste van M. De W. zal moeten worden verrekend ten belope van de helft van de gederfde huurwaarde over die periode.

Volgens De W. dient zij geen woonvergoeding te betalen; zij stelt dat bij de toekenning der onderhoudsgelden rekening is gehouden met het feit dat zijzelf samen met de twee kinderen in de woning kon blijven, welk feit zou dienen te worden beschouwd als een plicht van bijstand en onderhoud waarvoor zij post factum geen vergoeding verschuldigd is.

Met betrekking tot de woonvergoeding dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de periode tijdens de echtscheidingsprocedure en de periode vanaf de overschrijving van het vonnis echtscheiding in de registers van de ambtenaar van de burgerlijke stand.

a) In hun onderlinge verhouding is de situatie van de echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure die van echtgenoten gehuwd onder het stelsel van de zuivere scheiding van goederen. Op het persoonsrechtelijk vlak blijven zij gehuwd en blijft onder meer de plicht tot hulpverlening en tot bijdrage in de lasten van het huwelijk bestaan (artt. 213 en 221 B.W.). Op het vermogensrechtelijk vlak zijn zij evenwel niet meer onderworpen aan hun vroeger gemeenschapsstelsel en derhalve te beschouwen als gescheiden van goederen.

De verplichting tot onderlinge hulpverlening, die in principe moet worden uitgevoerd in de echtelijke verblijfplaats, neemt veelal de vorm aan van een geldelijke uitkering die de medeëchtgenoot in staat moet stellen een normale levensstandaard te handhaven, dit in acht genomen de toestand van partijen.

De verplichting tot hulpverlening tussen de echtgenoten hoeft evenwel niet noodzakelijk de vorm aan te nemen van een geldelijke uitkering, zij dient immers in natura te worden uitgevoerd, bijvoorbeeld door de medeëchtgenoot die over geen of onvoldoende inkomsten beschikt om overeenkomstig zijn of haar levensstandaard te huren, het kosteloos genot van de «gemeenschappelijke» gezinswoning toe te kennen (Hans De Decker, «De vereffening en verdeling van het huwelijksvermogen in het kader van de echtscheidingsprocedure. Enkele actuele problemen», *R. W.*, 1987-88, 317, nrs. 16 e.v.).

Bij beschikking kort geding van 27 juni 1990 werd De W. gemachtigd afzonderlijk te verblijven in de echtelijke woning – waarover toen geen betwisting tussen partijen bleek te bestaan – doch werd haar geen persoonlijk onderhoudsgeld toegekend.

Het is niet aangetoond dat De W. toen behoeftig was en in de gezinswoning mocht verblijven in plaats van een onderhoudsgeld te krijgen en integendeel moet aangenomen worden dat de maatregel, getroffen bij beschikking kort geding, gewoon een bestuursregeling was.

De verwijzing naar de kinderen die verbleven in de echtelijke woning is niet dienend waar de kinderen totaal vreemd zijn aan de vermogensrechtelijke verhoudingen die tussen

de ouders bestaan, en zij buiten de vereffeningsovereenkomsten blijven.

M. De W. is dan ook een woonvergoeding verschuldigd over de periode van het echtscheidingsgeding.

b) Vervolgens is zonder meer woonvergoeding verschuldigd vanaf de overschrijving van het vonnis dat de echtscheiding toelaat omdat de hulpverplichting tussen de echtgenoten vanaf die overschrijving wegvalt (W. Pintens (red.), *Vereffening Verdeling van de huwelijksgemeenschap*, Maklu Uitgevers, Antwerpen-Apeldoorn, 71, nr. 88).

ARBEIDSRECHTBANK TE GENT

4e KAMER – 30 DECEMBER 1994

Voorzitter: de h. Herman

Rechters in sociale zaken: de hh. Schynkel en Van Achte

Advocaten: mrs. Devos en Michielsens loco van Eeckhoutte

Arbeidsovereenkomst – Einde – Werkgever – Onmiddellijke beëindiging – Opzeggingsvergoeding – Grootte – Werknemer – Afstand van recht – Document van werkgever – Handtekening – Uitlegging

Afstand van het recht op een opzeggingsvergoeding wordt niet vermoed, en de wijze waarop een werknemer daaromtrent heeft gehandeld, te dezen het plaatsen van zijn handtekening onder een door de werkgever opgesteld document betreffende de grootte van de opzeggingsvergoeding, mag voor geen andere uitlegging vatbaar zijn.

M. t/ V.Z.W. R.

In feite

De eiseres was van 6 december 1988 tot en met 31 mei 1993 als bediende (algemeen directeur van een rusthuis voor bejaarden) in dienst van de verweerster.

Artikel 8 van de geschreven arbeidsovereenkomst (die de datum van 23 december 1988 draagt) luidt als volgt: «De opzeggingstermijn die door de V.Z.W. in acht genomen moet worden, is drie maanden voor de bedienden die minder dan vijf jaar in dienst zijn; deze termijn wordt vermeerderd met drie maanden bij de aanvang van elke nieuwe periode van vijf jaar dienst bij dezelfde werkgever. De opzeggingstermijnen moeten berekend worden volgens de anciënniteit verworven op het ogenblik dat de opzegging ingaat. Tussen de partijen wordt uitdrukkelijk overeengekomen dat deze termijnen altijd van toepassing zijn, ook indien de jaarlijkse bezoldiging hoger is of wordt dan 684.000 fr. (...) De partij die de verbintenis verbreekt zonder gegronde redenen of zonder inachtneming van de hierboven bepaalde termijnen, is gehouden aan de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan de lopende wedde overeenkomend, hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het nog te lopen gedeelte van die termijn.»

Op 28 mei 1993 legt de verweerster de eiseres het volgende getikte document in twee exemplaren ter ondertekening voor:

«Geachte Mevrouw,

«Wij dienen tot onze spijt de tussen ons bestaande arbeidsovereenkomst te beëindigen. U is uit dienst op 31 mei 1993.

Wij betalen u een verbrekingsvergoeding uit ten belope van drie maanden loon. Deze wordt u uitbetaald met de loonafrekening van de maand mei 1993. De sociale documenten en een gedetailleerde berekening van de verbrekingsvergoeding worden u toegestuurd.

Met alle achting,

Opgesteld in tweevoud, één voor iedere partij, 28 mei 1993.

B., Beheerder, D., Beheerder, D., Beheerder-Voorzitter»
«Ondergetekende verklaart de betekening van de verbrekingsvergoeding te hebben ontvangen en gaat akkoord met de opzeggingstermijn waarmee rekening werd gehouden voor het berekenen van de verbrekingsvergoeding.

28 mei 1993

M».

De eiseres plaatste op beide exemplaren van het document haar handtekening onder haar naam.

In rechte

Bij dagvaarding, op 21 september 1993 betekend, vordert de eiseres dat de verweerder veroordeeld wordt tot het betalen van een aanvullende opzeggingsvergoeding van 477.412 frank, overeenstemmend met het loon voor vier maanden, te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke interest op het nettobedrag (...)

a. Zienswijze van de partijen

De eiseres is de mening toegedaan dat haar een opzeggingsvergoeding overeenstemmend met het loon van zeven maanden had moeten worden gegeven. Door het haar voorgelegde document zonder enige persoonlijke toevoeging te ondertekenen, heeft zij niet ingestemd met het in acht nemen van een opzeggingstermijn van slechts 3 maanden.

De verweerder stelt dat de handtekening van de eiseres onderaan het door de verweerder voorgelegde document, impliceert dat zij met de inhoud ervan instemde, inzonderheid met de opzeggingstermijn aan de hand waarvan de opzeggingsvergoeding berekend zou worden.

b. Bespreking

De rechtbank dient de vraag te beantwoorden of de eiseres, door haar handtekening te plaatsen onder de beide exemplaren van het haar voorgelegde document, heeft ingestemd met de inhoud ervan, inzonderheid of zij afstand heeft gedaan van het recht op een opzeggingsvergoeding bepaald op grond van het loon van meer dan drie maanden.

Dat er een afstand van recht kan zijn geweest, staat buiten kijf. De opzeggingstermijn waarop de eiseres normaal aanspraak had kunnen maken, diende te worden bepaald overeenkomstig art. 82, § 3, van de Arbeidsovereenkomstenwet, gelet op het jaarloon van de eiseres op het ogenblik van het ontslag (1.432.236 frank), dat de loongrens van 838.000 frank, toepasselijk in 1993, overschreed. Naar het oordeel van de rechtbank had de verweerder een einde kunnen maken aan de arbeidsovereenkomst door middel van een opzeggingstermijn van zeven maanden, gelet op de leeftijd (34 jaar en 8 maanden), de anciënniteit (4 jaar en 5 maanden), de functie (algemeen directeur van een bejaardentehuis) en het loon van de eiseres.

Het is evident dat artikel 8, tweede lid, van de geschreven arbeidsovereenkomst een nietige clausule inhoudt daar deze bepaling in strijd is met artikel 82, § 3, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, dat overeenkomsten nopens de opzeggingstermijn vóór het ontslag verbiedt.

Het document werd door de verweerder wel opgesteld met als doel zich het bewijs te verschaffen van het feit dat de eiseres in kennis werd gesteld van het ontslag, doch in hoofdzaak toch om een dergelijke afstand van recht vast te stellen. Zelf nam de verweerder geen enkele verbintenis op zich, laat staan dat er van haar kant enige toegeving werd gedaan waardoor het bestaan van een dading vastgesteld zou kunnen worden.

Anderzijds zijn de partijen het erover eens dat in beginsel wel een afstand mogelijk was toen de eiseres kennis van haar ontslag had gekregen (zie Van Oevelen, A., «Afstand van recht en rechtsverwerking», in Rigaux, M. (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 4, Antwerpen, 1994, nr. 49).

Dat het enkele plaatsen van een handtekening door de werknemer of werkgever onder een door de andere partij opgesteld document, een afstand van recht zou inhouden, werd door de wetgever zelf in verschillende gevallen belet (zie de artt. 42 en 37, § 1, derde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet). Een dergelijke handelwijze dient aldus in het algemeen voorzichtig te worden benaderd, zonder dat de rechtbank wil stellen dat door een eenvoudige handtekening nooit een afstand van recht bewezen zou kunnen worden. Afstand van recht wordt echter nooit vermoed en de wijze waarop de werknemer in casu heeft gehandeld mag voor geen andere uitlegging vatbaar zijn (zie Van Oevelen, A., *l.c.*, nr. 34, met referenties in voetnoot 25; zie ook Kruithof, R., c.s., «Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, 171, nr. 399).

Welnu, volgens de rechtbank kan in casu uit het feit dat de eiseres haar handtekening onder het haar voorgelegde document plaatste – dus schijnbaar op een uitdrukkelijke wijze handelde – toch niet afgeleid worden dat zij alleen maar de bedoeling kan hebben gehad afstand te doen van het recht op een hogere opzeggingsvergoeding.

Allereerst rijst de vraag wat de eiseres ertoe zou kunnen hebben gebracht om, bij afwezigheid van enig geschil dat door wederzijdse toegevingen van de partijen diende te worden beëindigd, van haar rechten af te zien.

Vervolgens wijst de rechtbank op het reeds geciteerde artikel 8, tweede lid, van de arbeidsovereenkomst, een clausule die weliswaar nietig is doch waarvan de eiseres (ook de verweerder?) redelijkerwijze kon hebben aangenomen dat zij wel geldig was en dat de opzeggingstermijn die haar in overeenstemming met die clausule werd toegekend, de enige was waarop zij aanspraak kon maken. Men kan moeilijk afstand doen van een recht indien men van het bestaan ervan geen weet heeft.

Of de eiseres haar handtekening nu al dan niet had laten voorafgaan door «voor akkoord» of «gelezen of goedgekeurd», lijkt in die optiek weinig relevant.

De rechtbank oordeelt aldus dat het document in casu enkel een bewijs van kennisneming van het ontslag inhoudt.

De eiseres behoudt het recht op een opzeggingsvergoeding overeenstemmend met het loon van zeven maanden. Nu de betaalde opzeggingsvergoeding werd berekend op grond van het loon van slechts drie maanden, heeft de eiseres overeenkomstig artikel 39, § 1, van de Arbeidsovereenkomstenwet recht op een aanvullende opzeggingsvergoeding, overeenstemmend met het loon en de krachtens de overeenkomst verworven voordelen gedurende vier maanden.

De verweerster betwist het door de eiseres gehanteerde basisloon niet. De eiseres is gerechtigd op een aanvullende opzeggingsvergoeding van 477.412 frank.

VREDEGERECHT TE WOLVERTEM

24 FEBRUARI 1994

Rechter: de h. Verbeke

Advocaten: mrs. D'Hollander en Roobaert

Vennootschap – Onregelmatige vennootschap – Rechts-persoonlijkheid – Gevolg

Voor het bestaan van een vennootschap (met rechtspersoonlijkheid) is het voldoende, maar ook noodzakelijk, dat de belanghebbende wederpartij aantoonst dat twee (of meer) personen openlijk voortdurend en gezamenlijk handel drijven onder de voorwaarden bedoeld in art. 1832 B.W.

Hoewel het bestaan van een oprichtingsakte en haar publicatie geen constitutief element is, heeft de ontstentenis van een gepubliceerde oprichtingsakte tot gevolg dat de vorderingen die uitgaan van de vennootschap, niet ontvankelijk zijn, terwijl de vordering die door de vennoten zelf wordt ingesteld, niet ontvankelijk is bij gebrek aan hoedanigheid.

M. en M. t/ V.

Overwegende dat verweerster besluit tot de onontvankelijkheid van de vordering om reden dat zij beweert gehandeld te hebben met de vennootschap onder gemeenschappelijke naam «M. en Zonen» en niet met de vennoten afzonderlijk, waaruit verweerster besluit dat de vennoten afzonderlijk geen hoedanigheid hebben om de vordering in te stellen; dat verweerster erop wijst dat, bij gebrek aan publicatie van de statuten in het Belgisch Staatsblad, de eis onontvankelijk moet verklaard worden overeenkomstig artikel 11 van de Vennootschappenwet en overeenkomstig artikel 42 van de Handelsregisterwet;

Overwegende dat een (eventueel onregelmatige) vennootschap met rechtspersoonlijkheid, in casu een beweerde V.O.F., bestaat zodra is voldaan aan de wettelijke definitie bepaald in art. 15 Venn.W., in aanvulling van de voorwaarden die in het algemeen vereist zijn voor het bestaan van een vennootschapscontract; (men zie Cass., 17 mei 1968, in *Verenigde Kamers, R.P.S.*, 1968, nr. 5432, 144, met gelijklopende conclusie van procureur-generaal Ganshof van der Meersch, *R.W.*, 1968-69, 412, met noot, na Brussel, 13 februari 1967, *R.P.S.*, 1967, 103, *Pas.*, 1967, II, 220);

Overwegende dat in dezen het consensualisme geldt, zodat voor de constitutie van de rechtspersoonlijkheid geen vormvereisten (bv. openbaarmaking van de oprichtingsakte) hoeven te worden nageleefd (Geens, K., en Laga, H., «Overzicht van rechtspraak – 1986-1991 – Vennootschappen», *T.P.R.*, 1993, 958, nr. 24);

Overwegende dat derden het bestaan van een onregelmatig opgerichte V.O.F. kunnen bewijzen aan de hand van de concludente gedragingen van haar vennoten (Geens, K. en Laga, H., o.c., nr. 32); dat, zodra vaststaat dat een duurzame en openbare samenwerking aangemerkt moet worden als een V.O.F., alle regels die deze vennootschapsvorm beheer-

sen erop toepasselijk zijn, dus ook het hebben van rechtspersoonlijkheid (Van Ryn, J. en Van Ommeslaghe, P., «Examen de jurisprudence – 1961-1965 – Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1967, 320, nr. 30);

Overwegende dat voor het bestaan van een vennootschap (met rechtspersoonlijkheid) het voldoende, maar ook noodzakelijk is, dat de belanghebbende wederpartij aantoonst dat twee (of meer) personen openlijk voortdurend en gezamenlijk handel dreven onder de voorwaarden bedoeld in art. 1832 B.W. (Cass., 26 oktober 1989, *Pas.*, 1990, I, 247; Bergen, 17 september 1993, *J.T.*, 1994, 127);

Overwegende dat in casu het bestaan van een (onregelmatige) rechtspersoon kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat, zoals blijkt uit de facturen en uit het briefhoofd dat aanleggers gebruiken, zij samen handel drijven op dezelfde locatie, onder een zelfde naam «M. & Zonen», terwijl de rekeningnummers die worden vermeld, niet verwijzen naar de vennoten persoonlijk; dat bovendien het duurzaam karakter van de samenwerking van de aanleggers buiten discussie staat;

Overwegende dat deze elementen toelaten te vermoeden dat beide vennoten, nl. de gebroeders M., een vennootschap hebben aangegaan tot de uitoefening van een koophandelsbedrijf onder gemeenschappelijke naam, waarbij zij goederen en/of activiteiten inbrengen en delen in de winsten en verliezen; (Cass., 26 oktober 1989, *Pas.*, 1990, I, 247; Van Ryn en Van Ommeslaghe, «Examen de jurisprudence – 1972-1978», *R.C.J.B.*, 1980, 285 en 287, nrs. 36 en 37);

Overwegende dat het feit dat beide broers afzonderlijk een inschrijving hebben in het handelsregister, geen tegenindicatie vormt van het bestaan van een onregelmatige V.O.F. (zie Geens, K. en Laga, H., o.c., nr. 32, met verwijzing naar en goedkeurend: Vred. Charleroi, 26 maart 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1004), te meer daar op de facturen slechts één inschrijving en één BTW-nummer (dan nog van hun rechtsvoorganger) voorkomt;

Overwegende dat, hoewel het bestaan van een oprichtingsakte en haar publicatie geen constitutief element is, de afwezigheid van een gepubliceerde oprichtingsakte wel tot gevolg heeft dat de vorderingen die uitgaan van de vennootschap niet ontvankelijk zijn (art. 11 Venn.W.; Geens, K. en Laga, H., o.c., nr. 45), terwijl de vordering die door de vennoten zelf, zoals in casu, wordt ingesteld, onontvankelijk is bij gebrek aan hoedanigheid (art. 17 Ger.W.) omdat enkel de tussen hen onregelmatig opgerichte V.O.F. deze hoedanigheid bezit (Kh. Brussel, 15 februari 1990, *T.V.R.*, 1990, 263, in fine; over de gestelde problematiek zie men ook Brussel, 10 april 1984, *R.W.*, 1984-85, 1153; Bergen, 15 mei 1990, *J.T.*, 1991, 341; Ronse, J., e.a., «Overzicht van rechtspraak – Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, 681 e.v.);

...

RECHTSpraak IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 8 oktober 1992

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Fout van verscheidene personen – Aandeel van een ieder bij de verdeling van de aansprakelijkheid – Beoordeling door de feitenrechter en toezicht van het Hof van Cassatie

Op de volgende gronden verwerpt het Hof de voorziening tegen een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 12 april 1991:

«Overwegende dat de rechter op onaantastbare wijze de ernst van de respectieve fouten van de bij een ongeval betrokken partijen beoordeelt en op grond daarvan ieders aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade bepaalt;

«Overwegende dat het Hof van Cassatie dient na te gaan of de door de rechter op onaantastbare wijze vastgestelde feiten de gevolgen wettigen die hij er in rechte uit afleidt, met name of die gevolgtrekkingen noch het wettelijk begrip fout noch dat van oorzakelijk verband miskennen;

«Overwegende dat het hof van beroep, door, bij de beoordeling van de ernst van de fout van de verzekerde van eiseres en, bijgevolg, van zijn aandeel in de aansprakelijkheid voor het ongeval, rekening te houden met het feit dat een automobilist moet voorzien dat zijn fouten schade kunnen veroorzaken die belangrijker is dan die van een voetganger, zonder te ontkennen dat verweerster een fout heeft begaan, de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen niet schendt.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Verheyden – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaat: mr. De Bruyn – In de zaak: N.V. A. t/ H.)

NOOT – Zie de conclusie van advocaat-generaal J.M. Piret in *Pas.*, 1992, I, 1134.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 9 december 1994

Taalgebruik – In gerechtszaken – Engelse teksten zonder vertaling in vonnis aangehaald – Nietigheid niet opgeworpen in hoger beroep – Arrest dat niet louter voorbereidend is en op tegenspraak is gewezen, neemt enkele teksten over – Nietigheid gedekt

Het eerste middel van eiseres tegen het bestreden arrest (Hof Gent, 11 september 1991) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermacht te slaan, blijkt dat de in het middel bedoelde nietigheid noch voor de appelrechters is ingeroepen, noch ambtshalve door hen werd opgeworpen;

«Overwegende dat, krachtens artikel 40 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, elk niet zuiver voorbereidend arrest dat op tegenspraak werd gewezen, de nietigheid dekt van het exploit en van de overige akten van rechtspleging die het arrest zijn voorafgegaan;

«Overwegende dat het arrest dat wegens beweerde schending van de wet op het gebruik der talen in gerechtszaken niet met een andere nietigheid behept is dan die van het beroepen vonnis, op tegenspraak werd gewezen en niet zuiver voorbereidend is;

«Dat het overnemen door het arrest van de redenen van het beroepen vonnis, hieraan geen afbreuk doet;

«Dat het middel mitsdien niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Waüters – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaten: mrs. Geinger en De Gryse – In de zaak: N.V. E. t/ N.V. W.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 9 december 1994

Geneeskunde – Tuchtzaken – Aanwezigheid van de magistraat-assessor bij onderzoek, behandeling en beraadslaging – Geen deelneming aan de stemming – Onpartijdigheid niet geschonden

Eisers middel tegen de bestreden beslissing (Raad van Beroep van de Orde der Geneesheren, 25 oktober 1993) wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat de in het middel aangewezen wetsbepalingen en algemene rechtsbeginselen niet worden geschonden wanneer de magistraat-assessor die, overeenkomstig artikel 7, § 1, 2°, van het koninklijk besluit nummer 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde der geneesheren, enkel een raadgevende stem heeft, zowel tijdens het onderzoek als tijdens de behandeling en de beraadslaging aanwezig was, maar niet heeft deelgenomen aan de stemming.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Forrier – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaten: mrs. Verbist en Bützler – In de zaak: V. t/ Orde der Geneesheren)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 15 december 1994

1. Rechten van de mens – Advocaat – Tuchtraad van beroep – Lid dat deel uitgemaakt heeft van scheidsrechterlijke commissie in geschil over honoraria – Geen verband – Geen schending van art. 6, lid 1, E.V.R.M. – 2. Advocaat – Tuchtraad van beroep – Samenstelling – Leden geen tegenwoordigers van de Orde – Geen twijfel over onafhankelijkheid of onpartijdigheid – 3. Beroepsgeheim – Advocaat – Geen verplichting t.o.v. tuchtoverheid

De twee middelen van eiser tegen de bestreden beslissingen (Tuchtraad van Beroep Brussel, 18 januari en 22 maart 1994) worden als volgt verworpen:

«Over het eerste middel:

«Overwegende dat uit de omstandigheid dat een lid van de raad van beroep van de Orde van Advocaten die de bestreden beslissingen heeft gewezen, zitting had als lid van een scheidsrechterlijk college dat uitspraak heeft gedaan inzake een geschil over honoraria zonder enig verband met de in casu aan eiser verweten feiten, niet valt af te leiden dat de raad van beroep niet onafhankelijk, noch onpartijdig is, ook al is tegen de beslissing van het scheidsrechterlijk college hoger beroep ingesteld voor het hof van beroep en spreken de bestreden beslissingen zich ook uit over grieven betreffende honoraria;

«Dat het middel niet kan worden aangenomen;

«Over het tweede middel:

«Wat het eerste onderdeel betreft:

«Overwegende dat de stafhouders en gewezen leden van de Raad van de Orde in de tuchtraad van beroep niet als tegenwoordigers van de Orde zitting nemen, maar voor zich persoonlijk;

«Dat de samenstelling van de tuchtraad van beroep van de Orde van Advocaten geen twijfel kan doen ontstaan omtrent de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid ervan;

«Dat dit onderdeel niet kan worden aangenomen;

«Wat het tweede onderdeel betreft:

«Overwegende dat de tuchtraad van beroep oordeelt, zonder desaanvaande te worden bekritiseerd, dat eiser 'te dezen is opgetreden als lid van de Brusselse balie, zodat precies toepassing moet worden gemaakt van de lokale tuchtregels, met uitsluiting van die van de balie van New York, zulks ongeacht de nationaliteit van de cliënten (...); dat toen (eiser) om zijn inschrijving op het tableau van de Orde van Brussel had gevraagd, hij zich impliciet, maar zeker ertoe heeft verbonden alle voor de advocaten van de Brusselse balie geldende regels na te leven';

«Overwegende dat, krachtens die regels, de advocaat die van zijn cliënt beroepshalve in vertrouwen iets te weten komt, in de regel verplicht is het hem toevertrouwde geheim te bewaren; dat zodanige verplichting niet kan bestaan ten aanzien van de tuchtoverheid, jegens wie de advocaat is gehouden tot de door de plichtenleer van zijn beroep voorgeschreven oprechtheid en loyaliteit; dat die overheid die door de advocaat in twijfelachtige gevallen in vertrouwen moet kunnen worden genomen en die, in geval van misbruik, tuchtrechtelijk dient op te treden, het beroepsgeheim tegelijk moet waarborgen en eerbiedigen;

«Dat de tuchtraad van beroep, dientengevolge, zonder schending van artikel 456 van het Gerechtelijk Wetboek, aan eiser kon ten laste leggen dat hij had geweigerd te antwoorden op de hem door de stafhouder en de verslaggever gestelde vragen;

«Dat de overwegingen betreffende het begrip 'de meest strikte regel', die in de bestreden beslissing alleen subsidiair ter sprake zijn gekomen, ten overvloede zijn gegeven;

«Dat dit onderdeel niet kan worden aangenomen.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaat: mr. Draps – In de zaak: D. t/ P.G. bij Hof Brussel)

Hof Gent (14e Kamer), 28 juni 1994

Beslag en executie – Beslag inzake namaak – Tekening en model – Kunstzinnig karakter – Betekenis

«De eerste rechter heeft de maatregel van beslag inzake namaak geweigerd op grond dat het ingeroepen model, zijnde een dierenmasker voor het verdampen van therapeutische vloeistoffen, waarvan appellante een bewijs van internationale deponering voorlegt, geen 'duidelijk kunstzinnig karakter' vertoont.

«De auteursrechtelijke bescherming die appellante te dezen nastreeft, wordt geregeld door het Benelux-Modellenrecht. Het is niet a priori uit te sluiten dat de uiterlijke vorm die appellante aan het door haar op de markt gebracht dierenmasker heeft gegeven, auteursrechtelijke bescherming geniet krachtens artikel 21.1 van de Eenvormige Benelux-Wet.

«Aan de termen 'duidelijk kunstzinnig karakter' in voornoemde bepaling moet blijkbaar niet de betekenis worden gegeven van «kunstwaarde», daar deze termen alleen de bedoeling schijnen te hebben te preciseren dat het uiterlijk van de produkten met een gebruiksfunctie een 'eigen oorspronkelijk karakter' moet vertonen, wat aan de appreciatie van de bodemrechter moet worden overgelaten.»

(Voorzitter: de h. Top – Advocaten: mrs. Davreux en Willemart – In de zaak: N.V. A.)

BOEKEN

B. TILLEMANS, *De geldigheid van besluiten van de algemene vergadering. Het nieuwe artikel 190bis Venn.W.*, Kalmthout, Biblio, 1994, 245 pp.

In tegenstelling tot het gros van de andere bepalingen ingevoerd in de Vennootschappenwet door de wet van 29 juni 1993 betreffende de fusies en de splitsingen, mocht artikel 190bis Venn.W. tot op heden slechts rekenen op een zeer matige belangstelling in de rechtsleer.

Ten onrechte, want het belang van artikel 190bis Venn.W. voor de praktijk én de theorie van het vennootschapsrecht valt geenszins te onderschatten. De bepaling voorziet grotendeels in de wettelijke bekrachtiging van een reeds sinds het einde van de vorige eeuw in de rechtsleer en rechtspraak ontwikkelde nietigheidsregeling van besluiten van de algemene vergadering. De wettelijke nietigheidsregeling is bovendien meer dan een codificatie van het bestaande recht. Zij voert een aantal nieuwigheden in en neemt stelling in bepaalde twistpunten welke in de jurisprudentiële en doctrinale nietigheidsregeling aanleiding gaven tot een relatieve rechtsonzekerheid. Een einde maken aan die rechtsonzekerheid is trouwens een van de hoofdbekommernissen die aan het wetgevend optreden ten grondslag liggen.

Wellicht meer nog dan voor andere nieuwe wetsbepalingen het geval is, vergt een goed begrip van artikel 190bis Venn.W., dat zeker geen hoogstandje van goed doordacht en zorgvuldig wetgevend werk kan worden genoemd, een nauwkeurig onderzoek van de voorbereidende teksten, én, daar de bepaling grotendeels daaruit is afgeleid, van de bestaande rechtspraak en rechtsleer.

De monografie die Tillemans in het kader van de reeks rechtspersonen- en vennootschapsrecht van het Jan Ronse Instituut aan artikel 190bis Venn.W. heeft gewijd, is dan ook zeer welkom.

De wettelijke nietigheidsregeling wordt volledig uit de doeken gedaan in het eerste (algemeen) deel van het boek: in een zestal titels wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan het algemeen kader en het toepassingsgebied van artikel 190bis Venn.W., de nietigheidsgronden, de bevestiging en regularisatie van nietigheden, de procedurele aspecten van de nietigheidsvordering, de vordering tot opschorting en ten slotte de bekendmaking van de beslissing tot nietigverklaring of tot opschorting. Aan eventuele problemen van overgangsrecht wordt evenwel geen aandacht geschonken.

De wettelijke nietigheidsregeling leent zich niet tot een vrijblijvende en louter descriptieve bespreking. De vrij gebrekkige redactie van artikel 190bis Venn.W. roept immers een reeks van interpretatieproblemen op, waaromtrent stelling moet worden genomen.

Zo rijst bijvoorbeeld de vraag of artikel 190bis Venn.W. van toepassing is op alle vennootschapstypes, dan wel alleen op zgn. vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid. Zo ook laat de wettekst (ten onrechte) uitschijnen dat de belangrijkste formele nietigheidsgrond, nl. de schending van de regels betreffende de werkwijze van de algemene vergadering, enkel nog tot nietigheid kan leiden mits bedrieglijk opzet wordt bewezen.

Voor het inhoudelijk onderzoek van besluiten van de algemene vergadering heeft de wetgever, voortgaand op een verouderde rechtspraak en rechtsleer, een beroep gedaan op twee administratiefrechtelijke begrippen (bevoegdheidsoverschrijding en misbruik van bevoegdheid), waarvan de precieze inhoud en betekenis onduidelijk zijn.

De nietigheidsvordering staat voorts open voor «elke belanghebbende», wat meteen de vraag doet rijzen naar het eventuele voorbidsrecht van derden.

Een van de oorzaken van rechtsonzekerheid in het vroegere recht lag in het ontbreken van een verkorte verjaringstermijn. De wettelijke nietigheidsregeling (artikel 194bis Venn.W.) komt daaraan tegemoet, maar doet dan weer de vraag rijzen of het nu om een verjaring- dan wel om een vervaltermijn gaat...

Het is de grote verdienste van de auteur dat hij de meeste van de (interpretatie)problemen waartoe de wettelijke nietigheidsregeling aanleiding geeft, in kaart heeft gebracht én er bovendien een berekenende oplossing voor heeft aangereikt.

Na een algemene bespreking van de (wettelijke) nietigheidsregeling, gaat de auteur in een tweede (bijzonder) deel van het boek in

op een categorie van (vormelijke) nietigheden welke aanleiding geeft tot veruit de meeste toepassingsgevallen in de rechtspraak: de onregelmatigheden in de oproeping en beraadslaging van de algemene vergadering.

Daartoe wordt een zeer volledig en nauwkeurig overzicht gegeven van de verschillende formaliteiten welke te vervullen zijn in de verschillende fasen van de werking van de algemene vergadering: de oproeping (vermeldingen op de oproeping, wie kan oproepen, termijnen...), vóór (depotverplichting en volmachten) en tijdens (plaats van de algemene vergadering, samenstelling en bevoegdheden van het bureau, wederrechtelijke uitsluiting...) de beraadslaging. Telkens wordt onderzocht welke de gevolgen zijn van een eventuele niet-naleving van die formaliteiten voor de geldigheid van het besluit.

Voornamelijk (maar zeker niet uitsluitend) degenen die belast zijn met zgn. «corporate housekeeping» zullen aan het bijzonder deel van het boek een zeer nuttig en betrouwbaar werkinstrument hebben.

Het boek van Tillemans valt trouwens in zijn geheel op door zijn gebruiksvriendelijk karakter: het is sterk gestructureerd en is voorzien van een uitgebreide inhoudstafel, een trefwoordenlijst en een lijst van de meest aangehaalde werken. Veelvuldig worden voorbeelden gegeven uit de rechtspraak. Het bronnenarsenaal dat de tekst ondersteunt, is rijk en overvloedig.

De (wettelijke) nietigheidsregeling van besluiten van de algemene vergadering is te belangrijk en te boeiend om stiefmoederlijk te worden behandeld in de rechtsleer. Met het gerecenseerde werk krijgt de regeling alvast de aandacht die ze verdient.

Alain François

ERRATA

Testament

Op p. 1232 van deze jaargang is een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Oudenaarde van 27 mei 1994 gepubliceerd. In de kop boven het vonnis is een vergissing geslopen: op de regel na de vermelding van de datum staat verkeerdelijk «Rechter: de h. De Baere». Er diende te staan: «Voorzitter: de h. Dossche».

Verwijzingsbeschikking – Beroep van de verdachte

In de annotatie van emeritus advocaat-generaal Raoul Declercq onder het arrest van het Arbitragehof van 2 december 1994 is in nr. 13 (*R.W.*, 1994-95, 1227), laatste alinea, vijfde regel, het woord «gewijste» geslopen, terwijl er onbevoegdheid moest staan. Uit de context van de noot en inzonderheid uit wat gezegd wordt in nr. 15, evenals uit het dictum van het arrest, blijkt afdoende dat het om «excepties van onbevoegdheid» gaat.

MEDEDELING

Studiedag "Vennootschapsrecht 1995"

De Faculteit van de Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Gent en het Departement Rechten van de Universiteit Antwerpen (U.I.A.) organiseren een studiedag over: "Vennootschapsrecht 1995".

Programma:

- 9.15u.: Het nieuwe wettelijke kader door Prof. A. Benoit-Moury, U. Luik
- 9.50u.: Vennootschappen met sociaal oogmerk door de Heer Ph. Ernst, Assistent U.I.A.
- 10.00u.: Vennootschappen die beroep doen op het openbaar spaarwezen door Mevr. V. De Schryver, Attaché Commissie voor het Bank- en Financieel wezen
- 10.10u.: De belangenconflicten en andere handelingen van bestuur door Prof. E. Wymeersch, U. Gent
- 11.10u.: De nieuwe regelen inzake aandelen (nv en bvba) door Mr. J. Cerfontaine, Assistent U. Gent; Advocaat Schiltz Linden Grolig
- 11.40u.: Gedematerialiseerde effecten (o.m. aandelen) door de Heer M. Tison, Assistent U. Gent
- 11.50u.: De bijhuizen door de Heer H. De Wulf, Assistent U. Gent, Advocaat
- 14.15u.: De vereffening - De minderheidsaandeelhouders door Prof. H. Braeckmans (U.I.A.)
- 14.45u.: De nieuwe coöperatieve vennootschap - De fusies en splitsingen door Mr. J. Van Bael, Notaris, docent (U.I.A. en K.U.B.)
- 15.35u.: Fiscale aspecten van de nieuwe wet door Prof. B. Peeters, (U.I.A.)
- 16.00u.: Paneldiscussie m.m.v. de Heer Ph. Marchandise, bedrijfsjurist Petrofina; Mr. R. Nieuwdorp, advocaat; de Heer H. Olivier, Directeur-Generaal I.B.R.; de Heer K. Van Oostveldt, bedrijfsrevisor KPMG.

De studiedag vindt plaats te Gent op 20 juni 1995 in de Academie-raadzaal, Voldersstraat 9 en te Antwerpen op 26 september 1995 in de Aula Major van de U.I.A., Universiteitsplein 1 te Wilrijk.

Inlichtingen: Gent: mevrouw N. Kransfeld, tel. 09/264.68.27, fax: 09/233.28.46; Antwerpen: de Heer J. Beckers, tel. 03/820.29.02 of de Heer Ph. Ernst, tel. 03/820.29.20, fax 03/820.29.40.

P. VAN CAYSEELE, De Belgische Wet op de Mededinging. Concentraties in een industrieel economisch en internationaal juridisch perspectief, Antwerpen, Maklu, 152 pp.

Dit boek beoogt «een brug te slaan tussen theorie en praktijk en tegelijk een rechtseconomische analyse van de Wet op de Mededinging te leveren» (blz. 12) en is bedoeld voor «iedereen die bij Belgisch of Europees mededingingsbeleid betrokken is of ermee geconfronteerd wordt, ongeacht de vooropleiding» (blz. 15). Uiteindelijk wil het boek «door middel van verwijzingen naar de economische onderbouw evenals door internationale rechtsvergelijking komen tot een beslissingsschema waarin de Belgische wet geoperationaliseerd kan worden, met als resultaat een maximale rechtszekerheid voor het mededingingsbeleid. In dit boek wordt dus gestreefd naar een referentiekader dat bijdraagt tot de transparantie van het beleid» (blz. 16). Toch worden deze toch wel ambitieuze doelstellingen niet echt bereikt. Het industrieel economisch perspectief is duidelijk doorslaggevend. Dit blijkt uit het veelvuldig gebruik van figuren en vergelijkingen, de sterk economische invulling van centrale begrippen als «machtspositie/marktmacht» (blz. 25) of «relevante markt» (blz. 28 e.v.) en uit het steeds opnieuw verwijzen naar de erg industrieel economisch georiënteerde 1992 US Merger Guidelines. Economen zullen ongetwijfeld blij zijn met dit boek. Een echt juridisch perspectief biedt het werk echter niet. Zo wordt niet ingegaan op vanuit juridisch oogpunt centrale begrippen als het begrip concentratie zelf, de eigenlijke toelaatbaarheidstest of nog de concrete beoordelingscriteria. Ook ontbreekt een Europees juridisch perspectief. De Europese ervaring op het vlak van concentratiecontrole wordt nagenoeg volledig buiten beschouwing gelaten. Wie echt vragen heeft over de verenigbaarheid van een concentratie met Verordening 4064/89 – foutief omschreven als «de wet op de fusies van 21 september 1990» (blz. 116) of nog «de Europese wet op de overnames» (blz. 120) –, zal in dit boek zeer weinig concreet bruikbare informatie vinden. Dit blijkt overigens uit de bibliografie waarin bijzonder weinig EG-materiaal voorkomt. Eigenlijk is dit meer dan spijtig, aangezien de Belgische wet in zeer grote mate geïnspireerd is door precies deze Europese concentratiecontrolebepalingen. In het licht van de nagestreefde transparantie is het ten slotte jammer dat concrete Belgische en Europese concentratiedossiers slechts zo zijdelings aan bod komen.

A.M. Van den Bossche