

BEWIJSLASTVERDELING IN HET BELGISCHE ARBEIDSRECHT

I. INLEIDING

Na de Tweede Wereldoorlog kende het Belgische arbeidsrecht een grote expansie, die wordt gekenmerkt door een toenemend aantal interventies van de wetgever onder meer op het gebied van het bewijs.¹ Door aanwijzing dan wel omkering van de bewijslast en het instellen van wettelijke vermoedens wilde de Belgische wetgever tegemoetkomen aan «de bekommernis de werknemer als economisch zwakkere partij te beschermen in al te precare situaties, waarin zijn bestaanszekerheid in gevaar komt».² Een algemeen overzicht van deze wettelijke ingrepen in de voordien grotendeels door het gemene recht beheerste arbeidsverhoudingen is te vinden in punt II. In punt III wordt aangegeven op welke wijze de rechter invloed kan uitoefenen op de bewijslastverdeling en de bewijsvoering door partijen.

Voorts bevat deze bijdrage een overzicht van de bewijslastverdeling op een aantal specifieke terreinen van het arbeidsrecht. Aan de hand van wetgeving, literatuur en jurisprudentie is onderzocht hoe de bewijsregels luiden ten aanzien van de aard en omvang van de arbeidsovereenkomst (IV), gelijke behandeling (V), arbeidsongeschiktheid (VI), arbeidsongevallen (VII) en ontslagbescherming (VIII). In het onderzoek is aandacht besteed aan de formulering, de inhoud en het doel van de betrokken regelingen en aan toepassing ervan in de arbeidsrechtelijke praktijk.

II. AANWIJZING VAN DE BEWIJSLAST EN WETTELIJKE VERMOEDENS

Bij de bestudering van het Belgische arbeidsrecht valt op dat de bewijslastverdeling vaak uitdrukkelijk in de wet is bepaald. In een afzonderlijke paragraaf of een afzonderlijk artikellid regelt de wetgever welke partij, al dan niet gedurende een bepaalde periode, de bewijslast draagt van de feiten die tot toe- of afwijzing van het beoogde materiële recht kunnen leiden. Dit geldt in tegenstelling tot bijvoorbeeld het Nederlandse en Duitse arbeidsrecht, waar de bewijslastverdeling in het merendeel van de gevallen moet worden afgeleid uit de formulering en zinsbouw van het materiële recht.³

¹ H. BUYSENS, «Bewijs inzake arbeidsovereenkomstenrecht», in M. RIGAUX (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 4, Antwerpen, Maklu, 1993, 200. Aldus ook N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussels, Larcier 1991, 99-100.

² H. BUYSENS, o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 4, p. 197.

³ Voor Duitsland wordt hierop gewezen door W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 55. Voor Nederland zie W.J. VAN DER NAT-VERHAGE, *Handleiding nieuw bewijsrecht. Een kort artikelsgewijs commentaar uit de parlementaire geschiedenis*, Lelystad, Vermande, 1989, 8 en G.J. BOON, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer, Kluwer, 1988, 88.

Als uitgangspunt voor de bewijslastverdeling geldt dat de algemene regelen van het burgerlijk bewijsprocesrecht ook in het arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing zijn.⁴ Dit heeft tot gevolg dat de bewijslast in de meeste rechtsgeschillen bij de werknemer ligt, omdat hij de toepassing van de beschermende bepalingen van het arbeidsrecht vraagt.⁵ De algemene regel «*actori incumbit probatio*» vindt onder meer toepassing ten aanzien van het bestaan van de arbeidsovereenkomst, het bewijs van arbeidsongeschiktheid en de opzegging van de arbeidsovereenkomst.⁶ Deze regel is neergelegd in artikel 1315 B.W.: «Hij die de uitvoering van een verbintenis vordert, moet het bestaan daarvan bewijzen. Omgekeerd moet hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht».⁷

In een aantal gevallen heeft de wetgever expliciet de partij aangewezen die de bewijslast draagt, waarbij wordt afgeweken van de gemeenrechtelijke principes. De motivering hiervoor is gelegen in «de bekommernis werknemers die zich in een kwetsbare toestand bevinden, een bijzondere bescherming te verlenen».⁸ Het Belgische arbeidsrecht kent uitdrukkelijke bewijsregels ten aanzien van het ontslag wegens dringende reden en het willekeurig ontslag van werklieden. Voorts bevatten ook de zogenaamde vermoedens van represaille bij ontslag aanwijzingen voor de bewijslast. Dergelijke vermoedens gelden onder meer ten aanzien van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, de moederschapsbescherming, de uitoefening van een politiek mandaat, de invoering van nieuwe technologieën en het educatief verlof.⁹ Uitdrukkelijke wettelijke bewijsregels hebben als voordeel dat zij de rechter en de partijen duidelijke richtsnoeren verschaffen omtrent de bewijslastverdeling in een bepaald arbeidsrechtelijk geschil. Hierdoor zal er in het algemeen minder discussie over de bewijslastverdeling ontstaan, dan wanneer zij geheel aan het oordeel van de rechter is overgelaten. Tegelijkertijd zorgen wettelijke bewijslastregels ervoor dat partijen hun bewijsrisico vooraf beter kunnen inschatten.

⁴ H. BUYSENS, o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 4, p. 203. Zie ook H. BUYSENS, *het bewijs in sociale zaken* (Reeks Bewijs & Recht), Gent; Mys & Breesch 1999, 48.

⁵ O. VANACHTER, «De bewijslast», in *A.T.O.*, Antwerpen, Kluwer, I, 602-30.

⁶ D. 22.3.2. «*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*», d.w.z. de bewijslast drukt op degene die stelt, niet op degene die ontkent. Zie voor de genoemde onderwerpen respectievelijk IV, VI en VIII, B.

⁷ Een summier weergave hiervan treft men aan in art. 870 Ger.W.: «Iedere partij moet het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert.»

⁸ H. BUYSENS, o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 4, p. 208.

⁹ Zie VIII, C (ontslag wegens dringende reden); VIII, D (willekeurig ontslag), V (gelijke behandeling); VIII, B (overige vermoedens van represaille).

Een tweede mogelijkheid voor de wetgever om in te grijpen in de bewijslastverdeling, is het instellen van wettelijke vermoedens. Vermoedens zijn gevolgtrekkingen die de wet of de rechter afleidt uit een bekend feit, om te besluiten tot een onbekend feit (art. 1349 B.W.). Deze definitie heeft betrekking op zowel de wettelijke als de rechterlijke vermoedens. Voor vermoedens als bewijstechniek is het essentieel dat het bekende feit of de bekende feiten ook werkelijk bekend zijn, dat wil zeggen «dat het een feit of feiten betreft die buiten kijf staan of waaromtrent geen betwisting kan bestaan omtrent de materiële waarheid».¹⁰ Volgens N. Verheyden-Jeanmart zijn de wettelijke vermoedens «gevaarlijker» dan de rechterlijke vermoedens, omdat de rechter zich uitsluitend baseert op vermoedens die zijn aangepast aan het specifieke geval, terwijl de wet redeneert op basis van normale situaties *in abstracto*. Desondanks acht zij de wettelijke vermoedens onmisbaar voor de «practicabilité», de hanteerbaarheid, van het recht.¹¹

Het wettelijke vermoeden ontslaat degene in wiens voordeel het bestaat van ieder bewijs (art. 1352 B.W.). De partij die zich op deze ontheffing beroept, dient wel het bewijs te leveren van het intermediaire feit of de intermediaire feiten waaraan het vermoeden wordt vastgeknoopt.¹² Wordt niet voldaan aan de toepassingsvoorwaarde(n) van het wettelijke vermoeden, dan moet het gewone bewijsrecht worden toegepast. Wettelijke vermoedens worden doorgaans onderverdeeld in weerlegbare en onweerlegbare vermoedens. Sommige auteurs voegen daar nog een derde categorie aan toe, de zogenaamde gemengde vermoedens («*présomptions mixtes*»)¹³. Deze term lijkt mij echter verwarrend, omdat het niet gaat om een tussenvorm tussen weerlegbare en onweerlegbare vermoedens (als dit al mogelijk is), maar om weerlegbare vermoedens waarvan het tegenbewijs aan banden is gelegd.

Onweerlegbare vermoedens worden beschouwd als regelen van materieel recht onder de dekmantel van een bewijsrechtelijke techniek.¹⁴ Het arbeidsrecht kent onweerlegbare vermoedens ten aanzien van onder meer ploegbazen, betaalde sportbeoefenaars, interimarbeid en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.¹⁵ Ik volsta hier met een summier verwijzing, omdat aan de onweerlegbare vermoedens, anders dan aan de weerlegbare, geen bewijsrechtelijke betekenis toekomt.¹⁶ Weerlegbare vermoedens

leiden daarentegen tot een omkering van de bewijslast: de wet ontheft de eiser van het bewijs van het gestelde feit, maar staat de verweerder toe de onjuistheid van het vermoede feit aan te tonen. Hierdoor wordt de bewijslast op de verweerder gelegd.¹⁷ De wet kent weerlegbare vermoedens ten aanzien van studenten, apothekers, handelsvertegenwoordigers, opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur, voltijdse arbeid en arbeidsongevallen.¹⁸

III. INGEPEN VAN DE RECHTER IN DE BEWIJSVOERING

Is eenmaal duidelijk welke partij met het bewijs van de betwiste feiten is belast, dan kan tot de bewijsvoering worden overgegaan. Die bewijsvoering kan een probleem opleveren, wanneer noodzakelijke bewijsmiddelen zich in handen van de tegenpartij bevinden. Zo is het ook in het arbeidsrecht; relevante informatie bevindt zich doorgaans in de onderneming en is voor de werknemer niet of nauwelijks toegankelijk. Het burgerlijke procesrecht komt hierin gedeeltelijk tegemoet door de rechter een aantal mogelijkheden te bieden om actief in de bewijsvoering in te grijpen. In sommige gevallen is de rechter daartoe zelfs verplicht. Zo mag en moet de rechter in voorkomende gevallen ambtshalve de overlegging van stukken, een getuigenverhoor, een plaatsopneming, een persoonlijke verschijning van partijen of een deskundigenonderzoek gelasten.¹⁹ De actieve rol van de rechter met betrekking tot de bewijsvoering mag echter niet zo ver gaan dat afbreuk wordt gedaan aan het principiële recht om bewijzen te leveren.²⁰

Op grond van art. 871 en 877 Ger.W. kan de rechter de overlegging bevelen van het bewijsmateriaal dat een partij bezit of van een stuk dat zij vermoedelijk onder zich heeft en dat het bewijs inhoudt van een terzake dienend feit.²¹ De houding van een partij tijdens het geding, haar stilzwijgen of een weigering om de gevraagde stukken te overleggen, kunnen door de rechter worden uitgelegd ten gunste van de wederpartij. Ongefundeerde beweringen kunnen daarentegen op geen enkele wijze tot het bewijs bijdragen.²² Voorts mag de medewerking van de wederpartij bij de bewijsvoering door de rechter niet zover worden opgerekt, dat er sprake is van een omkering van de bewijslast.²³

Rechterlijke of feitelijke vermoedens gelden als bewijsmiddel en worden ook in het arbeidsrecht veelvuldig toegepast.²⁴ De rechter kan feitelijke vermoedens slechts aannemen wanneer zij hem zekerheid verschaffen omtrent het bestaan van het vast te stellen feit dat hij uit een bekend feit afleidt.²⁵ Het Hof van Cassatie ziet erop toe dat de feiten-

¹⁰ Arbh. Antwerpen, 8 oktober 1996, *F.J.F.*, 1997, 175.

¹¹ N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 100-101. Zie over de rechterlijke vermoedens verder III.

¹² N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 101-103. Men spreekt in dit verband ook van «hulpfeiten». Zie ook M. STORME, *de bewijslast in het Belgische privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 328.

¹³ N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 104-105 en A. VAN REGENMORTEL, «De vermoedens in het sociaalzekerheidsrecht», in R. JANVIER, A. VAN LOOVEREN en A. VAN REGENMORTEL (red.), *Actuele problemen van het sociale zekerheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 165-166.

¹⁴ N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 107. Zie over het karakter van de onweerlegbare vermoedens ook W.D.H. ASSER, *Bewijslastverdeling*, Monografieën Nieuw BW A24, Deventer, Kluwer, 1992, 90 en meer genuanceerd A. VAN REGENMORTEL *o.c.* 162 en M. STORME, *o.c.* 349 e.v.

¹⁵ Zie resp. art. 8 AOW en art. 3, 8 en 31 wet 24 februari 1978, *B.S.* 9 maart 1978. Zie ook O. VANACHTER, *ATO*, I, 602-60.

¹⁶ W.H.D., ASSER, *o.c.*, 30.

¹⁷ N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 101-103.

¹⁸ Zie resp. IV en VII.

¹⁹ Zie resp. art. 877, 916, 962, 992, en 1007 Ger.W.

²⁰ W. RAUWS, in G. VAN LIMBERGEN (red.), *Sociaal procesrecht*, Antwerpen, Maklu 1995, 240-241.

²¹ Cass., 14 december 1995, *R.W.* 1996-97, 198.

²² N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 406-407.

²³ Luik, 26 februari 1985, *Jur. Liège, o.c.*, 1985, 384.

²⁴ Zie N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 403-404: «Seules les présomptions du fait de l'homme sont véritablement un mode de preuve.»

²⁵ Cass., 22 december 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 542.

rechter zich bij de beoordeling van het geschil uitsluitend door rechtsoverwegingen laat leiden.²⁶ Op grond van art. 1353 B.W. worden vermoedens die niet bij de wet zijn ingesteld, overgelaten aan het oordeel en het beleid van de rechter, die geen andere dan gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens zal aannemen, en dat alleen in de gevallen waarin de wet het bewijs door getuigen toelaat. De rechter hoeft in zijn vonnis niet te vermelden of aan genoemde voorwaarden is voldaan.²⁷

Het Hof van Cassatie heeft verschillende malen bevestigd dat de feitenrechter op onaantastbare wijze oordeelt of de aangevoerde feiten voldoende, terzake dienend en voor tegenbewijs vatbaar zijn.²⁸ De waarde die de rechter aan de hulpfeiten toekent, kan door het Hof van Cassatie niet worden gecontroleerd. Het Hof is echter wel bevoegd om na te gaan of de rechter die zijn beslissing op een feitelijk vermoeden heeft gegrond, dat rechtsbegrip niet heeft miskend en of hij met name uit een bekend feit geen gevolgen heeft afgeleid die met dat feit geen enkel verband houden of op grond daarvan onmogelijk te verantwoorden zijn.²⁹ Lenaerts illustreert dit aan de hand van de rechtspraak over het begrip «gezag» of «ondergeschiktheid» als essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst: of iemand arbeid verricht onder het gezag van een andere persoon, is een feitelijke kwestie. Om die vraag te beantwoorden, dient het arbeidsgerechtigde de feitelijke toestand aan de hand van alle feitelijke elementen van de zaak te onderzoeken. Het Hof van Cassatie gaat na of de rechters uit de door hen vastgestelde feiten wettig hebben kunnen afleiden of er al dan niet een gezagsverhouding tussen de contracterende partijen bestaat. Het Hof oordeelt met andere woorden of de rechters het begrip «gezagsverhouding» juist hebben geïnterpreteerd.³⁰

IV. AARD EN OMVANG VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

Kenmerkend voor het Belgische arbeidsovereenkomstenrecht is dat de wettelijke regeling verschilt naar gelang de categorie werknemers waarop ze van toepassing is. Het bewijs van de aard van de arbeidsovereenkomst krijgt daardoor een extra dimensie. De Arbeidsovereenkomstenwet (AOW) kent een algemene titel die van toepassing is op alle werknemers, gevolgd door bijzondere titels voor werklieden, bedienden, handelsvertegenwoordigers en dienstboden. Verder regelt de AOW de overeenkomst voor tewerkstelling van huisarbeiders en studenten. Arbeiders en bedienden vormen samen veruit de grootste en best vertegenwoordigde groep werknemers op de Belgische arbeidsmarkt.

Van de verschillende arbeidsovereenkomsten geniet de bediendenovereenkomst de grootste aantrekkingskracht,

dankzij haar relatief sterke rechtsbescherming.³¹ Deze bescherming uit zich in relatief lange opzegtermijnen en hoge forfaitaire vergoedingen in geval van onrechtmatige opzegging. Voorts kan een bediende niet gedeeltelijk werkloos worden verklaard wanneer de onderneming onvoldoende werk voor hem heeft en behoudt hij ingeval van ziekte gedurende geruime tijd recht op loon. Op een aantal punten zijn de verschillen tussen het arbeiders- en het bediendenstatuut overigens, dankzij diverse intersectorale en sectorale CAO's, aanzienlijk verminderd.

Het historisch gegroeide onderscheid tussen werklieden (arbeiders) en bedienden is gebaseerd op het criterium of een werknemer zich heeft verbonden om in hoofdzaak hand- dan wel hoofdwerk te verrichten.³² Was dit onderscheid aanvankelijk vrij eenvoudig te maken, thans komt het in veel gevallen kunstmatig voor. Arbeiders dienen hoe langer hoe meer te beschikken over technische kennis en intellectuele capaciteiten, terwijl sommige bedienden louter uitvoerende taken verrichten. Ondanks de vele bezwaren tegen deze indeling, zag het er tot voor kort niet naar uit dat het onderscheid zou worden afgeschaft.³³ De recente oproep van arbeidsrechtdeskundigen uit binnen- en buitenland kan hier wellicht verandering in brengen.³⁴

In afwijking van het gemene recht bepaalt art. 12 AOW dat, bij ontstentenis van een geschrift, het getuigenbewijs is toegelaten, ongeacht de waarde van het geschil.³⁵ In principe hoeft de arbeidsovereenkomst dan ook niet schriftelijk te worden aangegaan, al worden de uitzonderingen op deze regel steeds talrijker.³⁶ Het niet in acht nemen van het schriftelijkheidsvereiste kan voor de werkgever ongewenste gevolgen hebben. Zo wordt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk, die niet schriftelijk is vastgelegd, geacht voor onbepaalde tijd te zijn aangegaan.³⁷

Wat de *bewijslastverdeling* betreft, geldt dat de partij die zich beroept op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, het bewijs moet leveren van de feiten die zij aanvoert.³⁸ Het betreft hier een toepassing van de algemene regel «*actori incumbit probatio*».³⁹ Deze hoofdregel geldt ook voor het zelfstandige verweer van de gedaagde: de verwerende partij moet in voorkomend geval aantonen dat zij een ander

³² Art. 2 en 3 AOW.

³³ Een poging om het wettelijke (opzeggings)verschil strijdig te doen verklaren met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel mislukte: Arbitragehof, arrest nr. 56/93 van 8 juli 1993, *B.S.*, 27 augustus 1993.

³⁴ *De Standaard* 10 maart 2000, p. 5 (dossier) en 11 (opinie).

³⁵ Zie over de geschiedenis van deze bepaling H. BUYSENS, *o.c.*, *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 4, p. 198-199.

³⁶ Een overzicht hiervan is te vinden bij H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Diegem, Kluwer, 1995, 46-47. Zie ook RL 91/533/EEG, Pb EG 1991 L 288/32 betreffende informatie van de werknemer over zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding.

³⁷ Art. 9 AOW. Van het schriftelijkheidsvereiste kan worden afgeweken bij algemeen verbindend verklaarde CAO (art. 9, derde lid, AOW).

³⁸ Men kan echter niet eisen dat de aanlegger zou bewijzen dat de aangevoerde toestand onverenigbaar is met enige andere overeenkomst; zie onder meer Cass., 19 april 1982, *R.W.* 1982-83, 2836 en Cass., 1 september 1983, *J.T.T.* 1984, 57.

³⁹ H. BUYSENS, *o.c.*, 1999, 49.

²⁶ W. VAN EECKHOUTTE (red.), *Anthologie van de cassatierecht-spraak in sociale zaken, Huldeboek prof. dr. H. Lenaerts*, Antwerpen, Kluwer 1988, 16.

²⁷ N. VERHEYDEN-JEANMART, *o.c.*, 414-415.

²⁸ Zie bijv. Cass., 7 januari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 600.

²⁹ Cass., 16 februari 1998, *J.T.T.*, 1998, 203 en Cass., 10 februari 1983, *Arr.Cass.*, 1982-83, 755.

³⁰ W. VAN EECKHOUTTE en H. LENAERTS, *o.c.*, 4-5: Zie bijv. Cass., 2 december 1985, *J.T.T.*, 1987, 34.

³¹ De arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers is een variatie van de bediendenovereenkomst.

contract dan een arbeidsovereenkomst had willen sluiten en dat de voorwaarden van dat contract vervuld zijn.⁴⁰ Ter illustratie kan worden gewezen op een uitspraak van het Arbeidshof Brussel: indien partijen hun overeenkomst zelf als arbeidsovereenkomst hebben gekwalificeerd, moet de partij die deze kwalificatie betwist, het bewijs leveren dat het om aanneming van werk ging.⁴¹ Blijkt uit het geschrift niet duidelijk om welk soort overeenkomst het gaat, dan wordt een strikte en voor de werknemer gunstige interpretatie verantwoord geacht.⁴²

De partij die zich op het bestaan van een arbeidsovereenkomst beroept, moet in geval van betwisting bewijzen dat er sprake is van ondergeschiktheid.⁴³ Het element «onder gezag van» leidt in de praktijk regelmatig tot bewijsproblemen. Het Hof van Cassatie heeft beslist dat de gezagsverhouding wettig kan worden afgeleid uit een aantal met elkaar in verband gebrachte feitelijke gegevens, «meer bepaald de wijze waarop de werknemer werd betaald, het vast loon dat was overeengekomen, de afwezigheid van keuze betreffende het tijdstip waarop het werk moest worden uitgevoerd, de omstandigheid dat eiser de enige opdrachtgever was en de afwezigheid van elke associatie».⁴⁴ Een eventueel getuigenbewijs dient betrekking te hebben op die feiten die de band van ondergeschiktheid kunnen aantonen.⁴⁵

In punt II is al kort gewezen op het bestaan van weerlegbare wettelijke vermoedens ten aanzien van studenten, handelsvertegenwoordigers en apothekers. Deze vermoedens vergemakkelijken het bewijs van het bestaan van een arbeidsovereenkomst en leiden op die manier tot een uitbreiding van de beschermende werking van het arbeidsrecht. Op grond van art. 121 AOW wordt de overeenkomst tussen een werkgever en een student, welke benaming daaraan ook is gegeven, vermoed een arbeidsovereenkomst te zijn, tenzij het tegendeel wordt bewezen.⁴⁶ In soortgelijke bewoordingen bepaalt de wet dat een overeenkomst tussen opdrachtgever en tussenpersoon wordt beschouwd als een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers.⁴⁷ Een apotheker die beroepsarbeid verricht in een voor het publiek opengestelde apotheek, wordt geacht verbonden te zijn door een arbeidsovereenkomst voor bedienden ten aanzien van de natuurlijke of rechtspersoon die eigenaar of huurder is van de apotheek, tenzij het tegendeel wordt bewezen.⁴⁸

Voorts bevat het Belgische recht een tweetal weerlegbare rechtsvermoedens ten aanzien van de *omvang* van de arbeidsovereenkomst. Het eerste omvangvermoeden is opgenomen in art. 10 AOW: «Wanneer de partijen verscheidene opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd hebben gesloten, zonder dat er een onderbreking is, toe te schrijven aan de werknemer, worden zij verondersteld een overeenkomst voor onbepaalde tijd te hebben aangegaan, behalve wanneer de werkgever het bewijs levert dat deze overeenkomsten gerechtvaardigd waren wegens de aard van het werk of wegens andere wettige redenen».⁴⁹ Deze formulering kan in de praktijk aanleiding geven tot uiteenlopende interpretaties. Zo is onduidelijk om hoeveel arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd het moet gaan en wanneer een onderbreking toe te schrijven is aan de werknemer. Voorts is onduidelijk wanneer het aaneenrijgen van overeenkomsten voor bepaalde tijd «gerechtvaardigd» is.

Het tweede omvangvermoeden is te vinden in art. 171, tweede lid, Programmawet. Op grond van deze bepaling worden werknemers vermoed hun arbeidsprestaties voltijds te hebben verricht, indien de werkroosters niet conform de Programmawet openbaar zijn gemaakt. In 1991 kreeg het vermoeden door toevoeging van de zinsnede «zonder dat het bewijs van het tegendeel kan worden aangebracht» een onweerlegbare status.⁵⁰ Het Arbitragehof achtte een dergelijk onweerlegbaar vermoeden echter strijdig met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel, zodat het andermaal werd gewijzigd.⁵¹ Gelet op de context waarin de Programmawet is opgesteld, is het niet de werknemer, maar de arbeidsinspectie die zich tegenover de werkgever op het tweede omvangvermoeden kan beroepen. Het gaat hier om een maatregel ter bestrijding van zwartwerk en ter voorkoming van misbruik op het vlak van de socialezekerheidsuitkeringen.⁵² Het toezicht op de naleving van de wet is in handen van de arbeidsinspectie.⁵³

V. GELIJKE BEHANDELING

De regelgeving op het gebied van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces wordt in belangrijke mate «gestuurd» door het Europese recht. Op 7 mei 1999 is de Belgische wetgeving aangepast aan richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht.⁵⁴ De Belgische regering voldoet hiermee ruim op tijd aan haar

⁴⁰ Cass., 19 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 54.

⁴¹ Arbrb. Brussel, 26 oktober 1990, *Rechtspr. Arb. Br.* 1991, 33.

⁴² Arbrb. Brussel, 14 januari 1993, *Soc. Kron.* 1993, 323.

⁴³ Arbrb. Brussel, 21 maart 1989, *Rechtspr. Arb. Br.* 1989, 146.

⁴⁴ Cass., 2 november 1992, *R.W.* 1992-93, 960.

⁴⁵ Arbrb. Brussel, 15 februari 1988, *T.S.R.* 1989, 388.

⁴⁶ Cass., 7 oktober 1996, *R.W.* 1996-97, 1159. Naargelang het geval betreft het een arbeidsovereenkomst voor werklieden, bedienden, handelsvertegenwoordigers of dienstboden.

⁴⁷ Art. 4, tweede lid, AOW. Ten aanzien van handelsvertegenwoordigers kent de AOW nog een tweede rechtsvermoeden in art. 105: Het concurrentiebeding schept ten gunste van de handelsvertegenwoordiger een weerlegbaar vermoeden dat hij cliënteel heeft aangebracht.

⁴⁸ Art. 118 Herstelwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen, *B.S.*, 24 januari 1985.

⁴⁹ Bij koninklijk besluit kan worden bepaald in welke gevallen de werkgever dit bewijs niet mag leveren (art. 10, tweede lid, AOW). Het vermoeden van het eerste lid geldt ook ten aanzien van overeenkomsten voor een duidelijk omschreven werk (art. 10, derde lid, AOW).

⁵⁰ Wet van 20 juli 1991, *B.S.*, 1 augustus 1991.

⁵¹ Zie Cass., 28 april 1997, *J.T.T.*, 1997, 343 voor een beperkte uitlegging van de draagwijdte van het rechtsvermoeden.

⁵² Arbitragehof, 1 april 1998, *Soc. Kron.*, 1998, 252.

⁵³ Art. 170, tweede lid, Programmawet.

⁵⁴ Wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot het zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, *B.S.*, 19 juni 1996 (hierna: wet van 7 mei 1999 of «de wet»). De richtlijn is opgenomen in *Publicatieblad EG*, L 14/6.

verplichtingen.⁵⁵ Ten opzichte van haar voorgangster kent de wet van 7 mei 1999 een aantal nieuwe elementen, die hierna kort besproken zullen worden.⁵⁶ De wet bevat thans een definitie van directe en indirecte discriminatie, een vermoeden in geval van ongewenst seksueel gedrag en een vermoeden van discriminatie. De werkingssfeer van het beginsel van gelijke behandeling is uitgebreid tot de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, maar omvat niet langer de toegang tot de beroepsopleiding. Ongewijzigd is het vermoeden van represaille, besproken aan het einde van deze paragraaf.

Van *directe* discriminatie is sprake wanneer een verschil in behandeling rechtstreeks op het geslacht wordt gebaseerd. Hieronder valt ook ieder verschil in behandeling op grond van zwangerschap, bevalling of moederschap. Directe discriminatie kan onder geen enkele omstandigheid worden gerechtvaardigd. In de richtlijn wordt het begrip directe discriminatie – vreemd genoeg – niet gedefinieerd, zodat de Belgische wetgeving hier in een leemte voorziet. Conform de richtlijn is sprake van *indirecte* discriminatie «wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze een wezenlijk groter gedeelte van de leden van een geslacht beïnvloedt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze passend en noodzakelijk is en kan worden gerechtvaardigd door objectieve factoren die geen verband houden met het geslacht van de betrokkenen».⁵⁷

De nieuwe wet bevat drie bepalingen met een bewijsrechtelijke component. Als eerste kan worden genoemd het vermoeden van art. 5, eerste lid, van de wet. Op grond van deze bepaling wordt ongewenst seksueel gedrag op het werk vermoed een vorm van discriminatie op grond van het geslacht te zijn. Onder «ongewenst seksueel gedrag op het werk» wordt verstaan elke vorm van verbaal, niet-verbaal of lichamelijk gedrag van seksuele aard waarvan degene die zich eraan schuldig maakt, weet of zou moeten weten, dat het afbreuk doet aan de waardigheid van mannen en vrouwen op het werk.⁵⁸ Deze definitie is in de eerste plaats van belang voor de eiser(es), die immers voor de rechter feiten moet aanvoeren die het bestaan van ongewenst seksueel gedrag op het werk kunnen doen vermoeden. In zijn of haar stellingen zal eiser moeten ingaan op de vorm van het gedrag (verbaal, niet-verbaal of lichamelijk), de seksuele aard ervan en het ongewenste karakter. Het vermoeden treedt in werking als al deze elementen voor de rechter voldoende aannemelijk zijn gemaakt. Vervolgens is het aan de werkgever om te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden.⁵⁹ Er treedt dus een verschuiving van de bewijslast op ten gunste van de werknemer.

Een tweede bepaling met bewijsrechtelijke consequenties is art. 19, tweede lid, van de wet. Deze bepaling is opgenomen ter voldoening aan de eerder genoemde bewijsricht-

lijn van de EG en bevat een vrijwel letterlijke weergave van art. 4 van de richtlijn: «Al wie doet blijken van een belang⁶⁰ kan bij het bevoegde gerecht een rechtsvordering instellen teneinde de bepalingen van deze wet te doen toepassen. Wanneer deze persoon voor dit gerecht feiten aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er geen schending van het beginsel van gelijke behandeling is, ten laste van de verweerder».⁶¹ Deze verschuiving van de bewijslast moet bijdragen aan een grotere doeltreffendheid van de overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling genomen maatregelen.⁶²

Tot slot kan worden gewezen op het opzegverbod ten behoeve van de werknemer die een met redenen omklede klacht heeft ingediend of een rechtsvordering heeft ingesteld tot naleving van de bepalingen van de wet.⁶³ De werkgever mag de arbeidsverhouding in dat geval niet beëindigen, behalve om redenen die vreemd zijn aan die klacht of rechtsvordering. Het verbod geldt ook de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, zoals de overplaatsing naar een lagere functie of ingrepen in de bezoldiging. De bewijslast van deze redenen rust op de werkgever, «wanneer de werknemer wordt ontslagen of de arbeidsvoorwaarden eenzijdig worden gewijzigd binnen twaalf maanden volgend op het indienen van een klacht. Deze bewijslast rust eveneens op de werkgever (...) nadat een rechtsvordering werd ingesteld, en dit tot drie maanden na het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis.»

Het bewijsvermoeden van art. 23, § 2, biedt de werknemer een tijdelijke extra bescherming tegen ontslag of verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden. Men spreekt in dat geval van een vermoeden van represaille bij ontslag. De werkgever moet niet alleen bewijzen dat de klacht niet de oorzaak van het ontslag is, maar ook dat beide handelingen geen verband met elkaar houden.⁶⁴ Slaagt de werkgever niet in zijn bewijslast, dan heeft de werknemer recht op een forfaitaire schadevergoeding ter hoogte van zes maanden brutoloon. Vordert hij vergoeding van de werkelijk geleden schade, dan moet hij de omvang daarvan kunnen bewijzen.⁶⁵ Een vergoeding kan echter pas in rechte worden

⁶⁰ Deze formulering wijkt af van art. 4, eerste lid, van de richtlijn, waarin het bewijsvermoeden van toepassing wordt verklaard op «iemand die zich door niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht». Zie ook het oude art. 131 van de wet van 4 augustus 1978: «al wie zich benadeeld acht».

⁶¹ Het voorgaande lid is niet van toepassing op strafrechtelijke procedures, op de bepalingen van art. 23, § 2, of op andere, meer gunstige wettelijke bepalingen inzake bewijslast (art. 19, derde lid, van de wet).

⁶² Art. 1 richtlijn. Dit volgde ook reeds uit de Europese jurisprudentie, waaronder de zaken Danfoss (zaak C-109/88, arrest van 17 oktober 1989, *Jur. H.v.J.* 1989, 3199), Enderby (zaak C-127/92, arrest van 27 oktober 1993, *Jur. H.v.J.* 1993, I-5535) en Royal Copenhagen (zaak C-400/93, arrest van 31 mei 1995, *Jur. H.v.J.* 1995, I-1275).

⁶³ Art. 23, § 1, van de wet van 7 mei 1999, voorheen opgenomen in art. 136 wet van 4 augustus 1978 en art. 7 CAO nr. 25 van 15 oktober 1975, algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 9 december 1975, *B.S.*, 25 december 1975.

⁶⁴ Vgl. Arbrb. Brussel, 7 januari 1987, *J.T.T.*, 1987, 206.

⁶⁵ Art. 23, § 4, van de wet.

⁵⁵ Op grond van art. 7 dienen de lidstaten uiterlijk op 1 januari 2001 aan de richtlijn te voldoen door aanpassing van hun wetgeving.

⁵⁶ Wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, *B.S.*, 17 augustus 1978 (Titel V).

⁵⁷ Beide definities zijn te vinden in art. 4 wet van 7 mei 1999.

⁵⁸ Art. 5, tweede lid van de wet. Het element «ongewenst» dient overigens op grond van de definitie ruim te worden geïnterpreteerd: ongewenst is elk gedrag dat afbreuk doet aan de waardigheid van mannen en vrouwen op het werk.

⁵⁹ Op grond van art. 19, tweede lid, wet van 7 mei 1999.

gevorderd, wanneer de werkgever geen gevolg geeft aan het verzoek van de werknemer tot herstel van het dienstverband.⁶⁶

Na afloop van de genoemde termijnen rust het bewijs dat het ontslag of de wijziging verband houdt met de klacht of vordering wegens ongelijke behandeling weer op de werknemer. Hoewel de werkgever in het raam van een schadevergoedingsprocedure gevraagd kan worden zijn beëindigings- of wijzigingsbesluit nader te motiveren, zal het voor de werknemer niet eenvoudig zijn aan deze bewijslast te voldoen.

VI. ARBEIDSONGESCHIKTHEID

In geval van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte heeft de werknemer gedurende een bepaalde periode recht op doorbetaling van een gedeelte van zijn loon. Men spreekt in dit verband van het recht op gewaarborgd loon.⁶⁷ De wetgever heeft de verplichtingen van een zieke werknemer ten aanzien van zijn werkgever uitgebreid geregeld. Deze regelen, te vinden in onder meer art. 31 AOW, hebben voor een belangrijk deel te maken met het bewijs van de arbeidsongeschiktheid.⁶⁸ Als uitgangspunt geldt dat de werknemer die wegens ziekte gewaarborgd loon vordert, de bewijslast draagt van zijn arbeidsongeschiktheid.⁶⁹ Hij kan dit bewijs leveren door het overleggen van een geneeskundig getuigschrift of een ander wettelijk bewijsmiddel. Met name in kleine ondernemingen komt het regelmatig voor dat de werkgever geen geneeskundig getuigschrift vraagt of geen gevolgen verbindt aan het niet afgeven ervan, omdat de arbeidsongeschiktheid voor hem op een andere manier vaststaat. Ook in dat geval is de werkgever echter bevoegd de beweerde arbeidsongeschiktheid door een controlerend geneesheer te laten onderzoeken.⁷⁰

De werknemer is verplicht zijn werkgever onmiddellijk van zijn arbeidsongeschiktheid op de hoogte te stellen. Hij is tevens verplicht een geneeskundig getuigschrift aan de werkgever te overleggen, wanneer de collectieve arbeidsovereenkomst of het arbeidsreglement dit voorschrijft of wanneer de werkgever erom vraagt.⁷¹ De wet schrijft niet voor dat het getuigschrift aangetekend moet worden verzonden, wat in de praktijk geregeld tot bewijsproblemen leidt. Het bewijsrisico rust in dat geval op de werknemer. Wordt het getuigschrift niet of buiten de termijn afgegeven, dan kan de werkgever weigeren het gewaarborgd loon te betalen voor de dagen van ongeschiktheid die de dag van afgifte of verzending van het getuigschrift voorafgaan.⁷² Het

bewijs van arbeidsongeschiktheid vormt in dat geval een *conditio sine qua non* voor het recht op gewaarborgd loon.

De werkgever heeft het recht de arbeidsongeschiktheid van de werknemer te laten onderzoeken door een controlerend geneesheer.⁷³ In de praktijk is dit het enige middel om de arbeidsongeschiktheid van de werknemer te betwisten, behalve in uitzonderlijke gevallen waarin wordt vastgesteld dat de werknemer tijdens zijn schorsing bezigheden heeft die onverenigbaar zijn met de door hem beweerde toestand. Wordt de controle geweigerd, dan is de werkgever in de onmogelijkheid de juistheid van de bewering van het bestaan van de arbeidsongeschiktheid te controleren. In beginsel heeft hij dan het recht de arbeidsongeschiktheid als niet bestaande te beschouwen. In uitzonderingsgevallen kan de weigering om aan een controle mee te werken zelfs aanleiding geven tot ontslag op staande voet.⁷⁴

De controlerend geneesheer moet bij elke opdracht een verklaring van onafhankelijkheid ondertekenen, die dient als garantie dat hij volledig onafhankelijk is van de betrokken werkgever en werknemer.⁷⁵ De controle omvat in elk geval een summier medisch onderzoek. Een oordeel «op zicht» of «op stukken» wordt onvoldoende geacht.⁷⁶ De onafhankelijke, door de werkgever gemachtigde en betaalde controlerend geneesheer gaat na of de werknemer werkelijk arbeidsongeschikt is en verifieert de waarschijnlijke duur van de arbeidsongeschiktheid. Alle overige vaststellingen vallen onder zijn beroepsgeheim.⁷⁷ Een getuigschrift dat gegevens bevat die in strijd zijn met het beroepsgeheim, is in zijn geheel nietig.

Geschillen van medische aard worden beslecht bij wijze van een medische scheidsrechterlijke procedure.⁷⁸ Vóór de inwerkingtreding van de wet van 13 juni 1999 betreffende de controlegeneeskunde was het al mogelijk een dergelijke procedure in te stellen bij koninklijk besluit. In een beperkt aantal sectoren is dat ook gebeurd. Thans is de procedure met de nodige waarborgen omkleed en belooft mede daardoor de hoofdweg te worden voor de beslechting van medische geschillen. De vraag wie in een gegeven geval de bewijslast draagt van de arbeids(on)geschiktheid, zal daardoor meer naar de achtergrond verdwijnen. De beslissing van de arts-scheidsrechter is definitief en bindt de partijen. Bereiken partijen binnen twee werkdagen na de verklaring van de controlerend geneesheer geen overeenstemming over de aanwijzing van een arts-scheidsrechter, dan wordt deze aangewezen door de «meest gerede partij». In de meeste gevallen is dit de werknemer, aangezien hij de betaling van gewaarborgd loon vordert. Partijen kunnen ook de controlerend geneesheer en de behandelende geneesheer machtigen om een arts-scheidsrechter aan te wijzen. De kosten van de procedure komen ten laste van de verliezende partij.⁷⁹

⁶⁶ Artikel 23, § 3, bevat op dit punt een uitgebreide regeling. In § 5 worden twee gevallen genoemd waarin het volgen van de «verzoekprocedure» die minimum twee maanden in beslag neemt, niet verplicht is. De werknemer kan in dat geval direct een vordering tot schadevergoeding indienen.

⁶⁷ Zie art. 52 (arbeiders), 70 en 71 (bedienden) en 112 AOW (dienstboden).

⁶⁸ Art. 31 AOW is vervangen bij de wet van 13 juni 1999 betreffende de controlegeneeskunde, B.S., 13 juli 1999 (art. 8).

⁶⁹ Cass., 5 januari 1981, R.W. 1980-81, 2629.

⁷⁰ *Gewaarborgd loon*, Ced. Samson (losbl.) 1997, 109.

⁷¹ Resp. art. 31, § 2, eerste en tweede lid, AOW.

⁷² Art. 31, § 2, derde lid, AOW.

⁷³ Art. 31, § 3, AOW.

⁷⁴ Zie hierover verder VIII, C.

⁷⁵ Art. 3, § 2, van de wet van 13 juni 1999, dat tevens bepaalt dat hij ook niet de preventieadviseur-arbeidsgeneesheer van de onderneming is.

⁷⁶ *Gewaarborgd loon* 1997, 156.

⁷⁷ Art. 31, § 3, tweede lid, AOW.

⁷⁸ Onverminderd de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken (art. 31, § 5, AOW).

⁷⁹ Art. 31, § 5, tweede en derde lid, AOW.

In een eventuele *gerechtelijke* procedure ligt de bewijslast bij de partij die een voordeel eist.⁸⁰ Vordert de werknemer betaling van gewaarborgd loon, dan moet hij het bewijs leveren van zijn arbeidsongeschiktheid.⁸¹ Besluit de werkgever daarentegen de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden te beëindigen, dan moet hij bewijzen dat de werknemer niet arbeidsongeschikt was.⁸² Uitgangspunt van de procedure is dat de verklaring van de behandelende geneesheer gelijkwaardig is aan die van de controlerend geneesheer, waardoor beide verklaringen in geval van tegenstrijdigheid tegen elkaar wegvallen.⁸³ Het gevolg hiervan is dat de werknemer geen aanspraak kan maken op gewaarborgd loon, omdat het bestaan van de arbeidsongeschiktheid niet is aangetoond. Evenmin is echter komen vast te staan dat de werknemer arbeidsgeschikt zou zijn, zodat de werkgever hem niet als onrechtmatig afwezig of als ontslagnemend kan beschouwen, noch hem op staande voet kan ontslaan wegens een dringende reden. De patstelling die ontstaat door het wegvallen van bewijsstukken, kan worden doorbroken door het overleggen van een geneeskundig getuigschrift van een onafhankelijke derde geneesheer. Het herhalen van eerdere standpunten met betrekking tot dezelfde ziekteperiode is dus onvoldoende. In de praktijk zal het advies van de derde geneesheer doorgaans door de rechter worden opgevolgd.

VII. ARBEIDSONGEVALLEN

De aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten is hoofdzakelijk publiekrechtelijk van aard. De Arbeidsongevallenwet is onderdeel van de socialezekerheidswetgeving en bepaalt de hoogte en duur van de vergoeding die de verzekeraar in geval van overlijden of arbeidsongeschiktheid aan het slachtoffer van een arbeidsongeval moet uitkeren.⁸⁴ Voor de toepassing van de Arbeidsongevallenwet wordt als arbeidsongeval beschouwd elk ongeval dat een werknemer tijdens en door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst overkomt en dat een letsel veroorzaakt.⁸⁵ Ook het ongeval dat zich voordoet op de weg naar en van het werk wordt als arbeidsongeval beschouwd.⁸⁶ Het begrip «arbeidsongeval» heeft geleid tot de nodige jurisprudentie van het Hof van Cassatie. Hieruit volgt dat een ongeval wordt geacht te zijn overkomen in de loop van de uitvoering van het arbeidscontract, zolang de werknemer staat onder het gezag, de leiding en het toezicht,

die het contract onderstelt.⁸⁷ Dit laatste moet overeenkomstig de hoofdregel van bewijslastverdeling door het slachtoffer worden bewezen.⁸⁸ De feitenrechter moet uit de gegeven omstandigheden wettig kunnen afleiden of het om een arbeidsongeval gaat.⁸⁹

De woorden «wordt beschouwd» uit de voorgaande alinea duiden op het bestaan van onweerlegbare wettelijke vermoedens. Bewijsrechtelijk zijn deze vermoedens van weinig betekenis.⁹⁰ Dit is anders met de weerlegbare vermoedens van art. 7, tweede lid, en art. 9 Arbeidsongevallenwet. De wetgever heeft deze vermoedens ingevoerd om de bewijslast ten voordele van de getroffen of zijn rechthebbenden te versoepelen.⁹¹ De eerste bepaling luidt: «Het ongeval overkomen tijdens de uitvoering van de overeenkomst wordt, behoudens tegenbewijs, geacht als overkomen door het feit van de uitvoering van die overeenkomst». Het causale verband wordt hier dus als het ware door de wetgever voorondersteld, waardoor een verlichting van de bewijslast van de werknemer optreedt. Hetzelfde kan worden gezegd van het vermoeden van art. 9: «Wanneer de getroffen of zijn rechthebbenden benevens het bestaan van het letsel, een plotselinge gebeurtenis aanwijzen, wordt het letsel, behoudens tegenbewijs, vermoed door een ongeval te zijn veroorzaakt». Dankzij dit vermoeden hoeft de werknemer niet te bewijzen dat de oorzaak of een van de oorzaken van de plotselinge gebeurtenis buiten het organisme van de getroffen ligt. De bewijslast van het tegendeel ligt op de verzekeraar.⁹² Het vermoeden is weerlegd wanneer de rechter ervan overtuigd is dat het letsel niet door het ongeval is veroorzaakt.⁹³

In een beperkt aantal gevallen hebben de werknemer of zijn rechthebbenden de mogelijkheid om, ongeacht de uit de wet voortvloeiende rechten, een rechtsvordering uit burgerlijke aansprakelijkheid in te stellen. Het gaat daarbij uitsluitend om vergoeding van morele schade of schade aan goederen van de werknemer.⁹⁴ Voorwaarde is wel dat de werknemer aantoonde dat de werkgever het arbeidsongeval *opzettelijk* heeft veroorzaakt of opzettelijk een ongeval heeft veroorzaakt dat een arbeidsongeval tot gevolg heeft. Deze bewijslast is dermate zwaar, dat er tot nog toe geen vorderingen op deze grond zijn toegewezen.

De Beroepsziektenwet kent een soortgelijke rechtsvordering toe aan de werknemer die het slachtoffer is geworden van een beroepsziekte.⁹⁵ De vordering kan worden ingesteld tegen de werkgever, wanneer hij de beroepsziekte opzettelijk heeft veroorzaakt. Ook hier gaat het om een moeilijk te bewijzen bestanddeel, ware het niet dat de wetgever voor een

⁸⁰ *Gewaarborgd loon*, 162.

⁸¹ Arbh. Gent, 5 december 1994, *J.T.*, 1994-95, 315.

⁸² Arbh. Antwerpen, 1 juli 1980, *J.T.T.*, 1981, 229 en Arbh. Luik 29 april 1980, *J.T.T.* 1980, 355.

⁸³ Cass., 8 januari 1960, *R.W.* 1960-61, 833. Zie ook *Gewaarborgd loon* 1997, 167. Toepassingen hiervan in de lagere jurisprudentie zijn onder meer Arbh. Luik, 3 mei 1993, *J.T.T.*, 1994, 77 en Arbh. Gent, 5 december 1994, *J.T.*, 1994-95, 315.

⁸⁴ Wet van 10 april 1971 betreffende de arbeidsongevallen, *B.S.*, 24 april 1971; zie art. 10 e.v. (overlijden) en art. 22 e.v. (arbeidsongeschiktheid). De Beroepsziektenwet wordt besproken in de laatste alinea van deze paragraaf.

⁸⁵ Art. 7, eerste lid, Arbeidsongevallenwet.

⁸⁶ Art. 8, § 1, Arbeidsongevallenwet.

⁸⁷ Vaste jurisprudentie sinds Cass., 20 oktober 1921, *Pas.*, 1922, I, 28. Bijv. Cass., 22 februari 1993, *Soc. Kron.*, 1993, 312.

⁸⁸ Cass., 8 december 1967, *Pas.*, 1968, I, 473.

⁸⁹ Zie o.m. Cass., 3 oktober 1983, *R.W.*, 1983-84, 2955.

⁹⁰ Zie *supra*, II, en meer genuanceerd A. VAN REGENMORTEL, *o.c.*, 161-162.

⁹¹ A. VAN REGENMORTEL, *o.c.*, 213.

⁹² Cass., 28 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 1028. Zie ook W. VAN BECKHOUTTE en H. LENAERTS, *o.c.*, 18.

⁹³ Cass., 9 juni 1997, *J.T.*, 1997, 636.

⁹⁴ Art. 46, § 1 en 2, Arbeidsongevallenwet. Zie ook Cass., 22 januari 1960, *Pas.*, 1960, I, 580.

⁹⁵ Gecoördineerde wetten van 3 juni 1970 betreffende de schadeloosstelling voor beroepsziekten, *B.S.*, 27 augustus 1970, art. 51.

zekere tegemoetkoming heeft gezorgd door middel van een onweerlegbaar vermoeden. Op grond van art. 51, § 1, 1^o, tweede lid, Beroepsziektenwet wordt opzet aanwezig geacht, wanneer de werkgever zijn werknemers aan het beroepsziekteterisico blijft blootstellen na hierop door de Arbeidsinspectie schriftelijk geattendeerd te zijn.

VIII. ONTSLAGBESCHERMING

A. Inleiding

Op het gebied van het ontslagrecht heeft de wetgever op tal van plaatsen in de bewijslast ingegrepen, teneinde werknemers in een kwetsbare positie een extra bescherming te bieden. Dit geldt onder meer voor de opzegging, het ontslag op staande voet en het willekeurig ontslag.⁹⁶ Naast de beëindiging door opzegging of door ontslag op staande voet, kan een arbeidsovereenkomst rechtmatig worden beëindigd op een van de «algemene wijzen waarop de verbintenissen tenietgaan» (art. 32 AOW). Het gaat hier om typische civielrechtelijke beëindigingswijzen, namelijk de beëindiging met wederzijdse toestemming, de ontbinding wegens wanprestatie en de vervulling van een ontbindende voorwaarde.⁹⁷ De laatste twee beëindigingswijzen vinden in de praktijk echter weinig toepassing.⁹⁸

Een beëindiging met *wederzijdse toestemming* kan worden ingeroepen door de werkgever, als verweermiddel tegen een vordering van de werknemer uit onrechtmatig ontslag. Het Hof van Cassatie heeft bevestigd dat de bewijslast ten aanzien van dit verweer pas op de werkgever rust, wanneer de werknemer als eiser aan zijn bewijslast heeft voldaan: «Het arrest dat aan de werkgever, als verweerder, het bewijs oplegt dat er geen ontslag was, maar een beëindiging van de overeenkomst met wederzijds akkoord, zonder vooraf vast te stellen dat de werknemer als eiser, het bewijs heeft geleverd van de feiten die hij aanvoert, schendt de regelen van de bewijslast».⁹⁹

De arbeidsovereenkomst kan eveneens wettig worden beëindigd door een gerechtelijke *ontbinding* wegens wanprestatie. Een eenzijdige of buitengerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie is naar Belgisch recht onmogelijk.¹⁰⁰ Dit moet voorkomen dat werkgevers de dwingende bepalingen van het ontslag op staande voet trachten te omzeilen. De werkgever die voor de rechter ontbinding wegens wanprestatie vordert, zal de feiten en omstandigheden moeten bewijzen die aantonen dat de werknemer is tekortgeschoten in zijn verplichtingen. De rechter gaat na of de beweerde tekortkomingen ernstig genoeg zijn om de ontbinding uit te spreken.¹⁰¹ Vordert de werkgever tevens schadevergoeding, dan zal hij niet alleen de tekortkoming moeten bewijzen, maar ook de omvang

van de geleden schade en het causale verband tussen beide. Voor de werknemer geldt *mutatis mutandis* hetzelfde.¹⁰²

B. Opzegging

Ieder van de partijen heeft het recht de overeenkomst voor onbepaalde tijd te beëindigen door opzegging aan de andere (art. 37, § 1. AOW). Dit recht behoort tot het wezen van elke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹⁰³ Behoudens een aantal hierna te bespreken gevallen, mag de werkgever ook opzeggen tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst.¹⁰⁴ De duur van de opzeggingstermijn varieert naar gelang van het statuut van de werknemer, zijn anciënniteit en – in geval van bedienden – het laatst genoten jaarsalaris. Door het onderscheid tussen arbeiders, bedienden, etc. is er een zeer versnipperde regeling van de opzeggingstermijnen ontstaan.¹⁰⁵ Wordt de arbeidsovereenkomst beëindigd zonder inachtneming van de opzeggingstermijn, zonder dringende reden of voor afloop van de overeenkomst voor bepaalde tijd, dan is er sprake van een onrechtmatige beëindiging. De partij die hiertoe overgaat, dient aan de wederpartij een vergoeding te betalen die overeenstemt met het loon over de (resterende) duur van de opzeggingstermijn of over de resterende duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.¹⁰⁶

De *bewijslast* rust op de partij die zich op de opzegging beroept («*actori incumbit probatio*»). Beroept de werknemer zich als eiser op de onrechtvaardigheid van een aan hem gegeven ontslag, dan zal hij het bewijs moeten leveren van de omstandigheid dat de werkgever eenzijdig de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd.¹⁰⁷ Voor bijzondere categorieën werknemers heeft de wetgever met behulp van het bewijsrecht een tijdelijke extra bescherming ingebouwd tegen opzegging door de werkgever. Men spreekt in dit verband van vermoedens van represaille bij ontslag.¹⁰⁸

¹⁰² Zie over de ontbinding voorts: W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht* (Reeks Sociaal Recht, nr. 30), Antwerpen, 1987; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten: onderzoek van het Belgisch recht getoetst aan het Franse en Nederlandse recht*, Antwerpen, Maklu 1994; S. STIJNS en B. DE TEMMERMAN, «De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten», *R.W.* 1996-97, 1454-1455.

¹⁰³ Cass., 16 oktober 1969, *T.S.R.* 1969, 355; *R.W.* 1969-70, 1187.

¹⁰⁴ Art. 38, § 2. AOW. Met schorsing wordt hier bedoeld de tijdelijke onderbreking van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld ten gevolge van vakantie (art. 28, 1^o, AOW), zwangerschaps- en bevallingsverlof (art. 28, 2^o, AOW, *juncto* art. 39 en 42-43bis Arbeidswet) of arbeidsongeschiktheid (art. 31 AOW). Opzegging tijdens de diensttijd kan alleen indien daarvoor een «voldoende reden» in de zin van art. 38, § 3, tweede lid AOW aanwezig is. De bewijslast daarvan rust op de werkgever.

¹⁰⁵ Zie art. 59-61 (arbeiders), art. 82-84 (bedienden), art. 87 (handelsvertegenwoordigers), art. 115 (dienstboden) en 130 AOW (studenten).

¹⁰⁶ Art. 39 (overeenkomst voor onbepaalde tijd) en art. 40 (overeenkomst voor bepaalde tijd) AOW. In het laatste geval bedraagt de vergoeding maximum het dubbele van het loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn, die in acht had moeten worden genomen, indien de overeenkomst zonder tijdsbepaling was gesloten.

¹⁰⁷ Cass., 15 januari 1996, *J.T.T.* 1996, 241; *R.W.*, 1996-97, 392.

⁹⁶ Zie resp. VIII, B; VIII, C en VIII, D.

⁹⁷ Resp. art. 1134, 1184 en 1183 B.W.

⁹⁸ H. LENAERTS, *o.c.*, 51.

⁹⁹ Cass., 15 januari 1996, *Soc. Kron.*, 1996, 335.

¹⁰⁰ H. BUYSENS, in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 5, Gent, Mys & Breesch 1997, 9; Arbh. Antwerpen, 20 november 1995, *R.W.* 1995-96, 1347.

¹⁰¹ Zie onder meer Cass., 15 juni 1981, *Arr. Cass.* 1980, 1211.

Tot de bijzondere categorieën werknemers die op deze wijze worden beschermd, behoren onder meer de *zwangere* werknemers: «De werkgever die een zwangere werknemer tewerkstelt, mag geen handeling stellen die ertoe strekt eenzijdig een einde te maken aan de dienstbetrekking vanaf het ogenblik waarop hij werd ingelicht omtrent de zwangerschap tot een maand na het einde van de postnatale rustperiode, behalve om redenen die vreemd zijn aan de lichamelijke toestand of aan de bevalling. De werkgever dient te bewijzen dat zulke redenen voorhanden zijn». Slaagt hij daar niet in, dan is hij aan de werknemer een forfaitaire vergoeding verschuldigd gelijk aan het brutoloon voor zes maanden.¹⁰⁹

Ook de werknemer die *educatief verlof* aanvraagt geniet een tijdelijke extra bescherming tegen opzegging door de werkgever: «Een werkgever mag een werknemer die educatief verlof wil genieten, niet ontslaan vanaf de datum van zijn aanvraag en dit tot op het einde van de opleiding, behalve om redenen die vreemd zijn aan die aanvraag. De werkgever dient te bewijzen dat zodanige redenen voorhanden zijn».¹¹⁰ Op soortgelijke wijze wordt de werknemer die zich kandidaat heeft gesteld voor de uitoefening van een *politiek mandaat* beschermd.¹¹¹

Het opzegverbod in verband met de invoering van *nieuwe technologieën* kent geen wettelijke basis, maar berust op een landelijke CAO. Heeft de wetgever de verplichtingen van deze CAO niet nageleefd, dan mag de arbeidsovereenkomst niet eenzijdig worden beëindigd, behalve om redenen die vreemd zijn aan de invoering van de nieuwe technologie. De bewijslast van deze redenen rust op de werkgever gedurende een periode van drie maanden vóór tot drie maanden na de invoering.¹¹² Bij een ontslag buiten die periode draagt de werknemer de bewijslast.

Tot slot kan worden gewezen op de vergaande ontslagbescherming van *personeelsafgevaardigden* en kandidaat-personeelsafgevaardigden voor de ondernemingsraad. De werkgever kan hen slechts ontslaan om een dringende reden die vooraf door het arbeidsgerecht is aangenomen, of om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegd paritair orgaan zijn erkend.¹¹³ De werkgever draagt de bewijslast van de voor het ontslag ingeroepen redenen. Slaagt hij er niet in dat bewijs te leveren, dan riskeert hij een vergoeding die kan oplopen tot acht jaar loon.¹¹⁴ Dit laatste

doet zich voor wanneer de betrokken werknemer een anciënniteit heeft van minimum twintig dienstjaren, aan het begin staat van zijn vertegenwoordigingsmandaat en een aanvraag heeft ingediend tot reïntegratie in de onderneming.¹¹⁵ In geval van betwisting moet de werkgever bewijzen dat hij de reïntegratie van de werknemer heeft aanvaard.¹¹⁶

C. Ontslag op staande voet

De arbeidsovereenkomst kan zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn worden beëindigd wegens een dringende reden. Het ontbreken van een dringende reden leidt tot schadeplicht van de werkgever.¹¹⁷ Met name voor hogere bedienden kan die vergoeding, gelijk aan het lopende loon over de resterende opzeggingstermijn, zeer hoog oplopen. Het slachtoffer van een onrechtmatig ontslag op staande voet kan daarnaast een bijkomende vergoeding vorderen wegens rechtsmisbruik of willekeurige afdanking. Het Belgische recht voorziet niet in de mogelijkheid van voortzetting van de arbeidsovereenkomst of reïntegratie van de werknemer.¹¹⁸

Onder *dringende reden* wordt verstaan de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt (art. 35, tweede lid, AOW). De aangevoerde feiten moeten als een fout kunnen worden aangemerkt.¹¹⁹ Wanneer de rechter het bestaan van een dringende reden niet aanvaardt, moet hij preciseren dat hij de aangevoerde feiten als niet bewezen beschouwde of dat hij de feiten als bewezen beschouwde, maar ze volgens hem niet voldoende ernstig waren om als dringende reden te worden ingeroepen.¹²⁰ Wanneer verscheidene feiten de aanleiding waren tot het invoeren van de dringende reden, is het voldoende dat de rechter oordeelt dat één van de bewezen feiten voldoende ernstig is.¹²¹

De *bewijslastverdeling* bij ontslag op staande voet is wettelijk vastgelegd. Artikel 35, achtste lid, AOW bepaalt dat de partij die een dringende reden invoert hiervan het bewijs moet leveren. Bovendien moet zij bewijzen dat het ontslag is gegeven binnen drie werkdagen na kennisname van de feiten die ter rechtvaardiging van het ontslag worden ingeroepen en dat de dringende reden binnen drie werkdagen ter kennis van de wederpartij is gebracht.¹²² Deze termijnen worden door de rechtspraak strikt gehanteerd.

¹⁰⁸ Zie onder meer D. CUYPERS, *Die Keure*, p. II-5e-112 en de noot van D. DE VOS onder Arbrb. Brussel, 7 januari 1987, *J.T.T.* 1987, 206. Zie *supra*, V (gelijke behandeling).

¹⁰⁹ Art. 40 Arbeidswet van 16 maart 1971, *B.S.*, 30 maart 1971. Laatstelijk gewijzigd bij de wet van 3 april 1995, *B.S.*, 10 mei 1995.

¹¹⁰ Art. 118 Herstelwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen, *B.S.*, 24 januari 1985. De forfaitaire vergoeding bedraagt in dit geval drie maanden loon.

¹¹¹ Art. 5 wet 19 juli 1976 tot instelling van een verlof voor de uitoefening van een politiek mandaat, *B.S.*, 24 augustus 1976.

¹¹² Art. 6 CAO nr. 39 van 13 december 1983 betreffende de voorlichting en het overleg inzake de sociale gevolgen van de invoering van nieuwe technologieën, algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 25 januari 1984, *B.S.*, 8 februari 1984.

¹¹³ Art. 2, § 1, art. 3 en art. 4 wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden, *B.S.*, 29 maart 1991.

¹¹⁴ Zie art. 2, § 1, art. 3, § 3, en art. 17 van de wet.

¹¹⁵ Art. 16 en 17 van de wet.

¹¹⁶ Art. 17, § 2, van de wet.

¹¹⁷ Resp. art. 35, eerste lid, en 39, § 1, AOW.

¹¹⁸ H. BUYSENS, «De dringende reden», in M. RIGAUX en W. VAN ECKHOUTTE, *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 5, Gent, Mys & Breesch, 1997, 26. Een uitzondering hierop vormt de aanvraag tot reïntegratie van personeelsafgevaardigden, besproken in VIII, B.

¹¹⁹ Zie onder meer: Cass., 6 maart 1995, *R.W.*, 1995-96, 636 en Cass., 23 oktober 1989, *J.T.T.*, 1989, 432. Zie ook H. LENAERTS, *o.c.*, 55-56.

¹²⁰ Cass., 20 januari 1971, *T.S.R.*, 1971, 11.

¹²¹ Cass., 7 maart 1983, *R.W.*, 1983-84, 1233 en *T.S.R.*, 1983, 240.

In feite kent de wet dus twee bewijsregels ten aanzien van het ontslag op staande voet: een bewijsregel ten aanzien van het *bestaan* van een dringende reden en een bewijsregel ten aanzien van de *termijnen* waarbinnen het ontslag wordt ingeroepen en medegedeeld. De eerste bewijsregel is een toepassing van het beginsel «*actori incumbit probatio*».¹²³ Het bestaan van een dringende reden vormt immers een rechtvaardigingsgrond, een zelfstandig verweer, tegen de door de werknemer ingediende vordering. De tweede bewijsregel, die pas in 1985 aan de vorige werd toegevoegd, wordt beschouwd als een geval van omkering van de bewijslast.¹²⁴ Vóór 1985 werd namelijk geoordeeld dat wie beweert dat de wederpartij meer dan drie werkdagen op de hoogte was van de ingeroepen redenen, het bewijs daarvan diende te leveren.

D. Willekeurig ontslag

Onder willekeurig ontslag of willekeurige afdanking wordt verstaan het ontslag van een werkmán die voor onbepaalde tijd in dienst is, om redenen die geen verband houden met zijn geschiktheid of gedrag en evenmin berusten op de «noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst» (art. 63, eerste lid, AOW). Bij betwisting dient de werkgever het bewijs te leveren van de voor het ontslag ingeroepen redenen (art. 63, tweede lid, AOW). Slaagt de werkgever niet in zijn bewijslast, dan is hij een forfaitaire vergoeding verschuldigd ter hoogte van zes maanden loon, tenzij bij algemeen verbindend verklaarde CAO een andere vergoeding is vastgesteld.¹²⁵ Van zijn kant draagt de werknemer de bewijslast van de feiten die hij inroept om de willekeur van het ontslag aan te tonen.

Het belangrijkste gevolg van de *omkering van de bewijslast* bij willekeurig ontslag is dat de werknemer het voordeel geniet van de twijfel die over de exacte ontslagredenen kan bestaan.¹²⁶ Hoewel de werkgever vrij is het ontslag al dan niet te motiveren, dient hij – in geval van betwisting door de werknemer – objectieve gegevens te kunnen voorleggen om het niet-willekeurige karakter aan te tonen. Men spreekt in

dit verband van een uitgestelde motiveringsplicht.¹²⁷ De werkgever mag het bewijs leveren met andere redenen dan die welke aanvankelijk werden ingeroepen.¹²⁸ Bij de beoordeling van het geschil hoeft de rechter niet uitsluitend rekening te houden met de door de werkgever opgegeven en bewezen redenen. Ook andere regelmatig aangebrachte gegevens, die door de werkgever niet als ontslagredenen zijn voorgesteld, kunnen door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag worden gelegd.¹²⁹

Op de naar voren gebrachte elementen wordt een marginale redelijkheidstoetsing uitgeoefend.¹³⁰ Rechtspraak en rechtsleer leggen er de nadruk op dat de rechter de opportuniteit van de genomen maatregel niet kan beoordelen. Wat de toetsing van economische redenen betreft, is hierop kritiek uitgeoefend door Cuypers: «Weigeren in te gaan op een nader onderzoek van de economische redenen zou een weigering zijn die enkel vergelijkbaar is met het vroegere art. 1781 B.W., waarin de werkgever op zijn woord werd geloofd inzake het loon. Het gevaar is niet denkbeeldig dat de werknemer zich nooit meer kan verweren tegen handig aangebrachte economische redenen.»¹³¹

Een beroep op de bijzondere regeling van het willekeurig ontslag, die werd opgenomen ter compensatie van het minder gunstige arbeidersstatuut, staat alleen open voor arbeiders. Bedienden kunnen eventueel een beroep doen op de regeling van het rechtmisbruik. Stelt een bediende dat er sprake is van misbruik van ontslagrecht, dan draagt hij de volledige bewijslast van zijn stellingen.¹³² Dit houdt in dat hij niet alleen het bewijs moet leveren van het feit dat de werkgever zich bij de uitoefening van het ontslagrecht schuldig heeft gemaakt aan rechtmisbruik, maar ook van het feit dat hij hierdoor een schade heeft geleden die verschilt van de schade die op forfaitaire wijze wordt vergoed door de opzeggingsvergoeding. Een raadsheer van het Antwerpse Arbeidshof wijst erop dat deze bewijslast uitermate zwaar blijkt te zijn, temeer omdat het Belgische arbeidsrecht in de regel in geen verplichting voorziet om het ontslag te motiveren.¹³³ Bovendien blijkt het bijzonder moeilijk te zijn het bewijs te leveren van een bijzondere schade die enkel en alleen het gevolg is van het rechtmisbruik en die verschilt van de morele en materiële schade die met elk ontslag gepaard gaat. Het feit dat er in verhouding meer vergoedingen wegens willekeurig ontslag worden toegekend aan arbeiders

¹²² Art. 35, derde en vierde lid, AOW. De termijn van art. 35, derde lid, begint te lopen op het moment dat de werkgever voldoende zekerheid heeft om met kennis van zaken een beslissing te kunnen nemen, ongeacht de mogelijkheid van de werkgever de feiten waarvan hij kennis heeft op een juridisch sluitende manier aan te tonen (Cass., 22 januari 1990, *T.S.R.*, 1990, 139).

¹²³ Zie E. LÉBOUCQ, «Bewijs, bewijslast en bewijsmiddelen», in R. BLANPAIN (red.), *Arbeidsrecht, Brugge, Die Keure*, 1977, 51 en O. VANACHTER, o.c., *A.T.O.*, I, 602-10.

¹²⁴ O. VANACHTER, o.c., *A.T.O.*, I, 602-40. Zie ook H. BUYSENS, o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 5, p. 28. Art. 35, achtste lid, is ingevoerd door art. 7 van de wet van 18 juli 1985, *B.S.*, 31 augustus 1985.

¹²⁵ Art. 63, derde lid, AOW. De forfaitaire vergoeding omvat niet alleen het lopend loon, maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst (Arbh. Bergen, 21 april 1993, *J.T.T.*, 1994, 51).

¹²⁶ Zie onder meer: Arbrb. Bergen, 7 oktober 1990, *J.T.T.*, 1991, 235; Arbrb. Luik, 2 september 1991, *J.T.T.*, 1992, 83 en recentere verwijzingen in *A.T.O.*, O 501 210.

¹²⁷ Men vindt deze term terug in onder meer: Cass., 4 maart 1985, *Soc. Kron.*, 1985, 142; Arbh. Brussel, 27 oktober 1986, *T.S.R.*, 1987, 351. Zie voor verdere verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur: D. CUYPERS in *J.T.T.*, 1989, 306 en in *Losbl. Arbeids-overeenkomst*, p. II-5e-116.

¹²⁸ Arbh. Brussel, 14 oktober 1991, *T.S.R.*, 1992, 60.

¹²⁹ Cass., 15 juni 1988, *J.T.T.*, 1989, 6. De uitspraak van Arbh. Brussel, 14 oktober 1991, *T.S.R.*, 1992, 60 volgens welke de rechter verplicht is alle elementen op te zoeken die zijn overtuiging kunnen staven, «zelfs indien deze niet door de werkgever werden aangevoerd», lijkt mij hiermee niet geheel in overeenstemming.

¹³⁰ Arbrb. Antwerpen, 25 oktober 1993, *J.T.T.*, 1994, 325.

¹³¹ Noot van D. CUYPERS onder Arbrb. Kortrijk, 8 september 1986, *J.T.T.*, 1989, 305. Met «economische redenen» worden bedoeld «de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming» (art. 63, eerste lid, AOW).

¹³² Zie onder meer Arbh. Brussel, 29 juni 1982, *T.S.R.*, 1982, 627.

¹³³ Zie ook R. BLANPAIN, «Misbruik van recht en ontslag van werknemers, een inleiding», in M. RIGAUX (red.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 1, Antwerpen. Maklu, 1984, 68: «Misbruik wordt in feite nogal restrictief geïnterpreteerd (...) mede wellicht wegens het feit dat «hogere» bedienden doorgaans recht hebben op nogal behoorlijke opzeggingstermijnen en corresponderende opzeggingsvergoedingen».

dan vergoedingen wegens rechtsmisbruik aan bedienden, kan volgens deze raadsheer dan ook «enkel of alleszins hoofdzakelijk» worden verklaard door de omkering van de bewijslast.¹³⁴

IX. Besluit

De bewijslastverdeling is wel eens omschreven als het middel bij uitstek waarmee een rechter kan aansturen op de gewenste resultaten.¹³⁵ Hetzelfde kan worden gezegd van de wetgever. Door het opnemen van bewijslastregels en wettelijke vermoedens beïnvloedt de wetgever de bewijslast en daarmee ook het uiteindelijke resultaat van een juridische procedure. In het arbeidsrecht worden deze ingrepen gemotiveerd door «de bekommernis de werknemer als economisch zwakkere partij te beschermen in al te precarie situaties, waarin zijn bestaanszekerheid in gevaar komt».¹³⁶ Andere motieven die in dit onderzoek naar voren kwamen, zijn achtereenvolgens de wens tot uitbreiding van de beschermende werking van het arbeidsrecht, het voorkomen van misbruik van socialezekerheidsuitkeringen, het bijdragen aan een grotere doeltreffendheid van de overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling genomen maatregelen, het versoepelen van de bewijslast ten voordele van de getroffen van een arbeidsongeval, het bieden van een tijdelijke extra bescherming tegen opzegging door de werkgever en de compensatie van het minder gunstige arbeidersstatuut.¹³⁷ Samenvattend kan worden gesteld dat het bewijsrechtelijke instrumentarium een (tijdelijke) extra bescherming biedt aan zwakkere groepen werknemers op de arbeidsmarkt.

Bewijsregels en rechtsvermoedens dragen sinds de Tweede Wereldoorlog bij aan een verbetering van de positie van bepaalde groepen werknemers. Die verbetering bestaat hierin dat bestaande materiële rechten en waarborgen gemakkelijker kunnen worden geëffectueerd. De drempel die het reguliere bewijsrecht opwerpt door toepassing van de regel «*actori incumbit probatio*» wordt als het ware weggenomen of – al dan niet tijdelijk – verlaagd. Dit verhoogt de kans van de werknemer om zijn rechten in een juridische procedure te verwezenlijken. Bovendien kan er van de bewijsrechtelijke ingrepen van de wetgever een zekere preventieve werking uitgaan. Door het opnemen van bewijs-

regels en bewijsvermoedens in de wet kunnen de bewijsrechtelijke consequenties van een bepaalde handeling vooraf beter worden ingeschat. Nemen we als voorbeeld het ontslag wegens een dringende reden, besproken in punt VIII, C. Op grond van art. 35, achtste lid, Arbeidsovereenkomstenwet moet de werkgever, in geval van betwisting door de werknemer, het bewijs leveren van de dringende reden en het naleven van de termijnen die voor dit ontslag gelden. De werkgever die een ontslag wegens dringende redenen overweegt, zal er dus voor moeten waken dat hij beschikt over voldoende zwaarwegende motieven die hij ten overstaan van de rechter kan onderbouwen en bewijzen. Bovendien zal de werkgever moeten zorgen voor een correcte naleving van de wettelijke ontslagtermijnen, omdat hij ook daarvan het bewijsrisico draagt.

De Belgische wetgever heeft zich veel explicieter met de bewijslastverdeling ingelaten dan bijvoorbeeld de Nederlandse of de Duitse wetgever. Men zou kunnen stellen dat de rol van de rechter daardoor meer naar de achtergrond verschuift. In veel gevallen gaat de rechter na of voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden voor een bewijsregel of rechtsvermoeden. Hij kan deze regel of dit vermoeden echter niet zonder meer buiten toepassing laten. Het Belgische stelsel heeft hierdoor als voordeel dat de bewijslastverdeling voor partijen beter kenbaar en voorzienbaar is. Dit sluit aan bij het reeds in 1962 door M. Storme verdedigde standpunt, dat de regeling van de bewijslast een zekere en stabiele wegwijzer moet zijn en niet afhankelijk gesteld mag worden van de toevallige omstandigheden van het geding of van de willekeur van de rechtbank. «De partijen moeten bij voorbaat weten waaraan zich te houden: een gelijkmatige en gelijkblijvende verdeling van de bewijslast is een postulaat van de rechtszekerheid», aldus M. Storme.¹³⁸ Desondanks zal de rechter, door het gebruik van rechterlijke vermoedens en de waardering van de aangevoerde (hulp)feiten, altijd een zekere invloed uitoefenen op de verdeling van de bewijslast. De onaantastbare appreciatie van de rechter met betrekking tot de bewijswaarde van getuigenverklaringen en vermoedens geeft volgens Buyssens aanleiding tot een «niet altijd gestroomlijnde casuïstiek».¹³⁹

Claire BOSSE

Assistent K.U. Brabant (Tilburg)

¹³⁴ Mevrouw. L. BOEYKENS, raadsheer Arbeidshof Antwerpen, december 1996.

¹³⁵ Zie B.J. DRIJBER en S. PRECHAL, «Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief», *S.E.W.*, 1997, 154.

¹³⁶ H. BUYSENS, o.c., *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 4, p. 197 en 208 (zie I).

¹³⁷ Zie resp. IV, slotaline, V, VII, VIII, B en VIII, D.

¹³⁸ M. Storme, o.c., 35.

¹³⁹ H. BUYSENS, o.c., 1999, inleiding.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

25 MEI 2000

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. François en Bossuyt

Advocaten: mrs. Jaspis en Van Heuven

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Afstamming – Indeplaatsstelling van vaderschap – Echtscheiding door onderlinge toestemming

Art. 320, 4°, B.W. roept, zowel onder de kinderen als onder diegenen die beweren de biologische vader ervan te zijn, een verschil in behandeling in het leven ten aanzien van de mogelijkheid om het biologische vaderschap in de plaats te stellen van het wettelijke vaderschap naargelang de echtscheiding van de vermoedelijke verwekkers van het kind is verkregen op basis van art. 229, 231 of 232 B.W. ofwel of het gaat om een echtscheiding door onderlinge toestemming uitgesproken op basis van art. 233 B.W. Die bepaling schendt aldus de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Arrest nr. 61/2000

Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij vonnis van 9 juni 1999 heeft de Rechtbank van Eerste aanleg te Brussel de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Schendt art. 320, 4°, B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet doordat het aan de biologische vader – en dus aan het kind wanneer dit laatste meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding van de echtgenoten is geboren – de mogelijkheid biedt het biologische vaderschap in de plaats te stellen van het wettelijke vaderschap alleen in die gevallen waarin de echtscheiding van de moeder en van de vermoede vader van het kind is uitgesproken op grond van de artikelen 229, 231 of 232 B.W., waarbij aldus wordt uitgesloten dat ten aanzien van diezelfde personen dezelfde datum van feitelijke scheiding in aanmerking kan worden genomen indien de echtgenoten door onderlinge toestemming zijn gescheiden»

...

In rechte

...

B.1. Art. 320 B.W. bepaalt:

«Wanneer het vaderschap dat vaststaat krachtens artikel 315 of 317 niet bevestigd wordt door het bezit van staat, kan het kind met machtiging van de rechtbank van eerste aanleg van zijn woonplaats, worden erkend door een andere man dan de echtgenoot:

1° ingeval het kind geboren is tenminste 180 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk van de moeder;

2° ingeval het kind geboren is meer dan 300 dagen na de inleidingszitting bedoeld in artikel 1258 van het Gerechtelijk Wetboek en geen proces-verbaal van verzoening is opge-

maakt, of na de beschikking van de voorzitter zitting houdend in kort geding, waarbij de echtgenoten gemachtigd worden een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken, of na de verklaring bedoeld in artikel 1280 van hetzelfde Wetboek, en minder dan 180 dagen na de definitieve afwijzing van de eis of na de verzoening van de echtgenoten;

3° ingeval het kind geboren is meer dan 300 dagen na een beschikking van de vrederechter gegeven krachtens artikel 223 van dit Wetboek, waarbij de echtgenoten gemachtigd worden een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken, en minder dan 180 dagen nadat aan deze maatregel een einde is gekomen, of nadat de echtgenoten feitelijk herenigd zijn geweest;

4° ingeval het kind geboren is meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding wanneer de echtscheiding is uitgesproken krachtens de artikelen 229, 231 of 232.»

B.2. Art. 320 B.W. staat een andere man dan de echtgenoot van de moeder toe een kind te erkennen, wanneer het vaderschap van de echtgenoot niet bevestigd wordt door het bezit van staat, en voor zover hij daartoe gemachtigd is door de rechtbank van eerste aanleg en het kind geboren is in bepaalde gevallen waarin de echtgenoten niet meer samen waren op het ogenblik dat het kind werd verwekt.

B.3. Het in het geding zijnde art. 320, 4°, B.W. roept, zowel onder de kinderen als onder diegenen die beweren de biologische vader ervan te zijn, een verschil in behandeling in het leven ten aanzien van de mogelijkheid om «het biologische vaderschap in de plaats te stellen van het wettelijke vaderschap» naargelang de echtscheiding van de vermoedelijke verwekkers van het kind verkregen is op basis van art. 229, 231 of 232 B.W. ofwel of het gaat om een echtscheiding door onderlinge toestemming uitgesproken op basis van art. 233 B.W.

B.4. De grondwettelijke regelen van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdende met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de terzake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

B.5.1. Het in het geding zijnde verschil in behandeling berust op een objectief criterium, namelijk de wijze van totstandkoming van de echtscheiding. Het Hof moet echter onderzoeken of dat criterium relevant is ten aanzien van het door de wet nagestreefde doel.

B.5.2. De in het geding zijnde bepaling vindt haar oorsprong in de wet van 1 juli 1974 «tot wijziging van sommige artikelen van het Burgerlijk en het Gerechtelijk Wetboek, betreffende de echtscheiding», waarbij de echtscheiding wegens feitelijke scheiding van meer dan tien jaar (termijn die nadien werd ingekort) is ingevoerd. De wetgever heeft geoordeeld dat het kind dat geboren is meer dan 300 dagen

na het begin van de feitelijke scheiding van zijn moeder en zijn vermoedelijke vader, door het gevolg van het huwelijk, na de scheiding, met toestemming van de rechtbank, door zijn biologische vader erkend kan worden. De wet van 31 maart 1987 die het afstammingsrecht hervormde, nam die hypothese in art. 320, 4°, B.W. over. In de formulering die aan art. 320 B.W. was gegeven bij de hervorming van het afstammingsrecht bij de wet van 31 maart 1987, werd de erkenning onder de voorwaarden van dat artikel beperkt tot het enkele geval waarin de echtscheiding wordt uitgesproken wegens feitelijke scheiding. Die mogelijkheid tot erkenning werd vervolgens bij de wet van 27 december 1994 uitgebreid tot de gevallen waarin de feitelijke scheiding gevolgd wordt door een echtscheiding op grond van bepaalde feiten krachtens de artikelen 229 of 231 B.W. Die mogelijkheid werd daarentegen niet uitgebreid tot de gevallen waarin de feitelijke scheiding wordt gevolgd door een echtscheiding door onderlinge toestemming.

B.5.3. De mogelijkheid om het wettelijk vaderschap toe te kennen aan de biologische vader wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na de feitelijke scheiding van zijn moeder en haar echtgenoot, beantwoordt aan een van de door de wetgever nagestreefde doelstellingen bij de aanneming van de wet van 31 maart 1987. Het ging immers erom, wat de afstamming betreft, «de waarheid zoveel mogelijk te benaderen», dit wil zeggen de «biologische afstamming» (*Parl. St.*, Senaat, 1977-78, nr. 305/1, p. 3). Die doelstelling werd echter gematigd door de wil van de wetgever om «de rust der families» in acht te nemen en ze te beschermen (*ibid.*, p. 15).

Teneinde, in een zekere mate, die beide doelstellingen met elkaar te verzoenen, heeft de wetgever de indeplaatsstelling van vaderschap aan bepaalde voorwaarden onderworpen. In de eerste plaats heeft hij ze uitgesloten wanneer het vaderschap van de echtgenoot bevestigd wordt door het bezit van staat. Vervolgens heeft hij aan een rechtbank de zorg toevertrouwd om «de juistheid van de na te leven voorwaarden (na te gaan)» en «(te) onderzoeken of de erkenning aan de werkelijkheid beantwoordt», zonder evenwel te «oordelen over de opportuniteit van de erkenning» (*Parl. St.*, 1984-85, nr. 904/2, p. 85).

B.5.4. Het criterium van de wijze van echtscheiding vertoont geen relevante band met de aldus nagestreefde doelstellingen. Indien het vaderschap van de echtgenoot niet wordt bevestigd door het bezit van staat en wanneer een feitelijke scheiding wordt gevolgd door een echtscheiding en een kind geboren wordt meer dan 300 dagen na die feitelijke scheiding, bestaat er geen reden meer om aan dat kind en zijn biologische vader het recht tot vaststelling van de afstamming te weigeren. De in art. 320 B.W. bedoelde machtiging van de rechter, die bovendien wordt geëist in alle gevallen, maakt het mogelijk te onderzoeken of een feitelijke scheiding werkelijk heeft plaatsgevonden meer dan 300 dagen vóór de geboorte, wat overeenkomst met de zorg van de wetgever om te garanderen dat de erkenning overeenstemt met de werkelijkheid.

Bovendien wanneer de echtscheiding wordt uitgesproken, of het nu wegens feitelijke scheiding is, op grond van bepaalde feiten of door onderlinge toestemming, verdwijnt de gezinskern en is er dus in elk van die gevallen geen «rust der families» meer die dient te worden beschermd.

B.6. De prejudiciële vraag dient bevestigend te worden beantwoord.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 28 JUNI 1999

Voorzitter: de h. Forrier

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Verbist

Arbeidsovereenkomst – Handelsvertegenwoordiger – Uitwinningsvergoeding – Toepassingsgebied – Omvang van opdracht

Het voordeel van de bepalingen van titel IV Arbeidsovereenkomst («Arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers»), die het recht op een uitwinningsvergoeding vastleggen, is niet van toepassing op de werknemers wier overeenkomst de handelsvertegenwoordiging niet als voornaamste voorwerp heeft.

N.V. O. E. t/ Van C.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 maart 1998 gewezen door het Arbeidshof te Brussel;

...

Overwegende dat art. 88 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 bepaalt dat op de bepalingen van titel IV van die wet zich alleen de handelsvertegenwoordiger kan beroepen die in dienst wordt genomen om op bestendige wijze zijn beroep uit te oefenen, zelfs indien hij door zijn werkgever wordt belast met bijkomend werk dat van andere aard is dan de handelsvertegenwoordiging en dat dit voordeel, met uitzondering van de toekenning van commissielonen als bedoeld in art. 90 van deze wet, niet wordt verleend aan de bediende die er af en toe mede wordt belast, samen met zijn arbeid binnen de onderneming, stappen te doen bij de clientèle;

Overwegende dat hieruit volgt dat het voordeel van die wetsbepaling niet van toepassing is op de werknemers wier overeenkomst de handelsvertegenwoordiging niet als voornaamste voorwerp heeft;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat verweerder de «functie van handelsvertegenwoordiger op bestendige bijkomstige wijze is blijven uitoefenen naast die van markt prospector» en mede op die grond eiseres veroordeelt tot betaling van een uitwinningsvergoeding aan verweerder;

Dat het arrest aldus de in het eerste onderdeel als geschonden aangewezen wetsbepalingen schendt;

(art. 3, 4, 87, 88 en 101 Arbeidsovereenkomstenwet).

NOOT – Zie in dezelfde zin: Cass., 18 april 1988, *R.W.*, 1988-89, 536.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 16 SEPTEMBER 1999

Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaten: mrs. Geinger en Simont

Alleenverkoopwet – Opeenvolgende overeenkomsten – Gevolgen

Wanneer een concessie voor onbetaalde tijd is verleend en de partijen op een later tijdstip bedingen dat de concessie voor bepaalde tijd wordt gesloten, zonder dat de eerste overeenkomst wordt beëindigd, dan heeft dit niet tot gevolg dat de contractuele verplichtingen van de partijen uitsluitend door de tweede overeenkomst worden beheerst.

N.V. C. t/ N.V. G.M.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 september 1995 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het eerste middel, gesteld als volgt:

schending van art. 1134, 1184 B.W., 1, 2, 3 en 3bis van de wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop, als gewijzigd door de wet van 13 april 1971, 1 van voornoemde wet van 27 juli 1961 zoals van toepassing vóór de inwerkingtreding van de wet van 13 april 1971, en 149 van de gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994,

...

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat volgens art. 6 van de wet van 27 juli 1961 de bepalingen van die wet van toepassing zijn niettegenstaande hiermede strijdige overeenkomsten, gesloten vóór het einde van het contract waarbij de concessie is verleend;

Dat hieruit volgt dat, als een concessie voor onbepaalde tijd is verleend en later de concessiegever en de concessiehouder bedingen dat de concessie enkel voor een bepaalde tijd wordt gesloten, de contractuele verplichtingen van de concessiegever niet alleen worden beheerst door de latere overeenkomst, tenzij de voor onbepaalde tijd gesloten concessie op regelmatige wijze vooraf werd beëindigd;

Overwegende dat de appèlrechters vaststellen dat de concessie eerst voor onbepaalde tijd was gesloten en niet werd opgezegd, ook niet bij de ondertekening van de concessie van 1 november 1991, die een vaste termijn had, maar voor het overige de bestaande samenwerking tussen partijen behield; dat zij niet aannemen dat de partijen overeenkwamen dat de concessie gesloten voor onbepaalde tijd bij wederzijds akkoord werd beëindigd; dat zij, zonder schending van de aangewezen wetsbepalingen, oordelen dat de partijen steeds gebonden zijn gebleven door een overeenkomst gesloten voor een onbepaalde tijd;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen.

...

HOF VAN CASSATIE

1^e KAMER – 9 MAART 2000

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Dirix

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Nelissen Grade en Geinger

Faillissement – Verdachte periode – Zekerheden – Concervverhouding

Een pand verstrekt door een moedervennootschap tot zekerheid van een schuld van een dochtervennootschap is een handeling om niet in de zin van art. 445, tweede lid (oud) Faill.W. wanneer de moedervennootschap hiervoor geen concrete tegenprestatie verkreeg en enkel kon bogen op het algemeen belang dat haar dochtervennootschap goed zou gedijen.

N.V. K. t/ Faillissement N.V. T.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 september 1998 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen;

Over het eerste middel, gesteld als volgt:

schending van de artikelen 445 van de wet van 18 april 1851 houdende boek III van het Wetboek van Koophandel, waarvan de authentieke Nederlandse tekst werd vastgesteld bij wet van 21 oktober 1997 (B.S., 27 november 1997) (oude Faillissementswet), zoals het artikel van kracht was vóór de opheffing van de oude Faillissementswet door artikel 149 van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, 774, tweede lid, en 1138, 2^o, Ger. W., waarin het algemeen rechtsbeginsel van de autonomie van de procespartijen is neergelegd, en van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging, en 2028 en 2029 B.W.,

doordat (...)

terwijl, derde onderdeel, overeenkomstig art. 445, tweede lid, van de oude Faillissementswet handelingen om niet die door de schuldenaar zijn verricht tijdens de verdachte periode, nietig zijn met betrekking tot de boedel en zonder gevolg; een handeling niet als een handeling om niet kan worden beschouwd, wanneer zij aan degene die de handeling stelt, een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel oplevert; dit rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel kan bestaan in het economisch nut dat de handeling oplevert voor degene die ze stelt of het economisch nut dat hij ermee nastreeft; de appèlrechters te dezen vaststellen dat de inpandgeving die door verweerder werd gegeven voor de schulden van haar dochtervennootschap, de N.V. E., haar oorzaak vond in «het belang dat (N.V. T.) als moedervennootschap had dat haar dochtervennootschap goed gedijde», dat (N.V. T.) dit pand verstrekke «in een poging om haar dochtervennootschap te redden» en dat (N.V. T.) «belang (...) had bij het blijven voortbestaan van (de) N.V. E.»; de appèlrechters aldus impliciet doch zeker vaststellen dat het verstrekken van het pand voor verweerder een bepaald economisch nut opleverde of verweerder dit economisch nut minstens door de gestelde handeling nastreefde; de appèlrechters derhalve, door ondanks voorgaande overwegingen en vaststellingen te oordelen dat het pand als om niet verstrekt moest worden beschouwd, het wettelijk begrip handelingen om niet als bedoeld in art. 445, tweede lid, van de oude Faillissementswet schenden;

...

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens art. 445, tweede lid, van de Faillissementswet elke handeling waardoor de eigendom van roerende of onroerende goederen om niet wordt afgestaan aan de boedel niet kan worden tegengeworpen wanneer zij door de schuldenaar is verricht sinds het door de rechtbank bepaalde tijdstip van staking van betaling of binnen tien dagen die aan dat tijdstip voorafgaan;

Dat een contract uit vrijgevigheid dat is waarbij een partij aan de andere geheel om niet een voordeel verschaft;

Dat de feitenrechter onaantastbaar beoordeelt of bewezen is dat de verrichting kosteloos geschiedde, maar het begrip om niet hierbij niet mag miskennen;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat 1) door de N.V. T. op 20 december 1990 een pand verschaft werd aan eiseres tot zekerheid van de schuldvordering van eiseres op de N.V. E., een 100 procent-dochtervennootschap van de N.V. T.; 2) de N.V. T. op 2 mei 1991 failliet werd verklaard en de datum van ophouden te betalen werd bepaald op 1 december 1990;

Dat het hof van beroep oordeelt dat de N.V. T. geen enkele concrete tegenprestatie kreeg voor die inpandgeving, maar enkel een algemeen belang had dat haar dochtervennootschap goed zou gedijen en niet failliet zou worden verklaard;

Dat het op die grond mocht oordelen dat de verrichting om niet was gedaan en aldus de in het onderdeel aangewezen wetsbepaling niet schendt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 20 MAART 2000

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Gérard

Rechten van de mens – Redelijke termijn – Strafzaken – Sociale inspectie – Processen-verbaal van vaststelling – Geen beschuldiging bedoeld in art. 6.1. E.V.R.M.

De redelijke termijn bedoeld in art. 6.1. E.V.R.M. begint te lopen vanaf het ogenblik dat de betrokkene in verdenking wordt gesteld wegens het plegen van een strafbaar feit of wanneer hij wegens enige andere daad van opsporings- of vooronderzoek onder de dreiging van een strafvervolgung leeft en genoodzaakt is maatregelen te nemen om zich te verdedigen.

Processen-verbaal van sociale inspecteurs maken geen «beschuldiging» uit in de zin van art. 6 E.V.R.M., omdat zij enkel bestemd zijn om overtredingen vast te stellen en de betrokkene niet nopen tot het nemen van maatregelen om zich te verdedigen.

Directeur-generaal van de Studiedienst van het ministerie van Tewerkstelling en Arbeid t/ N.V. C.M.

Gelet op het bestreden arrest, op 18 mei 1999 gewezen door het Arbeidshof te Antwerpen;

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat de door art. 6.1. E.V.R.M. beoogde en te dezen door het arrest toegepaste redelijke termijn deze is binnen welke een tegen iemand ingestelde strafvordering behandeld en beslecht dient te worden; dat die termijn slechts

ingaat op het ogenblik dat de betrokkene «beschuldigd» is terzake de strafbare feiten waarop de strafvordering betrekking heeft, dit is wanneer de betrokkene in verdenking wordt gesteld wegens het plegen van een strafbaar feit of wanneer hij wegens enige andere daad van opsporings- of vooronderzoek onder de dreiging van een strafvervolgung leeft en dit een ernstige weerslag heeft op zijn persoonlijke toestand, met name omdat hij verplicht is geweest bepaalde maatregelen te nemen om zich te verdedigen tegen de beschuldigingen die in de zin van het E.V.R.M. tegen hem zijn ingebracht;

Overwegende dat de processen-verbaal van de sociale inspecteurs, waarvan sprake is in art. 9 van de wet van 16 november 1972, alleen maar bestemd zijn om de overtredingen van de in die wet opgesomde strafbepalingen vast te stellen met het oog op de bestraffing ervan;

Dat zo'n proces-verbaal geen «beschuldiging» uitmaakt in de zin van art. 6.1. E.V.R.M., daar het de betrokkene niet in verdenking stelt en hem ook niet noopt tot het nemen van maatregelen om zich te verdedigen;

Overwegende dat het arrest, door anders te beslissen, de voormelde wettelijke bepalingen schendt;

Dat het onderdeel gegrond is.

NOOT – Het beginpunt van de redelijke termijn in zaken van sociaal strafrecht

1. Eenieder die ervan beschuldigd wordt een strafbaar feit te hebben begaan, heeft recht op een proces binnen een redelijke termijn (art. 6.1. E.V.R.M.). Het beginpunt van de redelijke termijn is niet het ogenblik waarop de zaak aan de vonnisrechter wordt voorgelegd of de verdachte formeel als vermoedelijke dader wordt bestempeld. Deze formele criteria leiden ertoe dat het vooronderzoek grotendeels buiten beschouwing blijft en de verdachte enkel kan reageren tegen een trage afhandeling van het proces ten gronde. Bovendien zouden de gerechtelijke instanties het beginpunt van de redelijke termijn kunnen opschuiven door de verdachte pas in een laat processtadium in verdenking te stellen, zodat vertragingen in het vooronderzoek kunnen worden toegedekt.

Om manipulatie van de redelijke termijn te vermijden, koos het Europese Hof te Straatsburg voor een autonome interpretatie van het begrip «beschuldiging». De verdachte kan aanspraak maken op een proces binnen een redelijke termijn van zodra tegen hem een handeling wordt gesteld waaruit hij redelijkerwijze mag afleiden dat het openbaar ministerie de strafvordering op gang heeft gebracht (E.H.R.M., 10 december 1982, Foti t/ Italië, *Publ. Cour.*, A 56). Het vertrekpunt van de redelijke termijn is dus niet de inverdenkingstelling of de dagvaarding, maar het moment dat de verdachte weet dat hij zich tegen een strafrechtelijke aanklacht moet verdedigen (J. Velu en R. Ergec, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 440; J. Pradel en G. Corstens, *Droit pénal européen*, Parijs, Cujas, 1999, 284; C. Van den Wyngaert, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, 284). Alles hangt bijgevolg af van de concrete omstandigheden van de zaak. Zo kan het beginpunt van de redelijke termijn worden vastgelegd op de eerste verschijning van de onderzoeksrechter (E.H.R.M., 27 juli 1997, Philis t/ Griekenland, *Rec.* 1997-III, 1034) of op het doorzoeken van een woning (E.H.R.M. 19 februari 1991, Manzoni t/ Italië, *Publ. Cour.*, I 195-B). Anders dan de verjaringstermijn, die

loopt vanaf het ogenblik dat de strafbare feiten worden gepleegd, laat het beginpunt van de redelijke termijn ruimte voor interpretatie (M. De Swaef, «De redelijke verjarings-termijn», in *Liber Amicorum M. Châtel*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 117-134).

De beoordeling *in concreto* van het begrip «beschuldiging» werd inmiddels overgenomen door het Hof van Cassatie. Volgens het Hof moet de redelijke termijn in strafzaken worden berekend vanaf het ogenblik dat de verdachte «onder de dreiging van de strafvervolging leeft» en weet dat hij een verweer moet opbouwen (Cass. 29 oktober 1991, *R.W.* 1991-92, 712). Het beginpunt van de redelijke termijn hangt dus niet steeds vast aan daden van vervolging, zoals de rechtstreekse dagvaarding, of aan de voorlopige hechtenis, die enkel bij ernstige aanwijzingen van schuld kan worden bevolen (art. 16, § 1, Voorlopige Hechteniswet). Soms begint de redelijke termijn te lopen vanaf het ogenblik dat de verdachte op de hoogte is van een onderzoeksdaad (vb. aanstelling van een deskundige) of van een dwangmaatregel, mits hij uit deze opsporingshandeling kan afleiden dat er tegen hem een strafrechtelijk onderzoek loopt (S. De Greef, «Het beginpunt van de redelijke termijn in strafzaken», in *Jaarboek Mensenrechten ICM*, Antwerpen, Maklu, 1996, 421).

2. In bovenstaande zaak kwam de vraag aan bod of een proces-verbaal van vaststelling, opgemaakt door een sociaal inspecteur, het beginpunt van de redelijke termijn kan vormen. Eigen aan het sociaal strafrecht is de keuze tussen de strafrechtelijke vervolging en de administratieve afhandeling van overtredingen. De sleutelfiguur in dit tweesporingsstelsel is de arbeidsauditeur (of de procureur des Konings), die binnen zes maanden na de overtreding moet uitmaken of hij de zaak aan de strafrechter voorlegt of bij wijze van transactie of bemiddeling afhandelt (art. 5, § 2, Wet 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten, *B.S.*, 13 juli 1971. Zie A. De Nauw, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 111; D. Cuypers, «Administratieve geldboeten in sociaal recht», in *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 8-21; W. Van Eeckhoutte, «Opsporing van sociaalrechtelijke misdrijven», in *Sociaal Strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 138-202). Als de arbeidsauditeur of de procureur niet tijdig reageert of een strafrechtelijke vervolging ongepast acht, kan de directeur-generaal van de Studiedienst van het Ministerie van Arbeid een administratieve boete opleggen, na de overtreder te hebben gehoord (art. 7). De overtreder beschikt dan over een termijn van twee maanden om de geldboete aan te vechten voor de arbeidsrechtbank (art. 8).

Voor de toepassing van art. 6 E.V.R.M. maakt het weinig verschil uit of de zaak voor de strafrechter komt dan wel of de verdachte een administratieve sanctie riskeert. Om uit te maken of een administratieve boete een «straf» uitmaakt hanteert het Europese Hof autonome criteria, zoals de draagwijdte van de norm, de ernst van de sanctie en het doel dat met de sanctie wordt beoogd (E.H.R.M., 21 februari 1984, *Öztürk t/ Duitsland*, *Publ. Cour.*, A 73; E.H.R.M., 24 februari 1994, *Bendenoun t/ Frankrijk*, *Publ. Cour.*, A 248. Over deze criteria zie A. Den Hartog, *Artikel 6 E.V.R.M. Grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen*, Antwerpen, Maklu, 1992, 23-41; F. Deruyck, «De

fiscaal-administratieve sancties in het licht van art. 6 E.V.R.M.», in *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 23-43; M. Maus, «Kanttekeningen rond de fiscaal-administratieve sancties en de fiscale geschillenprocedure», *T.F.R.* 1999, 332-361).

Administratieve boetes in het sociaal strafrecht moeten als «strafrechtelijk» worden beschouwd, omdat zij vooral een leedtoevoegend karakter hebben, vrij hoog kunnen oplopen en een ruime groep van personen (alle werkgevers) het voorwerp uitmaakt van deze sancties (D. Cuypers, *o.c.*, 6). De beslissing van het parket een administratieve procedure te starten, houdt dus niet in dat de overtreder alle waarborgen van art. 6 E.V.R.M. verliest.

In bovenstaande zaak had het Arbeidshof te Antwerpen een administratieve geldboete vernietigd, omdat de procedure onredelijk lang had aangesleept. Opmerkelijk is de stelling dat het proces-verbaal van de arbeidsinspecteur het beginpunt vormt van de redelijke termijn, omdat deze akte een «impliciete inverdenkingstelling» inhoudt. Het Arbeidshof gaat ervan uit dat, als de sociale inspecteurs geen gebruik maken van hun bevoegdheid een «proces-verbaal van waarschuwing» op te stellen en aan de verdachte een «gewoon» proces-verbaal overhandigen, de verdachte weet dat hem een straf boven het hoofd hangt. Het proces-verbaal is duidelijk gericht op de bestraffing (strafrechtelijk of administratief), aldus het Arbeidshof, en bevat voldoende gegevens om als tenlastelegging te worden beschouwd.

Het zwakke punt in deze redenering is dat sociale inspecteurs zich niet in de plaats kunnen stellen van het openbaar ministerie. Een proces-verbaal van waarschuwing houdt niet in dat de strafvervolging vervalt als de overtreder zich schikt naar de richtlijnen van de inspecteurs. Steeds kan de arbeidsauditeur of de procureur des Konings de strafvordering op gang brengen en een «gewoon» proces-verbaal eisen (A. De Nauw, *o.c.*, 107). Om die reden zijn sociale inspecteurs overigens verplicht het parket op de hoogte te brengen van de waarschuwing (W. Van Eeckhoutte, *o.c.*, 188). Uit de omstandigheid dat sociale inspecteurs een proces-verbaal van waarschuwing kunnen opstellen, kan men dus niet zomaar afleiden dat de verdachte van een sociaal misdrijf «onder de dreiging van de strafvervolging leeft» wanneer hij een «gewoon» proces-verbaal krijgt voorgeschoteld. Deze dreiging bestaat ook wanneer de sociale inspecteurs tegen bepaalde voorwaarden bereid zijn de feiten door de vingers te zien.

3. Het Hof van Cassatie neemt in bovenstaande zaak een strenge houding aan door te stellen dat processen-verbaal van sociale inspecteurs nooit als inverdenkingstelling worden beschouwd, zelfs als de inspecteur de bedoeling heeft de strafvervolging op gang te brengen. Volgens het Hof zijn processen-verbaal alleen maar bestemd om overtredingen van sociale strafwetten vast te stellen en hebben zij niet het effect dat de geverbaliseerde genoodzaakt is een verweer op te bouwen. Van een «beschuldiging» is dan slechts sprake wanneer het parket de zaak bij het strafrechtelijk aanhangig maakt of overdraagt aan de administratie. Deze visie, waarbij het proces-verbaal wordt herleid tot een eenvoudige «inlichting», is echter moeilijk verenigbaar met de criteria die het Europese Hof verbindt aan het beginpunt van de redelijke termijn. Bepalend is niet langer het ogenblik waarop de verdachte weet dat hij zich moet verdedigen, maar een formele beslissing van het parket.

4. Het proces-verbaal van de arbeidsinspecteur vertoont evenwel alle kenmerken van een tenlastelegging, omdat daarin de feiten en de mogelijke strafbaarstellingen worden opgenomen. Vanaf dat ogenblik weet de verdachte dat hij zich voor een strafbaar feit moet verantwoorden, omdat het openbaar ministerie de zaak niet om opportuiniteitsredenen kan seponeren. Is vervolging niet wenselijk, dan zal de verdachte worden veroordeeld tot een administratieve geldboete, tenzij hij voldoende redenen kan aanvoeren om zijn onschuld te staven. Het proces-verbaal is bijgevolg het ontstekingsmechanisme van de vervolging, waarop het openbaar ministerie geen greep meer heeft. De arbeids-auditeur kan enkel nog de vorm van de vervolging bepalen, niet de vervolging voortijdig stopzetten. Het is daarom logisch dat niet de beslissing van het parket, maar het proces-verbaal van vaststelling als beginpunt van de redelijke termijn wordt beschouwd.

Ook de stelling van het Hof van Cassatie dat het proces-verbaal de verdachte «niet noopt tot het nemen van maatregelen om zich te verdedigen» is betwistbaar. Processen-verbaal die voldoen aan de eisen van de Arbeidsinspectiewet hebben bewijskracht tot bewijs van het tegendeel (art. 9 wet 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie, *B.S.* 8 december 1972). De verdachte die zo'n proces-verbaal in handen krijgt, gaat daarom best onmiddellijk na of de inspecteur geen steken liet vallen of tot foute conclusies kwam; zo niet is het moeilijk een straf of een administratieve boete te ontlopen. Van hem wordt immers verwacht dat hij zijn onschuld aantoonst, zodat een trage start bij het opbouwen van een verweer de positie van zijn tegenstrever versterkt. De verdachte kan overigens niet hopen op een sepot, omdat stilzitten van het parket ertoe leidt dat de administratie de vervolging overneemt (A. De Nauw, *o.c.*, 111; D. Cuypers, *o.c.*, 15).

De formele benadering van het begrip «beschuldiging», zoals vooropgesteld door het Hof van Cassatie, heeft tot gevolg dat de verdachte zich pas op de redelijke termijn kan beroepen vanaf het ogenblik dat hij de dagvaarding ontvangt. De omstandigheid dat het parket lange tijd wacht alvorens te beslissen over de wijze van vervolging kan dan niet meer door de beklaagde worden aangegrepen om korting op de straf te verkrijgen. De vraag rijst of het recht op een proces binnen een redelijke termijn hierdoor niet wordt uitgehold. De interpretatie van het begrip «beschuldiging» heeft onmiskenbaar een weerslag op de positie van de verdediging en is dus meer dan een academische aangelegenheid.

Bart De Smet
Postdoctoraal Onderzoeker FWO-Vlaanderen
10 juni 2000

RAAD VAN STATE

Xe KAMER – 31 MEI 2000

Voorzitter: mevr. Vrints

Staatsraden: de hh. Bovin en Lust

Auditoraat: Mevr. Bamps

Advocaten: mrs. Vermeire, Sebreghts, Loix, Bouckaert en Schutyser

Raad van State – Schorsing – Schorsing van de tenuitvoerlegging reeds in een eerder arrest bevolen – Gevolg

Indien de Raad van State reeds in een eerder arrest de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing heeft bevolen, beslist de Raad dat, om de belangen van de verzoekende partijen veilig te stellen, over hun vordering uitspraak wordt gedaan, hetzij nadat uitspraak is gedaan over het annulatieberoep in de zaak waarin de schorsing is bevolen, hetzij nadat de schorsing vroeger heeft opgehouden gevolg te hebben.

V.Z.W. Bond Beter Leefmilieu en V.Z.W. Werkgroep
Natuurreservaten Linkeroever-Waasland

Arrest nr. 87.741

Gezien het verzoekschrift dat de V.Z.W. Bond Beter Leefmilieu en de V.Z.W. Werkgroep Natuurreservaten Linkeroever-Waasland op 29 oktober 1999 hebben ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing van 24 augustus 1999 van de Vlaamse minister van Economie, Ruimtelijke Ordening en Media, waarbij aan het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen de bouwvergunning wordt verleend voor het bouwen in de haven op de Linkerscheldeoever (Waaslandhaven) van een nieuw havendok, omvattende in hoofdzaak het bouwen van de kaaimuren van dit getijdendok (Deurganckdok), de aansluiting ervan op de oevers van de Schelde via een met verankerde damwanden verstevigde oeververdediging, het deels opbreken van wegen (jaagpad Sigmadijk, deel Liefkenshoekstraat en «het Geslecht»), het aanleggen van beperkte weginfrastructuur (jaagpad en vervanging van de Liefkenshoekstraat), alsook de aanleg van tijdelijke dijken om een deel van het dok na het vrijbaggeren te kunnen in gebruik nemen mits voor het vrijbaggeren van de kaaimuren deel I en het verder ophogen van de haventerreinen omheen dit dok tot Sigmahoogte een afzonderlijke aanvraag wordt ingediend;

...

Overwegende dat het arrest nr. 87.740 van 31 mei 2000 in de zaak A.87.726/X-9228 reeds de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing heeft bevolen; dat, om de belangen van de verzoekende partijen veilig te stellen, over hun vordering tot schorsing uitspraak wordt gedaan, hetzij nadat over het annulatieberoep in de zaak A.87.726/X-9228 is beslist, hetzij nadat de schorsing vroeger heeft opgehouden gevolg te hebben.

(volgt: inwilliging van het verzoek tot tussenkomst van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en heropening van de debatten).

NOOT – Wat is geschorst door de Raad van State kan geen tweede maal door de Raad van State worden geschorst

1. Het kan zich voordoen dat een beslissing voor de Raad van State wordt bestreden door verschillende verzoekende partijen, die elk door middel van een afzonderlijk verzoekschrift de schorsing van de bestreden beslissing vorderen. Indien deze zaken niet zijn samengevoegd, zal het bevelen van de schorsing van de tenuitvoerlegging in één zaak inhouden dat er in de overige zaken geen reden meer is om te schorsen, daar wat geschorst is, geen tweede maal kan worden geschorst. De verzoekende partij ondergaat in dit

geval immers geen nadeel meer door de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, aangezien deze beslissing niet (meer of nog niet) ten uitvoer kan worden gelegd (zie meer in het algemeen omtrent de weerslag van de (feitelijke) omstandigheid dat de tenuitvoerlegging van de voor de Raad van State bestreden administratieve rechtshandeling om welke reden ook reeds is geschorst, op het (nog) voor de Raad van State aanhangige schorsingsberoep, G. Debersaques, «Knelpunten in de schorsingsprocedure voor de afdeling administratie» in *50 jaar Raad van State*, G. Baeteman, G. Debersaques en M. Van Damme (red.), Brugge, die Keure, 1998, (37) 79-91; zie ook G. Debersaques, «Over de schorsing door de Raad van State van een reeds door de kortgedingrechter geschorste beslissing» (uittreksel uit het auditorsverslag in de zaak R. v. St., S & G., nr. 51657, 16 februari 1995), *Rec. Arr. R. v. St.*, 1994, 323-324).

De vraag die in dit geval rijst is welke het procedurele lot moet zijn van de voor de Raad van State aanhangige vordering tot schorsing van een beslissing waarvan de Raad van State reeds in een eerder (misschien van dezelfde datum zijnde) arrest de schorsing van de tenuitvoerlegging heeft bevolen. De gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973 (*B.S.*, 21 maart 1973) noch het K.B. van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State (*B.S.*, 14 januari 1992) onderkennen deze problematiek.

2. In zijn vroegste rechtspraak ging de Raad van State regelmatig over tot de verwerping van de vordering tot schorsing indien hij in een andere zaak de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing had bevolen (zie E. Lanckswert, *Het administratief kort geding*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1993, p. 71, nr. 111 en de aangehaalde rechtspraak; *adde* b.v. het latere arrest R. v. St., B.V.B.A. A., nr. 46831, 31 maart 1994). Terecht wees E. Lanckswert (*o.c.*, p. 71-72, nr. 111) op de vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming niet wenselijk geachte gevolgen van deze verwerping. Hij pleitte er dan ook voor om in die gevallen vast te stellen dat er geen grond is om uitspraak te doen.

De rechtspraak van de Raad van State heeft deze kritiek vlug onderkend. Het is onderwijl vaste rechtspraak geworden dat, indien bij verschillende, afzonderlijke vorderingen tot schorsing van de tenuitvoerlegging van eenzelfde bestreden beslissing, één schorsingsberoep wordt ingewilligd, de eventuele behandeling van de overige vorderingen wordt uitgesteld. Dit geschiedt door deze zaken hetzij naar de rol te verwijzen, hetzij in beraad te houden tot over het annulatieberoep in de andere zaak is beslist of tot het tussengekomen schorsingsarrest zijn uitwerking verliest (zie G. Debersaques, «Knelpunten in de schorsingsprocedure voor de afdeling administratie», *l.c.*, 87-88 en de aldaar aangehaalde omstandige rechtspraak).

3. Het geannoteerde arrest schrijft zich in deze vaste rechtspraak in door de debatten te heropenen na te hebben overwogen dat de bestreden beslissing reeds is geschorst en dat om de belangen van de verzoekende partijen veilig te stellen, over hun vordering tot schorsing uitspraak wordt gedaan hetzij nadat over het annulatieberoep in de andere zaak is beslist, hetzij nadat de schorsing vroeger heeft opgehouden gevolg te hebben.

Geert Debersaques

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5ter KAMER – 14 FEBRUARI 2000

Voorzitter: de h. Lemmens

Raadsheren: de hh. Brands en De Boel

Advocaten: mrs. Storme, Plessers en Delannoye loco Linders

Pand – Warrant – Warrant aan huis – Tegenwerpelijkheid – Voorwaarden – Aansprakelijkheid van de uitgever van de warrant

Een «warrant aan huis» is tegenwerpeijk aan derden wanneer de buitenbezitstelling wordt gewaarborgd. Dit is niet het geval wanneer de bedrijfsruimten door eenieder kunnen worden betreden. De uitgever van de warrant loopt echter hiervoor geen aansprakelijkheid op tegenover de houder van de warrant die op de hoogte was van de concrete manier waarop de goederen werden opgeslagen en hiertegen geen opmerking heeft geformuleerd.

N.V. W. t/ Faillissement N.V. G. & C., en N.V. K.

De N.V. K. verleende aan de N.V. G. & C. (een in Sint-Truiden gevestigd confectiebedrijf) krediet, dat naast door een pand op de handelszaak ook werd gewaarborgd door een warrantage van de voorraden (zowel grondstoffen als afgewerkte producten, meer bepaald jeansstoffen en jeanskledij).

Om deze laatste zekerheid praktisch te realiseren werd door de N.V. K. (tweede geïntimeerde) een beroep gedaan op de diensten van N.V. W. (appellante). De rechtsverhouding tussen deze partijen werd geregeld in een raamovereenkomst van 30 september 1994 (art. 1: «... het voorwerp van huidige overeenkomst betreft het vastleggen van alle samenwerkings- en taakverdelingsmodaliteiten tussen de kredietinstelling en W., met als doel om, ook bij samenloop van schuldeisers t.a.v. een kredietnemer-pandgever, de kredietinstelling een voorrecht te verschaffen op de verzilveringswaarde van in pand gegeven goederen die geïncorporeerd werden in het waardepapier «warrant-eeel», uitgegeven door W. in het raam van de wet van 18 november 1862, houdende invoering van het warrantstelsel ... art. 9: «... W. kan slechts aansprakelijk worden gesteld door de kredietinstelling indien blijkt dat zij de in huidige overeenkomst limitatief opgesomde verplichtingen niet is nagekomen»), die een vorige (in 1990 gesloten) overeenkomst met inhoudelijk verschillende warrantagecontracten verving.

N.V. G. & C. werd door de rechtbank van koophandel te Hasselt op 20 april 1995 failliet verklaard, en de curator (eerste geïntimeerde) betwiste dat de kwestieuze warrantage tegenwerpbaar was aan de boedel.

Volgende vorderingen werden ten gevolge daarvan aan de eerste rechter (rechtbank van koophandel te Hasselt) voorgelegd:

1° De curator van de failliete N.V. G. & C. vorderde de niet-tegenwerpbaarheid aan de boedel van de warrantage waarop de N.V. K. zich beriep.

2° W. vroeg (op basis van art. 17 van de Warrantwet, namelijk art. 20, 4°, Hyp. W. of haar retentierecht op de gewarranteerde goederen) de opname van haar schuldvor-

dering ad 93.375 fr. (de bedongen prijs ad 6.930 fr. per maand voor haar dienstverlening) in het bevoorrecht passief van het faillissement.

3° W. vorderde ook van de N.V. K. (met toepassing van art. 7 van de raamovereenkomst) betaling van voormelde 93.375 fr.

4° Bovendien vorderde W. van de N.V. K. wegens contractuele wanprestatie (meer bepaald door zonder enige verwittiging tot pandverzilvering over te gaan en de raamovereenkomst niet te goeder trouw uit te voeren) en tergende proceshouding (door «de kant van de curator» te kiezen) schadevergoedingen ad 250.000 fr. en 1 fr. provisioneel (voor de door deze beweerdte fouten geleden commerciële schade).

5° Voor zover de warrantage niet tegenwerpbaar aan de boedel verklaard zou worden, vorderde de N.V. K. van de N.V. W. een schadevergoeding ad 11.395.700 fr. (de aangegeven en door de N.V. K. aangenomen waarde van de gewarranteerde goederen).

Het bestreden vonnis van 27 februari 1997 van de rechtbank van koophandel te Hasselt verklaarde de warrantage niet tegenwerpbaar aan de boedel van het faillissement van de N.V. G. & C., liet de schuldvordering van W. toe tot het gewoon passief van het faillissement, verklaarde (zonder enige motivering) de vorderingen van W. tegen de N.V. K. ongegrond en verklaarde de vordering tot schadevergoeding die de N.V. K. tegen W. had ingesteld principieel gegrond en verzond dit onderdeel van de betwisting voor verdere instaatstelling m.b.t. de begroting van de door de N.V. K. geleden schade naar de rol.

N.V. W. heeft bij een ter griffie van dit hof op 19 juni 1997 neergelegd verzoekschrift hoger beroep ingesteld en handhaaft haar in eerste aanleg geformuleerde vorderingen.

De N.V. K. heeft incidenteel beroep ingesteld in zoverre de warrantage niet tegenwerpbaar aan de boedel werd verklaard en concludeert voor het overige, subsidiair, tot bevestiging van het bestreden vonnis.

De curator van het faillissement van de N.V. G. & C. concludeert tevens tot de bevestiging van het bestreden vonnis.

De vordering van appellante tegen de failliete N.V. G. & C.

De betwisting over de tegenwerpbaarheid van de warrantage heeft essentieel te maken met de wijze waarop de (voor deze tegenwerpbaarheid noodzakelijke) buitenbezitting van de gewarranteerde goederen werd georganiseerd. De gewarranteerde goederen betroffen zowel de voorraad grondstoffen (onafgewerkte producten) als de afgewerkte producten.

Overeenkomstig de raamovereenkomst van 30 september 1994 bleven deze goederen opgeslagen in een bedrijfsruimte (atelier en magazijn) van de kredietnemer, de N.V. G. & C. Deze bedrijfsruimte werd bij geregistreerde overeenkomst van 18 oktober 1994 in bruikleen gegeven aan appellante.

Appellante heeft een werknemer van de N.V. G. & C. gelast «toezicht en bewaking uit te oefenen op de goederen die opgeslagen zijn in de magazijnen of de locatie van N.V. W., gelegen te Sint-Truiden, (...)», en daartoe werden de sleutels van de bedrijfsruimte aan deze werknemer toevertrouwd.

De eerste rechter heeft aan de hand van de feitelijke vaststellingen, gedaan naar aanleiding van de inventarisatie na faillissement en later (op 8 mei 1995) door een gerechtsdeurwaarder, geoordeeld dat de bedrijfsruimte waarin de gewarranteerde goederen opgeslagen waren, vrij toegankelijk waren en dat niet op alle deuren die toegang tot deze bedrijfsruimte gaven, een bericht van de warrantage was aangebracht en dat om die redenen het «vereiste van buitenbezitting niet werd nageleefd en de warrantage derhalve niet tegenwerpbaar is aan de boedel.»

De feitelijke vaststellingen waarop de eerste rechter zich baseert, zijn door de overgelegde stukken bewezen gebleven. De door de curator aangetroffen situatie beperkt zich niet enkel tot de periode van het faillissement, maar blijkt volgens de verklaring van de afgevaardigde bestuurder van de gefailleerde steeds zo geweest te zijn. Overigens geeft appellante dit ook impliciet toe, omdat zij uiteenzet dat de voorraad fluctueerde en de goederen waarop de warrantage rustte bepaald waren in verhouding tot een bedrag, zijnde ongeveer 11 miljoen fr., terwijl de kredietnemer boven dit bedrag vrij over de goederen mocht beschikken.

Omdat echter alle goederen, gewarranteerd of niet, in dezelfde bedrijfsruimte aanwezig waren, betekende dit dat door derden in feite geen onderscheid gemaakt kon worden of toegang werd verleend tot de gewarranteerde goederen dan wel tot de goederen waarop geen warrantage rustte.

Het beding dat de kredietnemer niet vrij mocht beschikken over de voorraden onder het limietbedrag van 11 miljoen fr., heeft dan ook slechts een theoretische buitenbezitting gecreëerd, en dit ongeacht of de kredietnemer zich hieraan heeft gehouden. *De facto* heeft immers tussen de goederen in voorraad nooit enige opsplitsing of afzondering plaatsgehad, zodat in feite op geen enkel ogenblik van de zekerheidsstelling uit te maken was welke goederen zich nu in het bezit bevonden van de kredietnemer en welke goederen in het bezit waren van appellante.

Niet de wisselende samenstelling van de in warrant gegeven goederen is aldus grond van niet-tegenwerpbaarheid aan de boedel, maar wel de vaststelling dat *de facto* geen buitenbezitting werd gerealiseerd. Het beding dat de pandgever niet de vrije beschikking zal hebben over de verpande goederen is immers niet voldoende om de goederen als buiten zijn bezit te beschouwen.

Door de tussenkomst van appellante werd blijkens de door de eerste rechter gerelateerde feiten, die het hof overneemt, slechts in schijn een buitenbezitting geschapen. Immers, uit de feitelijke omstandigheden zoals die uit de overgelegde stukken blijken, was het voor een buitenstaander onmogelijk te beoordelen welke goederen die in de bedrijfsruimte aanwezig waren (en die zich in verschillende stadia van bewerking bevonden) onder warrantage stonden.

Het onderscheid dat appellante in conclusies maakt tussen «vrije toegang» tot de bedrijfsruimte en «vrije beschikking» doet aan het voorafgaande geen afbreuk.

...

De eerste rechter heeft dan ook terecht geoordeeld dat de litigieuze warrantage niet tegenwerpbaar is aan de boedel van het faillissement van de N.V. G. & C.

Derhalve kon appellante zich voor haar warrantagekosten ook niet beroepen op het voorrecht van art. 17 Warrantwet – de vordering van de N.V. K., schuldeiser, genoot immers niet de in datzelfde artikel bepaalde «voorrang boven de

andere schuldeisers» en evenmin het voorrecht van art. 20, 4°, Hyp. W. – de warrantagekosten werden niet gemaakt tot «behoud van de zaak» maar wel met het doel de beoogde voorrang (als bepaald in art. 17 Warrantwet) aan de N.V. K. te geven.

Appellante kon, nu zij de gewarranteerde goederen nooit onder zich heeft gehad en de N.V. K. ook niet verplicht was na de opzegging van krediet voor effectieve constante bewaking van de goederen te opteren, geen retentierecht op deze goederen uitoefenen. Overigens heeft een warrantmaatschappij ook in geval van een aan de boedel tegenwerpbare warrantage, voor de betaling van haar warrantagekosten geen retentierecht, maar enkel een voorrang op de opbrengst van verzilvering van deze goederen.

De vordering van de N.V. K. tegen de N.V. W.

Voormelde grond van niet tegenwerpbaarheid is evenwel inherent aan de wijze waarop partijen de warrantage op grond van hun onderlinge afspraken hebben totstandgebracht.

Appellante toont ook aan de hand van stukken – meer bepaald de aan de N.V. K. in de loop van de warrantage meegeleverde foto's, inventarissen en verslagen van plaatsbezoeken – aan dat de N.V. K. op de hoogte was van de concrete manier waarop beoogd werd de buitenbezitting te realiseren. Reeds bij het sluiten van de overeenkomsten wisten de partijen dat de wijze waarop zij de warrantage organiseerden geen garantie bood aan de kredietgever op een voorrecht op al de jeansstoffen en -kieren.

Krachtens art. 9, *in fine*, van de raamovereenkomst tussen appellante en de N.V. K. moeten vorderingen tussen de contractpartijen op straffe van rechtsverval aanhangig worden gemaakt binnen een termijn van vier maanden «ingående hetzij de dag waarop de gebeurtenis waarop een mogelijke schade-eis is geënt, plaatsvond, hetzij de dag waarop de eiser kennis kreeg van die gebeurtenis».

Het schadeverwekkende feit (of feiten) is niet het faillissement van de N.V. G. & C., maar wel de feiten waarop de N.V. K. zich beroept om te stellen dat de warrantage niet naar behoren georganiseerd zou zijn. De feiten die de oorzaak zijn van de niet-tegenwerpbaarheid bestonden reeds van bij de aanvang van de warrantage (en alleszins langer dan vier maanden vóór het aanhangig maken van de vordering van de N.V. K. bij verzoekschrift van 12 juli 1995) en waren door de betrokken partijen gekend, zonder dat deze ooit voorwerp van enige opmerking geweest zijn.

In die omstandigheden roept appellante tegen de N.V. K. terecht het bedongen verval van vordering in. Bovendien blijkt niet, zoals hierboven uiteengezet, dat appellante enige contractuele tekortkoming heeft begaan: een bewijs van zo'n tekortkoming kan niet worden gevonden in de enkele vaststelling dat de bedrijfsruimte in uitbating («vrij toegankelijk» was – daar zulks door de beoogde organisatie van «warrantage aan huis» niet toegelaten was – en ook niet in de vaststelling dat op 8 mei 1995 aan deuren «1 en 5» (die van buitenaf toegang gaven tot de «gewarranteerde ruimte») geen «warrantagepanelen» meer aanwezig waren, omdat het niet uitgesloten is dat deze panelen door derden werden verwijderd – wat met name kan worden afgeleid uit de bevestigende vaststelling dat appellante in 1994 en 1995 aan de N.V. K. foto's van deze panelen stuurde en de N.V. K.,

ondanks toezending van diverse rapporten van plaatsbezoeken, vóór deze procedure nooit gesteld heeft dat appellante haar contractuele verplichtingen niet zou hebben uitgevoerd.

De N.V. K. heeft overigens niet gereageerd op de vraag van appellante of, gelet op de bij brief van 19 mei 1995 meegeleverde opeisbaarstelling van de kredieten van G. & C., «... buiten de normale controle (éénmaal per maand) een bewakingsfirma dient te worden ingeschakeld die permanent de gewarranteerde goederen bewaakt» (brief van 19 april 1995 van appellante), wat dient te worden beschouwd als een stilzwijgende bevestiging van de goede uitvoering van de door appellante opgenomen verbintenissen.

Appellante heeft er zich ook niet toe verbonden het beoogde warrantagevoorrecht (art. 17 Warrantwet) te garanderen en de enkele omstandigheid dat dit voorrecht niet werd gerealiseerd, vormt dan ook geen bewijs van een fout of contractuele tekortkoming van appellante.

De N.V. K. besefte overigens al te goed dat zo'n resultaat niet gegarandeerd kon worden, daar zij opteerde voor de goedkopere (de warrantagekostprijs bedroeg 6.930 fr. per maand) maar risicovollere (cfr. art. 2.2.3. van de raamovereenkomst) «warrantage aan huis».

De vorderingen van de N.V. K. tegen appellante zijn dan ook met toepassing van de contractueel bedongen en *in casu* overschreden vervalltermijn niet alleen niet toelaatbaar, maar bovendien hoe dan ook ongegrond.

...

NOOT – Zie het vonnis a quo: Kh. Hasselt, 27 februari 1997, *R.W.*, 1997-98, 468.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

5e KAMER – 30 MAART 2000

Voorzitter: de h. Vermeylen

Advocaten: mrs. Jacobs loco De Ketelaere en P. Wouters

Verzekering – Verhaal van de verzekeraar op de verzekerde – Verzekerde die niet verzekeringnemer is – Kennisgeving

Het recht van verhaal van de verzekeraar is vervallen wanneer niet is bewezen dat overeenkomstig art. 88 Landverzekeringsovereenkomst de verzekerde tegen wie het verhaal wordt ingesteld en die niet de verzekeringnemer is, te gepasten tijde in kennis werd gesteld van het voornemen van de verzekeraar om verhaal uit te oefenen.

N.V. M. t/ D.

Gelet op de procedurestukken, inzonderheid het bestreden vonnis gewezen op 21 oktober 1997, door de rechtbank van eerste aanleg te Leuven, beslissing waarvan geen akte van betekening wordt neergelegd en waartegen tijdig een regelmatig hoger beroep werd ingesteld bij verzoekschrift neergelegd ter griffie op 10 november 1997;

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering ingesteld door de N.V. M., bij dagvaarding van 8 november 1995, de betaling nastreefde van het bedrag van 918.300 fr., met

voorbewijs voor wat betreft de B.T.W., te vermeerderen met de vergoedende minstens moratoire intresten vanaf de respectieve data van uitkering nl. op 243.545 fr. vanaf 27 april 1993 en op 624.755 fr. vanaf 10 mei 1993, telkens tot de dag van dagvaarding, te vermeerderen met de gerechtelijke intresten en gerechtskosten, als regresvordering voor de uitbetalingen door appellante gedaan naar aanleiding van een verkeersongeval door geïntimeerde gepleegd met een alcoholgehalte van 1,99% in het bloed.

Overwegende dat de eerste rechter de eis onontvankelijk verklaarde;

...

Overwegende dat appellante op 7 december 1993 de B.V.B.A. De C.-V. aanschreef, onder meer in volgende bewoordingen: «Uit de gegevens van ons dossier blijkt dat u op het ogenblik van het ongeval in staat van dronkenschap verkeerde. Wij vestigen uw aandacht op het feit dat wij gebeurlijk verhaal voor onze uitgaven kunnen uitoefenen en dit op basis van de artikelen 24 en 25 van de algemene voorwaarden van de autopolis»;

dat volgens brief van 7 februari 1994, appellante aan geïntimeerde schreef dat zij zich verplicht zag haar uitgaven in burgerlijke aansprakelijkheid terug te vorderen, nl. 918.300 fr.; dat een soortgelijke brief op 8 februari 1994 werd verzonden;

dat geïntimeerde op 10 maart 1994 hierop antwoordde door te vermelden dat de brief van 8 februari 1994 de eerste is die hij van appellante ontving en dat hij de vraag betwistte;

Overwegende dat appellante betoogt dat zij geïntimeerde reeds bij brief van 15 april 1993 in kennis had gesteld van haar voornemen om de regresvordering in te stellen;

Overwegende dat deze brief echter gericht was aan de B.V.B.A. De C.-V.;

dat geïntimeerde daarenboven betwist dat alle brieven door appellant voorgebracht wel degelijk in ontvangst werden genomen; dat hij verwijst naar het feit dat hij enkel de brief van 8 februari 1994 ter kennis kreeg;

Overwegende dat het het hof eigenaardig voorkomt dat appellante pas in beroep in staat is de brief van 15 april 1993 voor te brengen; dat dit stuk een afschrift is van een origineel, nl. een stuk dat de schriftelijke handtekening draagt van de verantwoordelijke bij appellante, de genaamde O.; dat appellante blijkbaar nog steeds in staat is een origineel te fotokopiëren en derhalve in het bezit is van het origineel dat aldus blijkbaar niet werd verstuurd; dat de afschriften van de brieven van 7 december 1993 en 7 en 8 februari 1994 boven links aanduiden dat zij een «kopie» zijn; dat ook het stuk 1 van geïntimeerde een originele brief van appellante is, die door de genaamde O. is ondertekend en bovenaan geen melding maakt dat het een «kopie» is;

Overwegende dat het hof zich afvraagt hoe het komt dat appellante nog in het bezit is van een stuk dat geen melding maakt dat het een «kopie» is en dat een handtekening van haar aangestelde draagt; dat het echter niet past, op verzoek van het hof, de debatten te heropenen teneinde appellante in staat te stellen het origineel van de fotocopië van haar stuk 15 voor te brengen, teneinde daaromtrent uitsluitel te krijgen; dat art. 88 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst immers bepaalt: «De verzekeraar is, op straffe van verval van zijn recht van verhaal, verplicht de verzekeringnemer of, in voorkomend geval, de verzekerde die niet de ver-

zekeringnemer is, kennis te geven van zijn voornemen om verhaal in te stellen van zodra hij op de hoogte is van de feiten waarop dat besluit gegrond is»;

Overwegende dat de wet duidelijk het verschil maakt tussen de verzekeringnemer en de verzekerde wanneer hij niet de verzekeringnemer is, wat een veel voorkomend geval is bij vennootschappen; dat dit verschil tussen verzekeringnemer en verzekerde ook duidelijk in art. 24 van de modelpolis wordt gemaakt;

Overwegende dat geïntimeerde terecht opmerkt dat hij, voor zover die brieven ter bestemming zouden zijn gekomen, had kunnen begrijpen dat het regres tegen de vennootschap zou worden uitgeoefend;

Overwegende dat appellante niet aantoonde dat zij de verzekerde in persoon, nl. geïntimeerde, volgens de voorschriften van de wet, in kennis heeft gesteld van haar voornemen om verhaal in te stellen, van zodra zij op de hoogte was van de feiten waarop dit besluit gegrond zou worden; dat zij nl. reeds begin december 1992 wist dat een bloedafname van geïntimeerde werd afgenomen en zij sinds 11 maart 1993 inzage mocht nemen van het strafbundel; dat de brief van 8 februari 1994 waarbij zij haar regres uitoefent, niet werd voorafgegaan door een tijdige brief om hem haar voornemen kenbaar te maken;

Overwegende dat appellante betoogt dat zij haar beslissing om regres uit te oefenen pas kon nemen wanneer de rechter definitief had geoordeeld dat de alcoholintoxicatie en de dronkenschap in onmiddellijk oorzakelijk verband stond met de feiten, dus niet vóór de tweede helft van januari 1994;

Overwegende dat, volgens art. 88 voornoemd, de beslissing dient te worden voorafgegaan door het voornemen verhaal in te stellen; dat het voornemen een conservatoir karakter heeft; dat appellante ook meende dit in haar brief van 15 april 1993 vertolkt te hebben; dat niet bewezen is dat een dergelijk voornemen geïntimeerde, als verzekerde, die in dit geval niet de verzekeringnemer is, te gepasten tijde ter kennis werd gebracht; dat het recht van verhaal vervallen is;

Overwegende dat het hoger beroep ongegrond is;

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

30 APRIL 1998

Beslagrechter: mevr. Vanderhoeft

Advocaten: mrs. Vanstreels en Verhaert loco Douws

Inkomstenbelastingen – Invordering – Vereenvoudigd fiscaal derdenbeslag – Geoorloofdheid – Gevolgen – Toepassing gemeen recht

Het vereenvoudigd derdenbeslag, zoals geregeld in art. 164 K.B. W.I.B., is geoorloofd. Enkel de automatische veroordeling van de derde die verzuimt om aan de verplichtingen te voldoen, is door het Arbitragehof strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel. De derdenbeslagene kan echter overeenkomstig art. 1452, 1456 en 1542 Ger.W. sancties oplopen.

Belgische Staat t/ N.V. A.

Overwegende dat op 25 maart 1996 door de eisende partij met toepassing van art. 164 K.B. W.I.B. 1992 beslag onder derden werd gelegd in handen van de verwerende partij ter invordering van de belastingen en toebehoren, ten bedrage van 1.603.222 fr. ten laste van D. en ten laste van R.;

Overwegende dat de verwerende partij geen verklaring van derde houder aflegde, terwijl de aangetekende brief door de eisende partij gericht aan de verwerende partij op 14 mei 1996 door deze laatste niet ter post werd afgehaald; dat de verwerende partij bijgevolg door de eisende partij als rechtstreekse schuldenaar werd aangesproken voor de kwestieuze belastingsschulden van haar schuldeiser; dat op 24 april 1996 een gedwongen tenuitvoerlegging ten laste van de verwerende partij wordt aangevat met toepassing van art. 164, § 5 K.B. W.I.B. 1992, door betekening van een dwangbevel, gevolgd door uitvoerend beslag op roerend goed op de maatschappelijke zetel van verwerende partij, bij exploit van 29 juli 1996 van plaatsvervangend gerechtsdeurwaarder P. De Haes, omgezet in een proces-verbaal van niet-bevinding, wanneer wordt vastgesteld dat verwerende partij aldaar geen belangen meer heeft;

Overwegende dat de verwerende partij in haar conclusies betoogt dat ze nooit kennis heeft gekregen van aange tekende zendingen, omdat zij reeds verschillende jaren inactief is en de maatschappelijke zetel aan de ...straat in Borgerhout louter administratief is;

Overwegende dat dit argument van de verwerende partij waardeloos is, daar zij ervoor moet zorgen dat ze bereikbaar is op haar maatschappelijke zetel, en het de schuldeiser (of andere derden) niet kan worden verweten als zij zich onbereikbaar maakt door wat ze zelf noemt een zuiver administratief adres te gebruiken als maatschappelijke zetel; dat het aldus vaststaat dat zij in gebreke is gebleven om de haar als derde houder of als derde beslagene opgelegde verplichtingen te voldoen; dat de in conclusies afgelegde verklaring duidelijk te laat is afgelegd en het verzuim hierdoor niet kan worden rechtgezet; dat derhalve de verwerende partij, bij gebreke aan tijdige verklaring van derde houder/beslagene, in de voorwaarden om rechtstreeks schuldenaar te worden beschouwd; dat, zoals bepaald in art. 164, § 5, K.B. W.I.B. 1992, en geoordeeld door de eerdere rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass., 19 december 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 238), geen veroordeling van de in gebreke gebleven derde houder door de beslagrechter noodzakelijk was en de tussenkomst van de beslagrechter zelfs uitgesloten was (E. Dirix en K. Broeckx, *A.P.R.*, Beslag, nr. 262);

Overwegende dat het Arbitragehof echter tot de vaststelling kwam dat art. 208, § 1, 1° W.I.B. (oud), thans 300, § 1, 1°, W.I.B. 1992, in die zin geïnterpreteerd dat het de Koning machtigt te bepalen dat de derde schuldenaar van de belastingsschuldige van de inkomstenbelastingen, automatisch rechtstreekse schuldenaar voor het totaalbedrag van de door de belastingsschuldige verschuldigde belastingen wordt, in alle gevallen waarin de derde niet heeft voldaan aan de verplichtingen om een verklaring te doen die hem wordt opgelegd in het raam van de tegen de belastingsschuldige ingestelde invorderingsprocedure, zonder tussenkomst van een rechter, terwijl die voorafgaande tussenkomst onontbeerlijk is in het gemene recht, strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (zie rechtspraak neergelegd door de verwerende partij, arrest nr. 11 van 5 maart 1997 en arrest nr. 35/97 van 12 juni 1997, *B.S.* 6 augustus 1997, 20.121);

dat, hiervan uitgaande de verwerende partij tot de slotsom komt dat de automatische schuldenaarsverklaring van art. 164, § 5, K.B. W.I.B. 1992 ingevolge ongrondwettigheid buiten toepassing dient te worden gelaten en dat er geen andere rechtsgronden zijn voor medeschuldenaarverklaring;

Overwegende dat moet worden gesteld dat, terwijl de automatische schuldenaarsverklaring ongrondwettig werd verklaard door het Arbitragehof, de figuur van het (vereenvoudigd) fiscaal beslag onder derden, zoals geregeld bij art. 164 K.B. W.I.B. 1992, nog steeds volkomen rechtsgeldig is; dat het Arbitragehof immers alleen de automatische vervolging als rechtstreeks schuldenaar van de derde houders ongrondwettig verklaart en niets zegt over het vereenvoudigd fiscaal beslag, dat dus behouden blijft, zoals bepaald in art. 164 K.B. W.I.B. 1992;

Overwegende dat bijgevolg het beslag onder derden van 25 maart 1996 regelmatig is en aan alle wettelijke vereisten voldoet; dat het feit blijft dat de verwerende partij in gebreke is gebleven de haar bij art. 164 K.B. W.I.B. 1992 en bij art. 1452 Ger. W. opgelegde verklaring van derde beslagene af te leggen, zij het, zoals zij beweert omdat ze kennis kreeg van het beslag, echter om redenen die ze enkel aan zichzelf heeft te wijten, zoals hierboven uiteengezet; dat, terwijl het volgens het Arbitragehof in strijd is met art. 10 en 11 van de Grondwet dat de Koning kan bepalen dat de in gebreke blijvende derde beslagene automatisch en zonder tussenkomst van de rechter, alsof zij rechtstreeks schuldenaar zijn, worden vervolgd, niet belet dat de eisende partij zich wendt tot de beslagrechter, om, zoals het gemene recht, de veroordeling te vorderen van de in gebreke blijvende derde beslagene zoals bepaald in de art. 1452, 1456 en 1542 Ger. W.; dat de vordering van de eisende partij toelaatbaar en gegrond voorkomt;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

BESLAGRECHTER – 10 MAART 2000

Rechter: mevr. Cooreman

Collectieve schuldenregeling – Minnelijke fase – Verkoop onroerend goed – Taak schuldbemiddelaar – Zuivering

In het raam van een minnelijke aanzuiveringsregeling kan worden overgegaan tot de verkoop van activa met de medewerking van de debiteur. Dit is niet anders wanneer het onroerend goed betreft. De verkoopprijs dient te worden overhandigd aan de schuldbemiddelaar, die de gelden zal verdelen onder de schuldeisers, rekening houdende met de voorrechten en de hypotheeken. Aangezien deze verkoop plaatsvindt met toestemming van de beslagrechter, is er een zuiverende werking.

M.

De collectieve schuldenregeling van M. bevindt zich nog steeds in de minnelijke fase. Er is nog geen gerechtelijke aanzuivering; aan de schuldbemiddelaar werd gevraagd een

bijkomend ontwerp tot minnelijk akkoord te bezorgen aan de schuldeisers.

In de beschikking van 7 februari 2000 werd met toepassing van art. 1675/7 Ger. W. toestemming gegeven aan M. om haar onroerend goed te verkopen. Het verzoek hiertoe ging uit van de schuldbemiddelaar en deze aanvraag met uitleg van de schuldbemiddelaar werd aan alle schuldeisers betekend.

De verkoop van het onroerend goed van de aanvraagster in collectieve schuldenregeling gaat hieraan vooraf aan de regeling in der minne. Op het onroerend goed waren geen overschrijvingen van bevel of beslag gebeurd. Het gaat dus om een verkoop in der minne in het raam van een collectieve schuldenregeling. M. is nog steeds handelingsbekwaam en kan dus de notariële akte ondertekenen zonder enige vorm van bijstand.

De brief van de schuldbemiddelaar geeft aanleiding tot het beantwoorden van verschillende vragen.

1. Aan wie moeten de gelden, opbrengst van de verkoop, worden overgemaakt?

Met toepassing van art. 1675/9, § 1, 4^o, Ger. W. dienen de gelden van de schuldenaars van de verzoeker in collectieve schuldenregeling aan de schuldbemiddelaar te worden overhandigd. Art. 1675/7 Ger. W. handelt enkel over de onbeschikbaarheid van het vermogen. M. blijft dus bekwaam om haar vermogen naar samenstelling te wijzigen (het onroerend goed wordt als het ware vervangen door de verkoopsom). De verkoopsom moet worden betaald aan de schuldbemiddelaar. Immers, de koper van het onroerend goed is een schuldenaar van M.

2. Wordt het goed verkocht voor vrij zuiver en onbelast?

De koper koopt het goed normaal gezien voor vrij, zuiver en onbelast. Als dit niet het geval zou zijn, dan zou de kans om een koper te vinden nagenoeg onbestaande zijn, terwijl de verkoop van het onroerend goed moet bijdragen tot het vinden van een menswaardige oplossing voor de financiële problemen van M.

De koper moet worden beschermd tegen uitwinning als gevolg van de hypotheek. De notaris, die normalerwijze aansprakelijk wordt geacht voor de uitvoering van deze modaliteit van verkoop, wordt bij deze beschikking verplicht de sommen te bezorgen aan de schuldbemiddelaar en deze betaling zal bevrijdend werken.

De vraag zou kunnen rijzen of het gaat om een verkoop die van rechtswege overwijzing van de rechten van de schuldeisers op de prijs meebrengt wanneer de verkoop geschiedt in het raam van een collectieve schuldenregeling? Met andere woorden, is art. 1639 Ger. W., dat in de overwijzing voorziet, van toepassing als we in het systeem zitten van de collectieve schuldenregeling? Zo ja, dan is er een rangregeling (art. 1654 Ger. W.).

Art. 1639 Ger. W. situeert zich duidelijk in de context van de rangregeling, in het raam van de gevolgen van de toewijzing van een onroerend goed. De context is hier echter totaal verschillend. De toewijzing veronderstelt een gedwongen openbare verkoop. Er is geen wettelijke bepaling die art. 1639 Ger. W. van toepassing maakt op een vrijwillige verkoop, zoals die welke hier plaatsvindt.

In de wet werd evenmin een uitdrukkelijke melding opgenomen dat het om een verkoop kan gaan die van *rechtswege* overwijzing zou meebrengen. Zelfs al zou dit zo zijn, brengt huidige oplossing geen gevaar mee. Immers, het is de

schuldbemiddelaar die de betalingen zal moeten verrichten, hiertoe uitdrukkelijk uitgenodigd in de beschikking.

De schuldbemiddelaar is dus verantwoordelijk voor de betaling van de beschikbare gelden aan de schuldeiser. De bevrijdende werking van de verantwoordelijkheid van de schuldbemiddelaar zal pas voltooid zijn bij de betaling van de ontvangen sommen aan de bevoorrechte schuldeiser en de hypothecaire schuldeiser (zie verder). De betaling zal als kwijting gelden.

3. *Quid* met de zuivering – handlichting? Hiertoe zal moeten worden overgegaan aan de hand van huidige uitspraak, die een gerechtelijke zuivering zal meebrengen.

Het gebrek aan reactie van de schuldeisers, en meer bepaald van de hypothecaire schuldeiser, de omstandigheid dat het goed met de toestemming van de beslagrechter wordt verkocht en de omstandigheid dat de schuldbemiddelaar bij deze verplicht wordt om de hypothecaire schuldeiser en de op het onroerend goed bevoorrechte schuldeiser vooraf te betalen, maken dat er geen aanleiding is om deze schuldeisers te laten tussenkomen in de akte voor wat betreft de handlichting. In uitvoering van het hierna vermelde bevel zal de hypotheekbewaarder tot zuivering moeten overgaan. Dit heeft ook het voordeel van de kostenbesparing.

4. *Quid* met de ambtshalve inschrijving door de hypotheekbewaarder?

Omdat de verkoop gebeurt met toestemming van de beslagrechter en dit dus een zeker nazicht impliceert van de voorwaarden van de verkoop, moet ook worden uitgegaan van het feit dat de verkoopsom beantwoordt aan de reële waarde van dat goed. Er is geen aanleiding tot ambtshalve inschrijving.

De schuldeisers zullen hetzij minnelijk, hetzij gerechtelijk hun vordering kunnen innen. De koopsom wordt in principe in eenmaal betaald, zodat de verkoper zal zijn voldaan na betaling van de som aan de schuldbemiddelaar.

Bij de betaling van de koopsom, in handen van de notaris, die het bedrag zal moeten overmaken aan de schuldbemiddelaar, wordt kwijting gegeven door de verkoper.

Andere ambtshalve inschrijvingen dienen evenmin te gebeuren.

5. Hoe moet de schuldbemiddelaar verder handelen?

Hij zal rekening houden met de bestaande voorrechten op het onroerend goed en de hypotheeken, deze schuldeisers uitbetalen, vanaf het ogenblik dat de gelden in zijn handen zijn. Hij beschikt immers over de aangifte van schuldordering van deze schuldeisers. Bovendien zal hij kunnen beschikken over de informatie die de notaris zal hebben naar aanleiding van diens opzoeken.

Met het eventuele saldo van de verkoopsom en de overige gelden die in zijn bezit zijn, zal hij een ontwerp maken voor een minnelijke regeling, dat ter homologatie kan worden voorgelegd. In zoverre de hypothecaire schuldeiser niet zou zijn voldaan, zal hij worden opgenomen als chirografaire schuldeiser in het plan.

De schuldbemiddelaar zal eveneens in een provisie voor de kosten van de hypotheekbewaarder moeten voorzien.

NOOT – *Praktijkoplossingen inzake verkoop van onroerend goed bij collectieve schuldenregeling*

1. In een bijzonder verhelderend vonnis heeft de Brusselse beslagrechter uitspraak gedaan over een aantal knelpunten

waarmee schuldbemiddelaars en vooral notarissen worden geconfronteerd bij de verkoop van een onroerend goed in het raam van een collectieve schuldenregeling (wet van 5 juli 1998 betreffende de collectieve schuldenregeling en de mogelijkheid van verkoop uit de hand van de in beslag genomen onroerende goederen, *B.S.*, 31 juli 1998, in werking getreden op 1 januari 1999).

Wij bevinden ons in de fase van de minnelijke aanzuiveringsregeling.

Daartoe aangezocht door een eenvoudige brief van de schuldbemiddelaar (rechtsingang waarvan sprake in art. 1675/14 Ger. W., zijnde een uiterst efficiënt systeem van permanente saisine dat ook werd ingevoerd voor de verkoop op beslag uit de hand via art. 1580*quater* Ger. W.) worden diens vragen, na een korte uiteenzetting over de stand van de procedure, stuk voor stuk bedacht met praktische oplossingen.

In deze noot worden de oplossingen van de beslagrechter getoetst aan het recht en aan de (notariële) praktijk. Kunnen schuldbemiddelaars en notarissen zich met dit vonnis echt gelukkig prijzen? Betreft het hier werkbare oplossingen? Zijn er alternatieven? En is de wetgeving niet voor verbetering vatbaar?

2. De eerste vraag die aan de beslagrechter werd voorgelegd, heeft betrekking op de uitbetaling van de opbrengst van de verkoop.

Art. 1675/9, § 1, 4°, Ger. W. bepaalt dat alle betalingen in het raam van een collectieve schuldenregeling dienen te gebeuren aan de schuldbemiddelaar. Deze regel staat de toepassing van de bepalingen inzake de gedwongen tenuitvoerleggingen met de daarbijbehorende rangregeling niet in de weg. Voor de verkopeningen met zuiverende werking is er derhalve geen bezwaar dat de notaris de gelden ontvangt en verdeelt onder de batig gerangschikte schuldeisers naar aanleiding van de rangregeling; de schuldbemiddelaar zal dan enkel het eventueel provenu, toekomende aan de verkoper, ontvangen (Dirix, E. en De Wilde, A., «Materieelrechtelijke aspecten van de collectieve schuldenregeling», in *Collectieve schuldenregeling in de praktijk*, Dirix, E. en Taelman, P. (red.), Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 63).

Uit voormelde wetsbepaling volgt dat de notaris, gelast met het opstellen van een akte houdende verkoop van onroerend goed, de schuldbemiddelaar in de akte zal moeten laten tussenkomen om kwijting te geven van de prijs. De kwijting zou ook nadien bij afzonderlijke akte kunnen worden gegeven, maar dit brengt bijkomende kosten mee die men best vermijdt.

De schuldbemiddelaar zal in de akte niet als verkoper optreden. De verkoper wordt immers, zoals terecht onderstreept in het geannoteerde vonnis, door een collectieve schuldbemiddeling niet onbekwaam; art. 1675/7 Ger. W. handelt slechts over een (relatieve) onbeschikbaarheid van zijn vermogen (de Leval, G., *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, Luik, Collection scientifique de la faculté de droit de Liège (red.), 1998, 30; Dirix, E. en De Wilde, A., «Materieelrechtelijke aspecten van de collectieve schuldenregeling», *l.c.*, 48, waarin wordt gesproken over een «gebonden bevoegdheid» van de debiteur, namelijk gerelateerd aan het belang van de schuldeisers en het welslagen van de schuldsaneringsregeling). Hij zal de

akte dus ondertekenen na het verkrijgen van de rechterlijke machtiging hiertoe, zonder enige vorm van bijstand. Enkel voor de kwijting komt de schuldbemiddelaar tussen in de akte.

Dit alles geldt voor zover de verkoop geschiedt op grond van art. 1675/7, § 3, Ger. W. Bij een verkoop op grond van art. 1580*bis* Ger. W. lijkt de tussenkomst van de verkoper in de akte niet noodzakelijk (Delangre, J., «Considération sur la loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des immeubles saisis», *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1999, nr. 24.934, p. 379). Toch zouden wij dit adviseren.

3. Een voor de notariële praktijk zeer belangrijk vraagstuk, dat de beslagrechter tracht op te lossen en waarmee we meteen de kern van de problematiek hebben aangesneden, is dat van het zuiverend karakter van de verkoop. Wordt het goed voor vrij, zuiver en onbelast verkocht? In feite zijn dit twee verschillende vragen.

Een verkoop die zuiverend werkt heeft tot gevolg dat de in- en overschrijvingen die het goed bezwaren na afloop van de daarop volgende rangregeling verdwijnen (zie in dit verband: Michiels, D., «Topics inzake rangregeling», *N.F.M.*, 2000, 1).

Maar ook in de gevallen dat de verkoop niet zuiverend werkt heeft de notaris de taak om te verkopen voor vrij, zuiver en onbelast. Hij moet er namelijk voor zorgen dat de in- en overschrijvingen die het goed bezwaren na afloop van de verkoop verdwijnen door de opbrengst hiertoe aan te wenden. Als een en ander niet of te laat geschiedt, kan de notaris hiervoor aansprakelijk worden gesteld. De verbintenis van de notaris is een middelenverbintenis.

De beslagrechter is, in het geannoteerde vonnis, van oordeel dat de verkoop in het raam van een collectieve schuldenregeling niet van rechtswege de overdracht van de prijs ten voordele van de schuldeisers meebrengt, en dus geen zuiverende werking heeft.

In een eerder gepubliceerd vonnis (Beslagr. Verviers, 30 juni 1999, *J.L.M.B.*, 1999, 1348, noot de Leval) werd de vraag naar het zuiverend karakter van een dergelijke verkoop eveneens negatief beantwoord. De beslagrechter van Verviers maakte daarbij het onderscheid tussen twee soorten van verkopeningen uit de hand waartoe kan worden overgegaan tijdens de procedure van collectieve schuldenregeling, namelijk 1) de verkoop op grond van art. 1675/7, § 3, Ger. W., waarvan hiervoor sprake, en die geen zuiverend karakter heeft, en 2) de verkoop op grond van art. 1580*bis* of art. 1580*ter* Ger. W. (verkoop uit de hand op beslag), die wel een zuiverende werking heeft (ingevolge de verwijzing naar deze bepalingen in art. 1326 Ger. W.). Wij gaan niet in op de kritische bedenkingen die hieromtrent in de rechtsleer werden geformuleerd, terug te brengen op een gebrekkige redactie van de wet (Delangre, J., «Considérations sur la loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des immeubles saisis», *l.c.*, 380; Engels, C., «De verkoop uit de hand van de in uitvoerend beslag genomen onroerende goederen», *R.W.*, 1998-99, (1443), 1449-1450; Jacques, R., «Purge et voies de recours en matière de vente de gré à gré d'immeubles saisis», *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2000, 161-179). Ook in de nieuwe faillissementswet is de zuivering op een gebrekkige wijze geregeld, maar met wat goede wil moet men ervan uitgaan dat deze wel degelijk gewild is door de

wetgever (Michielsens, A., «De verkoop na faillissement», in *Zekerheden, beslag- en faillissementsrecht in de notariële praktijk*, Brugge, Die Keure, 1998, 43).

In het voorliggende geval (beslagrechter Verviers) werd door een notaris, aangesteld als schuldbemiddelaar, de machtiging gevraagd om een (onverdeeld deel van een) onroerend goed uit de hand te verkopen. De rechter stelde vast dat er, bij gebrek aan overgeschreven beslag op datum van de beschikking houdende toelaatbaarheid van de collectieve schuldenregeling, geen gebruik kan worden gemaakt van het mechanisme van de zuivering via de artikelen 1580bis of 1580ter Ger. W.

In het geannoteerde vonnis wordt terecht opgemerkt dat een en ander voor de notaris problemen kan opleveren, aangezien hij voor vrij, zuiver en onbelast moet kunnen verkopen. De rechter tracht het probleem op te lossen door de notaris te verplichten de prijs te overhandigen aan de schuldbemiddelaar, die dan vervolgens, op zijn verantwoordelijkheid, zal instaan voor de betaling aan de schuldeisers, welke betaling als kwijting zal gelden.

Deze oplossing kunnen wij niet geheel goedkeuren, zowel op theoretisch als op praktisch vlak.

De omstandigheid dat de verkoop in het raam van een collectieve schuldenregeling niet zuiverend werkt, is naar onze mening een correcte analyse van de toepasselijke wetgeving, althans voor zover we ons bevinden in het stadium van de minnelijke aanzuiveringsregeling. Indien de verkoop derhalve geen zuiverende werking heeft en de schuldbemiddelaar ingevolge art. 1675/9, § 1, 4°, Ger. W. de enige is aan wie bevrijdend kan worden betaald, zien wij niet in waarom deze laatste geen rechtsgeldige kwijting kan geven in de akte, met ontslag van ambtshalve inschrijving. Het praktische bezwaar tegen de voorgestelde oplossing is dat de notaris geen enkele garantie heeft dat er binnen een redelijke termijn doorhaling zal worden verkregen van de in- en overschrijvingen, zoals hierna zal worden toegelicht.

4. *Quid met de zuivering-opheffing?* Dit probleem sluit nauw aan bij het voorgaande. De beslagrechter geeft er een werkbare oplossing aan door te beslissen dat het vonnis een gerechtelijke zuivering meebrengt (art. 92 Hyp. W.). Deze innovatieve rechtspraak verdient navolging, aangezien de wet zelf geen oplossing biedt.

Praktisch gezien begrijpen wij evenwel niet goed wat de rechter bedoelt met een voorafgaande betaling aan de hypothecaire en de op het onroerend goed bevoorrechte schuldeisers. Immers, eerder in het vonnis wordt geoordeeld dat er nog geen aanzuiveringsregeling bestaat en dat de verkoop van het onroerend goed hieraan voorafgaat. Wij moeten er evenwel van uitgaan dat, indien de andere schuldeisers zich niet verzetten tegen deze handelwijze, kan worden gehandeld zoals in het vonnis bepaald. In ieder geval is het vonnis uitvoerbaar bij voorraad ingevolge art. 1675/16 Ger. W., zodat de hypotheekbewaarder tot de doorhaling van de inschrijvingen zal moeten overgaan op voorlegging van een uitgifte ervan. Het dispositief zou evenwel duidelijker geformuleerd moeten geweest zijn, aangezien gevreesd kan worden dat de hypotheekbewaarder het bewijs van betaling aan de erin vermelde schuldeisers zal vragen alvorens effectief tot de doorhalingen over te gaan. Waarom had de beslagrechter niet gewoon de doorhaling kunnen bevelen van alle inschrijvingen die het onroerend goed bezwaren van zodra de prijs betaald is aan de

schuldbemiddelaar? Aangezien er geen overdracht van de prijs is in het voordeel van de ingeschreven schuldeisers (art. 1639 Ger. W. is hier immers niet van toepassing) zou deze oplossing niet in strijd geweest zijn met enige wetsbepaling.

Melden wij terloops dat de notaris niet zal nalaten de fiscale verplichtingen opgelegd voor iedere verkoop na te leven, meer bepaald het verzenden van de fiscale verwittigingen conform art. 433 W.I.B. 1992 en, in voorkomend geval, de kennisgevingen conform art. 435 W.I.B. 1992. Een eventuele hypotheek die de fiscus zou nemen na de verkoop (krachtens art. 435 W.I.B. 1992) kan niet werkzaam zijn, gelet op de samenloop. Het betreft hier immers een «grote» samenloop, zoals bij het faillissement, die ook de schatkist moet ondergaan (Dirix, E. en De Wilde, A., «Materieelrechtelijke aspecten van de collectieve schuldenregeling», *l.c.*, 38).

In de hypothese dat de verkoop krachtens art. 1580bis Ger. W. had kunnen plaatshebben, is er, zoals gezegd, wél zuiverende werking. Ook daar is er evenwel een probleem van opheffing van de in- en overschrijvingen indien de batig gerangschikte schuldeisers geen authentieke kwijting geven in het raam van de rangregeling. Dit probleem zou dan op een soortgelijke wijze moeten worden opgelost als in het geannoteerde vonnis geschiedde, maar in deze hypothese (verkopingen met zuiverende werking) behoort de problematiek van de doorhalingen sedert de wet van 29 mei 2000 houdende oprichting van een centraal bestand van berichten van beslag, delegatie, overdracht en collectieve schuldenregeling, alsook tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek (*B.S.*, 9 augustus 2000) definitief tot het verleden. Deze wet wijzigt onder meer art. 1653 Ger. W., waardoor alle in- en overschrijvingen in elke stand van de procedure ambtshalve door de hypotheekbewaarder worden doorgehaald op voorlegging van een notarieel getuigschrift dat de betaling door de koper vaststelt. De wet wijzigt ook art. 1641, tweede lid, Ger. W., door uitdrukkelijk te bepalen dat de koper bevrijdend kan betalen in handen van de instrumenterende notaris (zie voor meer details in verband met deze recente wetswijziging: Michiels, D., «Topics inzake rangregeling», *l.c.*, 1-2).

5. *Quid met de ambtshalve inschrijving door de hypotheekbewaarder?*

Deze problematiek wordt eveneens op een werkbare manier opgelost in het vonnis en uitdrukkelijk bevestigd in het dispositief. Als de rechter de doorhaling kan bevelen van inschrijvingen, kan hij de hypotheekbewaarder uiteraard ook ontslaan van het nemen van een ambtshalve inschrijving.

Alweer een punt waarop dit vonnis innovatief tewerkgaat en navolging verdient, hoewel wij, zoals hierboven gezegd, van oordeel zijn dat een rechtstreekse betaling aan de schuldbemiddelaar met kwijting in de verkoopakte de ambtshalve inschrijving overbodig maakt.

Een en ander geldt enkel bij de verkoop van een onroerend goed in het raam van een minnelijke aanzuiveringsregeling, toegestaan op grond van art. 1675/7, § 3, Ger. W. Indien de verkoop is toegestaan op grond van art. 1580bis Ger. W. zal de hypotheekbewaarder in principe steeds een ambtshalve inschrijving nemen (Delangre, J., «Considérations sur la loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des immeubles saisis», *l.c.*, 380).

6. Hoe moet de schuldbemiddelaar verder handelen? De beslagrechter herhaalt hier wat iedere schuldbemiddelaar moet doen: een vereffening tot een goed einde brengen. Andere gepubliceerde rechtspraak heeft eveneens geoordeeld dat de verkoop de aanzuiveringsregeling kan voorafgaan (Beslagnr. Namen, 8 oktober 1999, *J.L.M.B.*, 2000, 119).

7. Het geannoteerde vonnis past de wet correct toe en geeft praktische oplossingen voor de gerezen problemen. Hét zwakke punt, vanuit de notariële praktijk bekeken, blijft evenwel de doorhaling van de bezwarende inschrijvingen, zoals geformuleerd in het dispositief. Zijn er dan geen alternatieven om tot een sluitende oplossing te komen (het onvoorwaardelijke bevel tot doorhaling van alle inschrijvingen niet te na gesproken)?

Wij vrezen dat er aan de verkoop van een onroerend goed, in de fase van de minnelijke aanzuiveringsregeling, in de huidige stand van de wetgeving geen zuiverende werking kan worden verleend, hoewel wij ons niet van de indruk kunnen ontdoen dat de wetgever deze bedoeling gehad moet hebben en een en ander, zoals in zoveel recente wetgeving, slecht werd geformuleerd. Een kleine wetswijziging (met name de verwijzing naar art. 1326 Ger. W.) zou hier soelaas kunnen bieden.

Anders is het gesteld in de fase van de gerechtelijke aanzuiveringsregeling, waar de verkoop wél zuiverend werkt, gelet op het feit dat art. 1675/13, § 1, Ger. W. verwijst naar de regelen inzake de gedwongen tenuitvoerleggingen. Eenmaal dat de fase van de gerechtelijke aanzuiveringsregeling is bereikt, kan de verkoop van het onroerend goed derhalve geschieden op grond van art. 1580bis Ger. W., ook al werd er geen bevel of beslag overgeschreven (de Leval, G., *o.c.*, 56; Dirix, E. en De Wilde, A., «Materieelrechtelijke aspecten van de collectieve schuldenregeling», *l.c.*, 62; Van den Eynde, P., «Cinq mois d'application de la loi relative au règlement collectif de dettes», *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1999, nr. 24.933, p. 358-360). De notaris zal de gelden dan verdelen in het raam van de rangregeling, zoals hierboven vermeld, en de doorhaling verkrijgen van alle in- en overschrijvingen.

Dirk Michiels
Notaris te Aarschot

VREDEGERECHT TE ROESELARE

14 MAART 2000

Rechter: de h. Nolf

Advocaat: mr. Caluwé

Bevoegdheid en aanleg – Territoriale bevoegdheid – Vrederechter – Verzoek tot inobservatieneming van geesteszieke – Vrederechter van de plaats waar de zieke zich bevindt – Begrip

Wanneer het gaat om vorderingen ingesteld krachtens de wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke, is krachtens art. 627, 6°, Ger. W. alleen bevoegd «de rechter van de plaats waar de zieke wordt

verzorgd of geplaatst is, of bij gebreke daarvan, de rechter van de plaats waar de zieke zich bevindt». Het betreft in laatstgenoemd geval de plaats waar de geesteszieke zich daadwerkelijk bevindt, zonder voorwaarde van intentie daartoe of permanentie van die plaats.

Het adres van een vluchthuis voor vrouwen verschaft enkel een meldadres voor briefwisseling. De daadwerkelijke plaats van onderdak wordt geheimgehouden. Het adres van een vluchthuis geeft daarom geen indicatie over de plaats waar de zieke zich bevindt. Bij gebreke van informatie daarover moet de zaak worden doorverwezen naar de vrederechter van de woonplaats van de zieke.

Van D. t/ J.

1. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie op 13 maart 2000 vraagt verzoekende partij de opnemings- en observatie van J.

...

4. Wij onderzoeken vooraf onze territoriale bevoegdheid met toepassing van art. 6, eerste lid, van de wet van 26 juni 1990, dat bepaalt dat «indien de territoriale onbevoegdheid van de vrederechter duidelijk is, verwijst deze de vordering binnen de 24 uren na de indiening van het verzoekschrift naar de bevoegde vrederechter».

De «bevoegde vrederechter» in voormelde termen betreft overeenkomstig art. 627, 6°, Ger. W. «de rechter van de plaats waar de zieke wordt verzorgd of geplaatst is, of bij gebreke daarvan, de rechter van de plaats waar de zieke zich bevindt».

De regeling van de territoriale bevoegdheid van de vrederechter met betrekking tot de vorderingen krachtens deze wet werden in de rechtspraak en de rechtsleer «het monster van Loch Ness» genoemd (G. Benoît, «Mini-chronique de jurisprudence», *T. Vred.*, 1994, 74, overgenomen in P. Senaev (red.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, p. 141, nr. 322).

De wetswijziging van 6 augustus 1993 remedieerde aan de «graduele oplossing» initieel omschreven in art. 38, § 4 van de wet van 26 juni 1990, die als bevoegde vrederechter aanwees «naar gelang van het geval, de rechter van de verblijfplaats, of bij gebreke daarvan de woonplaats van de zieke, of bij gebreke daarvan nog de rechter van de plaats waar de zieke zich bevindt, of in de gevallen waar dit aldus door die wet wordt bepaald, de rechter van de plaats waar de zieke wordt verzorgd of geplaatst is».

De huidige redactie van art. 627, 6°, Ger. W. belet niet dat «wanneer de zieke nog niet in een instelling verblijft, zijn woon- of verblijfplaats, of elke andere plaats in aanmerking komt» (Laenens in het geciteerde bundel van P. Senaev (red.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, p. 142, nr. 325).

Aldus neigt het criterium naar een notie van «aantreffen» van de zieke, met name waar hij of zij zich «bevindt» (in de betekenis van: «daar zijn, verkeren, aanwezig zijn»), hetgeen zelfs iedere intentie of (relatieve) permanentie verbonden aan een verblijfplaats, effectief onderkomen of vestiging (laat staan een woonplaats) uitsluit.

5. In casu overweegt het verzoekschrift dat de aangevoerde geesteszieke «de echtelijke woning heeft verlaten en verblijft in een vluchthuis te Roeselare op het adres ... straat te Roeselare».

Indien zulks niet uitdrukkelijk in het verzoekschrift wordt vermeld, menen Wij te mogen aannemen dat de echtelijke woning gevestigd is op de woonplaats van de verzoeker, de echtgenoot van de als geestesziek aangewezen persoon.

6. Een «vluchthuis», ontleend aan de Anglo-Amerikaanse traditie van de «safe house» betreft volgens het Groot Woordenboek der Nederlandse taal (p. 3425) in België een «blijf-van-mijn-lijfhuis». Het gaat in algemene termen om een «onthaaltehuis», en *in casu* wellicht een «instelling of inrichting die door de overheid erkend is om personen in nood-situaties op te vangen en hun tijdelijk te huisvesten en te begeleiden» (in de termen van art. 2, § 1, 1^o, wet van 2 april 1965).

Een dergelijk verblijf is «noch intentioneel, noch toevallig» (R.v.St. nr. 38163, 26 november 1991) er wordt immers aangenomen dat het er de betrokkene om gaat «beschutting te zoeken en emotioneel tot rust te komen».

7. Het is van algemene bekendheid dat de betrokken verenigingen zich op een geheimhouding beroepen met betrekking tot de personen aan wie zij onderdak verlenen, terwijl de burgerlijke rechter niet beschikt over enig procedureel arsenaal om dit informeel «beroepsgeheim» te doorbreken.

Het is eveneens van algemene bekendheid dat het adres dat opgegeven wordt van lokale «vluchthuizen» enkel het «meldadres» voor briefwisseling en secretariaat betreft, terwijl op het gegeven adres geen opgevangen personen daadwerkelijk verblijven.

Ook het begrip «vluchthuis» betreft slechts een algemene term, omdat de kwestieuze dienstverlening te Roeselare is ondergebracht in de V.Z.W. C. met zetel te Roeselare, (...).

De werking van de vluchthuizen is over het hele land (en ook daarbuiten) gecoördineerd, in die zin dat onderdak wordt verleend op adressen die buiten het eigen territoriale werkgebied vallen, zodat vaak – indien al niet bij voorkeur – buiten de streek van de opvangzoekende onderdak verschaft wordt.

De loutere indicatie dat de als geesteszieke aangewezen persoon zou verblijven «in een vluchthuis te Roeselare» impliceert aldus geen enkele aanwijzing als zou deze persoon ook binnen Ons kanton verblijven, of zich daar zelfs maar zou bevinden.

De loutere omstandigheid dat zij «ook geregeld reeds gezien is geweest in de stationsbuurt te Roeselare» zou een volledig arbitrair gegeven betreffen.

Het laat niet in het minst toe de kwestieuze persoon in Ons kanton aan te treffen en er is actueel niet eens de minste aanwijzing dat zij er zich nog daadwerkelijk zou bevinden; dat zij alhier de trein zou opgestapt zijn, of aan het uitgaansleven zou hebben deelgenomen, kan niet impliceren dat Wij zouden kunnen verwacht worden Ons te engageren in een eigensoortige «fishing-expedition».

Precies het voorafgaande bezoek van de vrederechter aan de als geestesziek aangewezen persoon, als bepaald in art. 7, § 2, van de wet van 26 juni 1990, rechtvaardigde een nauwe aansluiting tussen de plaats waar de zieke kan worden aangetroffen en de bevoegde vrederechter.

Bij gebreke van enigerlei andere informatie omtrent de plaats waar de als geestesziek aangewezen persoon zich werkelijk zou bevinden, dient aldus te worden teruggevalen op het criterium van haar woonplaats.

In de gegeven omstandigheden dient de zaak te worden verwezen naar de «natuurlijke» rechter van de betrokken

persoon, *in casu* de vrederechter van het kanton Torhout, aan wie het zal toekomen over de toelaatbaarheid en gegrondheid van het verzoek te oordelen.

KANTTEKENINGEN

KANTTEKENINGEN BIJ DE AMEDEMEMENTEN VAN DE MEERDERHEID OP HAAR EIGEN EUTHANASIE – VOORSTEL

Op 8 november j.l. hebben senatoren van PRL-VLD-SP-PS-AGALEV-ECOLO-VU amendementen op het door vertegenwoordigers van genoemde partijen (zonder VU) ingediende voorstel van 20 december 1999 neergelegd in de Commissies Justitie & Sociale Aangelegenheden van de Senaat (Doc. 2-244/4). We belichten hieronder de belangrijkste wijzigingen, voornamelijk vanuit de interne consistentie van het voorstel. Voor een situering van het oorspronkelijke voorstel verwijzen we naar M. Adams en G. Geudens, «Naschrift», *R.W.*, 1999-2000, 814-817.

1. Geen formele wijziging van het strafwetboek om symbolische redenen

Amendement nr. 20 (niet medeondertekend door VU) schrapt art. 8 van het oorspronkelijke voorstel, hoewel dit artikel volgens de toelichting «de belangrijkste bepaling» was. Dat artikel schreef in het Sw. art. 417 bis in. Dat artikel bepaalde dat er geen misdaad of wanbedrijf zou zijn wanneer een moord of doodslag door een arts werd gepleegd wegens de noodzaak (*la nécessité*) een einde te maken aan de niet te lenigen, aanhoudende en ondraaglijke pijn of nood, mits deze arts de wettelijke voorwaarden zou hebben nageleefd. Het wordt geschrapt teneinde rekening te houden met de opmerkingen van symbolische aard die tijdens de hoorzittingen werden gemaakt tegen een ingreep in het Sw. Betekent dit dan dat euthanasie in de toekomst altijd strafbaar blijft? Neen. Een ander amendement wijzigt art. 3 van het voorstel. Par.1 van dit artikel bepaalt dat een arts die euthanasie toepast *geen misdrijf* pleegt, wanneer hij vaststelt dat:

- de patiënt een meerderjarige of een ontvoogde minderjarige is die handelingsbekwaam en bewust is op het ogenblik van zijn verzoek;
 - het verzoek uitdrukkelijk, vrijwillig, ondubbelzinnig, weloverwogen, herhaald en duurzaam is;
 - de patiënt zich in een medisch uitzichtloze («*sans issue*») toestand bevindt van aanhoudende en ondraaglijke pijn of nood die niet gelenigd kan worden, en die het gevolg is van een ernstige en ongeneeslijke, door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening,
- en hij de in deze wet voorgeschreven voorwaarden en procedures heeft nageleefd.

Of het uniek is, weten we niet maar het is toch op zijn minst opmerkelijk dat de wetgever bepaalt dat een gedraging geen misdrijf is zonder te verduidelijken wat het misdrijf is dat niet wordt gepleegd. Art. 350, tweede lid, Sw. bepaalt ook dat er geen misdrijf is, maar dit lid wordt voorafgegaan door een lid dat vruchtafdrijving bij een

toestemmende vrouw strafbaar stelt. Die duidelijkheid ontbreekt hier. Het strafwetboek en de bijzondere strafwetten bevatten wel duizenden misdrijven. Zonder meer bepalen dat een gedraging geen misdrijf is, heeft geen enkele zin, gelet op het legaliteitsbeginsel op grond waarvan enkel de wet gedragingen strafbaar kan stellen. Een wettelijke bepaling krachtens welke een gedraging geen misdrijf is, is maar zinvol met betrekking tot een welbepaald misdrijf. Euthanasie (in art. 2 onveranderd omschreven als het opzettelijk levensbeëindigend handelen door een andere dan de betrokkene, op diens verzoek) is naar Belgisch strafrecht geen autonoom misdrijf. Het niet genoemde misdrijf kan in het licht van de definitie van euthanasie geen ander zijn dan moord of doodslag. Zo bekeken heeft ook de schrapping van art. 8 niet meer dan een symbolische betekenis. Art. 3, § 1, kan niet anders worden begrepen dan dat de arts die euthanasie verricht en daarbij alle voorwaarden en procedures naleeft, niet het misdrijf van moord of doodslag pleegt. Toch heeft de schrapping van art. 8 meer dan een symbolische betekenis. Dat artikel verwees naar de *noodzaak* waarvoor de arts zich geplaagd voelde. Men kon daarin een verwijzing lezen naar de noodtoestand als rechtvaardigingsgrond voor euthanasie. Daarvan is nu in het geheel geen sprake meer.

II. Formalisering van het verzoek om euthanasie

Overeenkomstig art. 3, § 2, dient het verzoek van de patiënt tot euthanasie op schrift te worden gesteld ten overstaan van een meerderjarige getuige, die niet met de patiënt verwant is. Beiden dateren en ondertekenen dit geschrift. Indien de patiënt niet in staat is te ondertekenen, bijvoorbeeld wegens spierproblemen, vermeldt de schriftelijke verklaring dit, alsook de redenen waarom. De oorspronkelijke tekst stelde als enige eis dat het verzoek, dat niet op geschrift diende te worden gesteld, moest worden opgetekend in het medisch dossier. Deze formalisering gebeurt volgens de toelichting met het oog op de controle en strekt zowel tot bescherming van de patiënt als van de arts. Wat deze formalisering aan bijkomende bescherming voor de patiënt inhoudt, is niet zo duidelijk. Men zou mogen verwachten dat, als alle reeds voormelde procedures en voorwaarden werkelijk ernstig worden genomen, de patiënt voldoende wordt beschermd tegen ongevroegde levensbeëindiging. Blijkbaar zijn de auteurs er toch niet zo gerust in en wordt een bijkomende voorwaarde opgelegd. Men zou kunnen zeggen: baat het niet, het schaadt ook niet. Is dat hier het geval? Formalisering houdt het gevaar in dat de vorm belangrijker is dan de inhoud. Het kan een aansporing betekenen om minder ernstig na te gaan of het verzoek van de patiënt aan alle kenmerken voldoet, eenmaal dat het verzoek op schrift is gesteld. De patiënt heeft dan eerder minder dan meer bescherming. Bovendien regelt het voorstel niet op welke wijze de patiënt dit schriftelijk verzoek alsnog kan herroepen. Een vergelijking met het Nederlandse wetsvoorstel leert dat daar het verzoek bij voorkeur schriftelijk wordt vastgelegd, al is dit op zichzelf niet vereist voor het gerechtvaardigd zijn van de inwilliging ervan, zolang de patiënt in staat is zijn wil te uiten. (Tweede Kamer, vergaderjaar 1998-1999, 26 691, nr. 3).

III. Verplicht onderzoek van de patiënt door een of twee artsen – consulenten

Het oorspronkelijke voorstel bevatte de verplichting «een andere arts te raadplegen». Deze arts diende de patiënt niet persoonlijk te onderzoeken en zelfs niet het medisch dossier van de patiënt in te zien. Art. 3, § 3, 3^o, van het geamendeerde voorstel legt de geconsulteerde arts wel beide verplichtingen op, wat kan worden toegejuicht. Een andere verstrenging vindt men in art. 3, § 4. Indien de behandelende arts van oordeel is dat de patiënt kennelijk niet binnen afzienbare tijd zal overlijden (de zgn. niet-terminale fase) dient nog een tweede arts te worden geconsulteerd. Die moet een psychiater zijn of een specialist in de aandoening in kwestie. Behalve nagaan of de patiënt zich bevindt in de door de wet vereiste medische toestand, wat ook de opdracht is van de eerste arts, moet de tweede arts nagaan of het verzoek van de patiënt voldoet aan de vereiste voorwaarden. Anders dan in Nederland, waar de consulent steeds het uitdrukkelijk en weloverwogen karakter van het verzoek moet nagaan, is dit volgens het geamendeerde voorstel enkel nodig in de niet-terminale fase.

IV. Onderscheid overlijden al dan niet binnen afzienbare tijd

Behalve de tussenkomst van een tweede arts vereist art. 3, § 4, dat ten minste een maand is verlopen tussen het oorspronkelijke verzoek en het toepassen van euthanasie in de niet-terminale fase. Deze voorwaarde doet vragen rijzen waarop de toelichting geen antwoord geeft. Is het de bedoeling dat wanneer een euthanasieverzoek is geuit, een periode van ten minste één maand begint te lopen en dat pas na het verstrijken van die periode wordt nagegaan of alle voorwaarden en procedures zijn vervuld? In dat geval zou de formulering moeten worden gewijzigd, want die geeft de indruk dat na het verstrijken van de maand tot euthanasie mag worden overgegaan. Of is het de bedoeling dat deze termijn pas begint te lopen wanneer het euthanasieverzoek werd geuit en nadat alle wettelijke procedures en voorwaarden reeds werden vervuld zoals onder meer het onderzoek door de twee artsen – consulenten? Maar ook dat blijkt niet uit de formulering. Volgens een letterlijke lezing begint de termijn te lopen vanaf het verzoek zonder meer. In dat geval is de vraag wat de bedoeling is van deze «wachttijd» van een maand? Ook in de terminale fase wordt een verzoek niet meteen ingewilligd. In dat geval moet de arts die tot euthanasie overgaat ook verschillende gesprekken voeren die «over een redelijke periode worden gespreid» (art. 3, § 2, 2^o). Afhankelijk van de gezondheidstoestand van de patiënt kunnen ook dan enkele weken verstrijken. In de niet-terminale fase komt daar nog eens het onderzoek door een tweede arts bij dat ook enige tijd zal vergen. Wat is dan nog de extra bescherming van deze maand als in de praktijk toch al een tijd verstrijkt die in de buurt van een maand kan uitkomen? Bovenop al deze vragen komt nog de indruk dat deze termijn van tenminste een maand tamelijk willekeurig is.

V. Euthanasie na een voorafgaande wilsverklaring

Met betrekking tot de voorafgaande wilsverklaring is er sprake van belangrijke wijzigingen.

Het geamendeerde art. 4 bepaalt niet meer dat in de schriftelijke wilsverklaring een of meer gemandateerden moeten worden aangeduid. Daarmee wordt bereikt dat personen die geen vertrouwenspersoon hebben, toch een schriftelijke wilsverklaring kunnen opstellen. Daardoor krijgt de wilsverklaring als het ware een zelfstandige uitwerking die ze vroeger niet had. Daarmee is niet gezegd dat ze een bindend karakter zou hebben voor de arts die ermee wordt geconfronteerd.

Indien wel een vertegenwoordiger wordt aangeduid in de wilsverklaring, is zijn opdracht niet langer het borg staan voor de uitvoering van de wil van de patiënt zoals aanvankelijk was bepaald. Terecht stellen de indieners nu dat men onmogelijk van een derde persoon kan verwachten dat hij beslissingen gaat nemen over het plegen van euthanasie op de patiënt. De rol van de vertegenwoordiger kan er volgens hen enkel in bestaan de behandelende arts op de hoogte te brengen van de wil van de patiënt en erop toezien dat de wilsverklaring van de patiënt wordt uitgevoerd.

Een derde wijziging is dat een nieuw art. 4bis wordt ingevoegd dat een aantal voorwaarden formuleert ingeval euthanasie wordt uitgevoerd op een patiënt op basis van een voorafgaande wilsverklaring. Indien de patiënt vooraf, in overeenstemming met art. 4, zijn wil te kennen heeft gegeven dat een arts zijn leven beëindigt, kan de arts, in eer en geweten, gevolg geven aan deze wilsverklaring, mits hij vooraf aan een aantal voorwaarden voldoet. Deze voorwaarden verschillen van die welke moeten worden nageleefd bij een wilsbekwame patiënt. In het oorspronkelijke voorstel werd dit onderscheid niet gemaakt. Aangezien iedere wils-onbekwame over een vertegenwoordiger diende te beschikken, konden volgens de indieners de voorwaarden ten opzichte van de vertegenwoordiger worden nageleefd. Nu dat niet meer hoeft, zijn specifieke voorwaarden noodzakelijk. Vergeleken met het oorspronkelijke voorstel, houdt dit zeker een verbetering in. Maar er blijft een groot probleem. Overeenkomstig art. 3, § 1, begaat de arts die euthanasie pleegt geen misdrijf mits hij heeft vastgesteld dat de patiënt bekwaam en bewust is, hij een verzoek heeft gedaan met de vereiste kenmerken en hij zich bevindt in de vereiste medische toestand. Bovendien moeten de andere voorwaarden en procedures worden gerespecteerd (zie *supra*). Voor zover het gaat om euthanasie op grond van een voorafgaande wilsverklaring zijn die laatste voorwaarden en procedures te vinden in art. 4bis. Maar die komen niet in de plaats van die vermeld in art. 3, § 1. Ook die voorwaarden moeten vervuld zijn. En dat kan onmogelijk. Aangezien de patiënt zich volgens art. 4bis moet bevinden in een situatie van onomkeerbaar buiten bewustzijn, kan de arts onmogelijk vaststellen dat de patiënt wilsbekwaam is. Hij is dat per definitie niet. Evenmin kan de arts op het ogenblik van euthanasie hebben vastgesteld dat het verzoek beantwoordt aan de kenmerken die art. 3, § 1, voorschrijft. Ten slotte kan de arts onmogelijk vaststellen dat de patiënt zich bevindt in een situatie van aanhoudende en ondraaglijke pijn of lijden, omdat bij een onomkeerbaar bewusteloze patiënt een dergelijke toestand zich per definitie niet voordoet. Een en ander betekent dat de arts niet voldoet aan de voorwaarden om geen misdrijf te begaan. Deze inconsistentie wijst op het voorbarige karakter van deze bepaling. Dat het toepassingsgebied ervan beperkt is tot de onomkeerbaar bewustelozen, waardoor andere wilsbekwamen worden

uitgesloten, wijst erop dat ook de indieners terecht grote moeite hebben met het toelaten van euthanasie op basis van een voorafgaande wilsverklaring. Wijst dit alles er niet op dat de tijd voor een wettelijke regeling van euthanasie op basis van een voorafgaande wilsverklaring lang niet rijp is?

VI. De toetsing van euthanasie vooraf en achteraf

A. Toetsing vooraf: het «colloque singulier» doorbroken

In het oorspronkelijke voorstel was de besluitvorming over euthanasie uitsluitend een aangelegenheid tussen de betrokken arts en de patiënt. In de toelichting bij dat voorstel stond: «De indieners vinden dat de dialoog tussen de patiënt en de arts aan de basis van de behandeling van elk euthanasieverzoek ligt en dat aan de verantwoordelijkheid van deze beide partijen nooit kan worden geraakt door het optreden van derden». Voor zover derden in de besluitvorming tussenkwamen, was dat op een vrijblijvende wijze. Er was weliswaar de verplichting een andere arts te raadplegen, maar die diende de patiënt niet eens te hebben gezien (zie *supra*). In de geamendeerde tekst wordt dit zogenaamde *colloque singulier* doorbroken. Allereerst omdat de geconsulteerde arts (of artsen ingeval het overlijden niet binnen afzienbare tijd plaatsvindt) de patiënt daadwerkelijk moet onderzoeken. Daardoor is deze arts niet louter aangewezen op de informatie die de behandelende arts van de patiënt hem verschaft omtrent diens gezondheidstoestand. De inbreng van de geconsulteerde arts in de besluitvorming zal daardoor zwaarder kunnen wegen en dus minder vrijblijvend zijn. Het *colloque singulier* wordt echter vooral doorbroken door de verplichting (en niet meer de loutere mogelijkheid) die op de arts wordt gelegd om met de leden van het verplegend team het verzoek van de patiënt te bespreken. In een Vrije Tribune gepubliceerd in *De Standaard* van 31 mei j.l. heeft één van ons hiervoor gepleit (Nys H., «Hoe een euthanasiewet handhaven?») Zo'n verplichting komt niet alleen de zorgvuldigheid van de besluitvorming ten goede, maar ook de controleerbaarheid ervan. Daardoor zijn meerdere personen op de hoogte van het voornemen van de arts om tot levensbeëindiging over te gaan. Dat zet hem onder druk om de meldingsprocedure (zie hieronder) na te leven. Toch valt ook op het geamendeerde voorstel nog heel wel wat aan te merken. Vooral het ontbreken van de verplichting een palliatief deskundige te raadplegen, ondanks de uitgewerkte voorstellen die in dit verband door de Federatie Palliatieve Zorg Vlaanderen werden gedaan, wordt aangevoeld als een zeer ernstig tekort.

B. Toetsing achteraf

Art. 5 van het oorspronkelijke voorstel verplichtte de arts die euthanasie had gepleegd, daarvan onmiddellijk aangifte te doen aan de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand alsook aan de procureur des Konings. Bovendien diende een registratiedocument behoorlijk ingevuld te worden teruggestuurd naar de federale evaluatiecommissie die door een ander wetsvoorstel werd opgericht. De naleving van deze verplichtingen was noodzakelijk om de straffeloosheid te kunnen genieten, bepaald in art. 417bis Sw., dat verwees naar «de voorwaarden en procedures» opgesomd in het voorstel. De geamendeerde tekst bevat een aantal op-

vallende wijzigingen. De verplichting om rechtstreeks te melden aan de procureur des Konings vervalt. Dat is een goede zaak. Zo was het niet zeker of ze in overeenstemming was met het *nemo tenetur* beginsel. Ook kon worden betwijfeld of ze veel effect zou sorteren. De twee andere verplichtingen blijven behouden, maar nu is er van enige sanctie geen sprake meer, zodat men in het andere uiterste dreigt te vervallen. Blijkbaar verwacht de wetgever nu alle heil van de druk die uitgaat van het doorbreken van het *colloque singulier*, opdat de meldingsplicht wordt nageleefd. Een andere wijziging is dat de evaluatiecommissie niet alleen zal evalueren, maar ook controleren. Over de consequenties hiervan is onvoldoende nagedacht. Zo zal de evaluatiecommissie zelf het registratiedocument moeten opstellen dat door artsen moet worden ingevuld na het verrichten van euthanasie. Klaarblijkelijk heeft de wet van 13 augustus 1990 tot oprichting van de evaluatiecommissie zwangerschapsafbreking model gestaan voor deze commissie. Ook die wet bepaalt dat de commissie zelf het registratiedocument opstelt. Dat was geen eenvoudige opdracht, en uiteindelijk is de registratie van zwangerschapsafbrekingen pas op 1 oktober 1992 aangevat, dit is ruim twee jaar na de inwerkingtreding van de wet van 3 april 1990. Zoals de tekst van het voorstel nu luidt, kan de commissie dat document maar opstellen na de inwerkingtreding van de wet en nadat de commissie werd samengesteld, wat waarschijnlijk weer niet van een leien dakje zal verlopen. Omdat bij hypothese de wet van toepassing is en het niet-naleven van de meldingsplicht geen deel uitmaakt van de voorwaarden opdat euthanasie «geen misdrijf» is, kan euthanasie straffeloos en zonder enige controle achteraf worden verricht. Als die toestand één of twee jaar aansleept, dreigen dan geen praktijken te ontstaan die achteraf niet meer kunnen worden terugschroefd? Omdat het nu niet alleen gaat om evaluatie, maar ook om controle, is het aangewezen dat het document door de uitvoerende macht wordt opgesteld. Bovendien moet het document beschikbaar zijn vanaf de eerste dag dat de wet in werking treedt.

Volgens het geamendeerde voorstel zal het document uit twee delen bestaan, waarvan het eerste deel vertrouwelijke gegevens bevat en het tweede deel anonieme gegevens. Op basis van het tweede deel controleert de commissie of er werd gehandeld overeenkomstig de wettelijke voorwaarden. Bij twijfel kan de commissie beslissen bij gewone meerderheid de anonimiteit op te heffen en de behandelende arts te horen en hem te vragen haar alle elementen van het medisch dossier met betrekking tot euthanasie mee te delen. De commissie spreekt zich uit binnen twee maanden. Bij gemotiveerde beslissing met een twee derde meerderheid, kan de commissie beslissen dat de voorwaarden van art. 3 en 4 niet werden nageleefd, en het dossier aan de procureur des Konings bezorgen. Betekent dit dat de procureur des Konings enkel kan optreden in een dergelijk geval of behoudt hij conform art. 151, § 1, G.W. zijn onafhankelijkheid in de individuele opsporing en vervolging? Hoe dan ook, ook art. 9 is uit het oorspronkelijk voorstel geschrapt. Dat artikel voorzag in een aanvulling van art. 77 B.W. waarbij, in geval van euthanasie, het verlof voor de teraardebestelling eerst kon worden afgegeven door de ambtenaar van burgerlijke stand nadat de procureur des Konings zijn toestemming had gegeven. Zonder toestemming van de procureur des Konings diende te worden gehandeld

overeenkomstig de artikelen 81 en 82 B.W. (gewelddadig en verdacht overlijden). De schrapping van art. 9 doet ook deze ultieme toetsingsmogelijkheden vervallen.

VII. Besluit

We hebben in deze kanttekeningen voornamelijk de interne consistentie van het gewijzigde euthanasievoorstel geanalyseerd. Vragen m.b.t. de externe consistentie, zoals het zelfbeschikkingsrecht, de verhouding tot andere medische beslissingen aan het einde van het leven, hulp bij zelfdoding en andere hebben we bewust buiten de bespreking gelaten. Als positief beoordelen we dat de beslissing tot euthanasie onttrokken wordt aan het *colloque singulier* tussen arts en patiënt, waardoor aan de bereidheid tot melding een stimulans wordt gegeven. Dat de melding niet langer rechtstreeks aan de procureur des Konings moet gebeuren, is ook een pluspunt. Daartegenover staat dat de euthanasiepraktijk na de inwerkingtreding van de wet zich gedurende een onbepaalde periode zonder enige controle door de daarvoor bevoegde commissie zal kunnen ontwikkelen. De regeling van euthanasie na een schriftelijke wilsverklaring blijft volgens ons voorbarig en ondoordacht terwijl we voorts vraagtekens hebben gezet bij de wijze waarop euthanasie als «geen misdrijf» uit het strafrecht wordt gehaald, bij de formalisering van het verzoek om euthanasie en bij het ontbreken van een verplichting tot palliatief consult. Ook de in acht te nemen periode van minstens één maand ingeval het overlijden van de patiënt niet binnen afzienbare termijn voorzienbaar is, roept verschillende niet beantwoorde vragen op. Kortom, er zullen nog amendementen nodig zijn.

Herman Nys en Sofie Blancquaert
Centrum Biomedische Ethiek en Recht KULeuven

BOEKEN

Liber Amicorum Jozef Van den Heuvel, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, België, 1999, 878 p.

Het kon niet anders, een *liber amicorum* voor een zo veelzijdig man als Jozef Van den Heuvel moest wel een omvangrijk werk worden. Het boek belicht de vele facetten van het recht waarin Van den Heuvel actief is geweest, en nog is, zij het als professor, als advocaat, stafhouder of als deken van de Nationale Orde van Advocaten. Aandacht wordt besteed aan de balie, arbitrage, verzekeringsrecht, zeerecht, sociaal recht, aansprakelijkheidsrecht, strafrecht, handels- en vennootschapsrecht, procesrecht, staats- en administratief recht, familiaal vermogensrecht, fiscaal recht, mediarecht, en ook het notariaat komt even aan bod. Een volledig overzicht geven van de bijdragen in deze diverse sectoren is in deze korte bespreking onmogelijk. De uitoefening van het beroep van advocaat en de plaats van de advocaat in het gerecht zijn echter een rode draad in de bijdragen van dit *liber amicorum*. Laat ik mij dan daartoe beperken.

Zowel Frans Baert en Paul van Malleghem als Jo Stevens besteden aandacht aan de figuur van de stafhouder. Baert en Van Malleghem bespreken de plaats van de stafhouder als hoofd van de orde en zijn bevoegdheden. Het pleidooi om het ambt van stafhouder te vrijwaren in het belang van balie en rechtsbedeling is in dit *liber amicorum* meer dan gepast. Stevens bekijkt eveneens de, beperkte, bevoegdheden van de deken van de Nationale Orde. Er wordt gepleit voor een verruiming van diens bevoegdheden. Stevens