

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES : PROF. MR. RIDDER RENE VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

DE VERHOUDING TUSSEN DE ZIEKTEVERZEKERING EN DE WERKLOOSHEIDSVERZEKERING*

LEGENDE VAN DE TEKENS GEBRUIKT BIJ DE FIGUREN



WERKELIJK VERDIEND LOON



HYPOTHETISCHE EVOLUTIE VAN HET LOON



SCHADE BESTREKEN DOOR ZIEKTE- EN INVALIDITEITSVERZEKERING



SCHADE BESTREKEN DOOR WERKLOOSHEIDSVERZEKERING

A

= VOORAFGAANDE ONBESCHADIGDE TOESTAND (VOOR HET LOON :
REFERTELOON)

B

= HYPOTHETISCHE VOORTZETTING VAN A (VOOR HET LOON : BASISLOON)

C

= DEVIANTIE VAN B (VOOR HET LOON : RESTLOON)

S

= SCHADE

O

= OORZAKELIJKHEID

- M(ENS) : INTRAPERSONLIJKE OORZAKELIJKHEID

- E(NVIRONMENT) : EXTRAPERSONLIJKE OORZAKELIJKHEID

H

= HERSTEL

V

= VERGOEDING

HOOFDSTUK I: *De gangbare mening: er is een essentieel onderscheid tussen arbeidsongeschiktheid en werkloosheid*

In mei 1975 publiceerde het Centrum voor Politieke, Economische en Sociale Studies een vergelijkend overzicht van de standpunten van de christelijke sociale organisaties omtrent de sociale zekerheid. In het hoofdstuk gewijd aan de "vervangingsinkomens" wordt in enkele zinnen een goede samenvatting gegeven van wat voor het ogenblik velen menen die over de verhouding tussen de ziekteverzekering en de werkloosheidsverzekering hebben nagedacht¹.

"Hoewel de arbeidsongeschiktheid en de onvrijwillige werkloosheid uit andere oorzaken wezenlijk verschillende eventualiteiten zijn, zijn de gevolgen ervan voor de betrokkenen gelijkaardig, namelijk het uitvallen van inkomen uit arbeid.

Die gevolgen moeten dan ook op gelijkaardige wijze in de maatschappelijke zekerheid behandeld worden, met name door het toekennen van gelijkaardige vergoedingen in beide eventualiteiten, waardoor het inkomensverlies in redelijke mate gecompenseerd wordt.

In tegenstelling tot de bestrijding van de arbeidsongeschiktheid, die door het herstel van de gezondheid van het individu kan weggenomen worden, kan werkloosheid slechts bestreden worden door in te werken op het geheel van de factoren, extern aan het individu, die de werkgelegenheid bepalen."

Ook wanneer we rekening houden met het gebrek aan nuancering dat onvermijdelijk uit zulke beknopte formulering moet volgen, mag toch gezegd worden dat de tekst opkomt voor het bestaan van

Een verhouding onderzoeken betekent uitkijken naar gelijkenissen, verschillen en verbanden. We nemen ons voor eerst de gangbare mening te onderzoeken volgens welke er, benevens enkele gelijkenissen en verbanden, toch duidelijke essentiële verschillen bestaan tussen arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. Daarna zullen we nagaan of de vastgestelde verschillen wel echt essentieel zijn, om bij het besluit even te kunnen verwijlen bij de vraag of de jurist nog behoefte heeft aan dit onderscheid.

* Tekst van de openbare les gegeven tot het bekomen van het aggregaat hoger onderwijs, K.U.Leuven, 16 december 1976.

¹ CEPESS, *De maatschappelijke zekerheid. Een vergelijkend overzicht van de standpunten van christelijke sociale organisaties*, 1975, blz. 12-13.

een essentieel onderscheid tussen de causaliteit van beide verschijnsels. De arbeidsongeschiktheid zou veroorzaakt worden door intrapersoonlijke bedreigingen; de werkloosheid zou te wijten zijn aan extrapersoonlijke factoren. Voorts wordt er geopteerd voor een fundamentele gelijkenis: de schade (het loonverlies) zou bij beide verschijnselen dezelfde zijn, zodat ook de vergoeding dezelfde moet worden. In het herstel echter zouden er opnieuw verschillen zijn, beantwoordend aan het verschil in oorzakelijkheid: arbeidsongeschiktheid zou opgelost worden door intrapersoonlijke herstelacties (medische zorgen), werkloosheid door externe herstelacties (verbeteren van de werkgelegenheid).

Stoelt dit onderscheid op realiteit? Wat is de grond van deze wijd verbreide opvatting? Het zijn deze vragen die we zullen onderzoeken, ons bedienend van de schadeanalyse zoals deze in ons werk gewijd aan de "Evaluatie van de gezondheidsschade", werd besproken².

Vooraf moet duidelijk het onderscheid gemaakt worden tussen het probleem van de schade veroorzaakt door werkloosheid en ziekte en dat van de *schadeloosstelling*. De *schadeloosstelling* bevat de acties die ondernomen worden nadat schade is ontstaan; ze is bijgevolg iets anders dan de schade³. In de geciteerde CEPESS-tekst is enkel de eerste zin aan de schade gewijd. De rest gaat over de wijze waarop de schade ongedaan kan worden gemaakt.

Afd. 1 : De schade veroorzaakt door werkloosheid en ziekte

De vergelijking van deze twee soorten schade blijft beperkt tot wat daaromtrent in de twee Belgische sociaalrechtelijke regimes terug te vinden is. Het gaat bijgevolg om de ziekte- en werkloosheidsschade die bij *werknemers* kan optreden, gewoonlijk tussen hun 14e en 60 of 65e jaar — naar gelang het om vrouwen of mannen gaat — en beperkt tot het verlies van *inkomens uit agorale arbeid*. Deze ziekte- en invaliditeitsverzekering (Z.I.V.) en de werkloosheidsverzekering bekommeren zich praktisch niet om het verlies van extra-agorale nuttigheid, noch om het verlies van andere waarden dan de economische⁴.

² J. VIAENE, *Schade aan de mens*, dl. 3, *Evaluatie van de gezondheidsschade*, Antwerpen-Amsterdam, Maarten Kluwer, 1976. De onderhavige studie over de verhouding tussen ziekteverzekering en werkloosheidsverzekering is een concrete toepassing van de ideeën die in dit boek werden verdedigd. Voor verduidelijking zal bijgevolg herhaaldelijk moeten worden verwezen met de aanduiding: Dl. 3, 1976, blz. ...

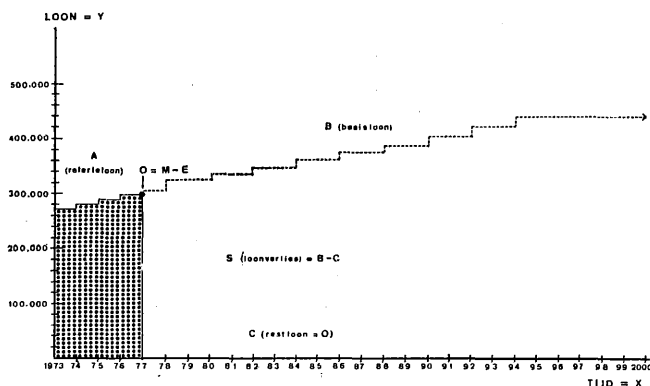
³ Dl. 3, 1976, blz. 219, 501.

⁴ Dl. 3, 1976, blz. 427-429, 492-497.

§ 1. Het verschil tussen werkloosheids- en ziekteschade kan maar gezocht worden in de oorzakelijkheid

Om zo concreet mogelijk het verschil en de gelijkenissen tussen de sociaalrechtelijke opvatting van werkloosheids- en ziekteschade te illustreren, hebben we in een schadediagram het voorbeeld opgenomen van een jonge universitair die in 1973 op 25-jarige leeftijd het werk opneemt en op 1 januari 1977 door ziekte of afdanking dit werk verlaat (figuur 1).

Figuur 1 : LOONVERLIES INGEVOLGE WERKLOOSHEID (E) OF ZIEKTE (M)



Enkele woorden uitleg bij de zeven structurele elementen van de loonschade⁵.

1. In de ordinaat komt het loon te staan, in geld uitgedrukt. Geld is een slechte standaard omdat hij door de tijd evolueert. Bij de discussie zullen we met deze problematiek geen rekening houden en gaan we ervan uit dat het geld een vaste waarde houdt⁶.

2. In de abscis komt de tijd.

3. De A-lijn stelt het loon voor dat betrokkene tussen 1973 en 1977 verdiend heeft. Wij hebben ons geïnspireerd op de loonevolutie van een bestuurssecretaris in staatsdienst⁷; deze evolutie is ook terug

⁵ Dl. 3, 1976, blz. 284-392.

⁶ Dl. 3, 1976, blz. 290-297.

⁷ Een bestuurssecretaris, die gedurende zijn hele loopbaan deze graad behoudt, krijgt in het begin de lonen van de schaal 10/1 : 273.480-436.932 fr. met drie jaarlijkse verhogingen van 8.904 fr. en daarna tien tweejaarlijkse van 13.674 fr.; na vier jaar graadancienniteit echter stapt hij over naar de schaal 10/spec. : 284.280-447.732 fr. waarin drie jaarlijkse verhogingen van 8.904 fr. gevolgd worden door tien tweejaarlijkse van 13.674 fr. Zulke loopbaan ziet er bijgevolg uiteindelijk als volgt uit: 0 j.: 273.480 fr.; 1 j.: 282.384 fr.; 2 j.: 291.288 fr.; 3 j.: 300.192 fr.; 4 j.: 310.992 fr.; 5 j.: 324.666 fr.; 6 j.: 338.340 fr.; 7 j.: 352.014 fr.; 8 j.: 365.688 fr.; 9 j.: 379.362 fr.; 10 j.: 393.036 fr.; 11 j.: 406.710 fr.; 12 j.: 420.384 fr.; 13 j.: 434.058 fr.; 14 j.: 447.732 fr.

Bedoelde loonschalen werden vastgelegd door het K.B. 29 juni 1973 (B.S., 8 augustus 1973 en 25 september 1973) en zijn, zoals reeds aangestipt, in ons voorbeeld niet aangepast aan de index.

te vinden bij jonge universitaires in privé-dienst (vb. assistenten van de vrije universiteiten). We gaan ervan uit dat er geen promotie is geweest in zijn korte loopbaan tot 1977.

4. O is de oorzaak die ervoor verantwoordelijk is dat de loonevolutie niet voort wordt gezet; hiervan wordt gezegd dat ze ofwel intrapersoonlijk (M = mens) of extrapersoonlijk (E = environment, situatie) is⁸; in het eerste geval wordt de schade (S) door ziekte, in het tweede door werkloosheid veroorzaakt.

5. B is de hypothetische voortzetting van dezelfde looncarrière wanneer geen rekening gehouden wordt met promotie of loonaangroei wegens verbeteringen aangebracht aan de loonstructuur. Van het "lucrum cessans" wordt in het voorbeeld bijgevolg enkel de loonaangroei wegens anciënniteit in aanmerking genomen. Het is evident dat er waarschijnlijk veel meer schade optreedt, maar we wenssen bij de "minst onzekere" schade te blijven⁹.

6. C is de deviantie van de hypothese. Meestal is deze deviantie totaal, althans in haar beginfase. Hoewel het ook voorkomt dat er een restloon overblijft ingevolge gedeeltelijk voortzetten van het werk of onmiddellijk hervatten van een minder goed betaalde arbeid¹⁰. In figuur 1 tekenen we een deviantie tot op het nulpunt (geen restloon).

7. De schade ten slotte (S) is het verschil tussen B en C.

Het enige verschil dat er tussen werkloosheids- en ziekteschade in het diagram aangewezen kan worden ligt dus bij één van de zeven structurele schadeëlementen: de oorzakelijkheid. Het loonconcept, de tijd, het referteloon, het basisloon, het restloon en het loonverlies blijven voor de twee soorten schade dezelfde. Zoals de CEPES-tekst het zegt zijn de "gevolgen", nl. "het uitvallen van inkomen uit arbeid" (S) inderdaad steeds dezelfde, wat de oorzaak ook moge zijn, M of E.

De vraag is nu: kan er met dit éne oorzakelijke element wel een scherp onderscheid getrokken tussen werkloosheidsschade en ziekteschade? De jurist beweert dat dit kan en heeft zijn hele denken en alle structuren op deze mogelijkheid afgestemd. Onderzoeken we bijgevolg de juridische visie en de consequenties ervan.

§ 2. De juridische visie op het oorzakelijkheidsprobleem

Zowel in het positieve recht als in de rechtspraak poogt men duidelijk de psychosomatische oorzake-

lijkheden van het loonverlies (M-causaliteiten) apart te zetten van de situationele, in casu, de veranderingen optredend in de arbeidsmarkt waarin de mens verkeert (E-causaliteiten).

A. De criteria van de Z.I.V.

In het positieve recht draait alles rond de evaluatiecriteria vervat in art. 56 van de Wet van 9 augustus 1963 omtrent de ziekte- en invaliditeitsverzekering. In art. 58, § 1, worden drie voorwaarden gesteld:

1. De werknemer moet "*alle werkzaamheid*" *onderbroken hebben*¹¹. Deze voorwaarde bestaat ook in de werkloosheidsverzekering, waar men er echter aan toevoegt dat de arbeidsonderbreking niet vrijwillig mag gebeuren (cf. infra). In de ziekteverzekering wordt deze eis niet uitdrukkelijk gesteld, omdat men uitgaat van de veronderstelling dat echte psychosomatische stoornissen steeds onvrijwillige arbeidsonderbreking tot gevolg hebben. Men weet wel dat er gezonden zijn die zich pogen voor te doen als zieken, maar men rekent op de geneeskunde om het onderscheid te maken tussen de vrijwillige en onvrijwillige arbeidsonderbreking. De eis van de arbeidsonderbreking schept dus eigenlijk geen verschil met de werkloosheid, want in beide regimes moet hij "onvrijwillig" gebeuren. Het criterium des onderscheids zit veeleer in de tweede en derde voorwaarde die art. 56, § 1, van de Z.I.V. oplegt.

2. Het "vermogen tot verdienen" (capacité du gain) moet in een aanzienlijke mate verminderd zijn *ten gevolge van* het bestaan van "*letsels en functionele stoornissen*" (lésions et troubles fonctionnels). Hier doelt men duidelijk op intrapersoonlijke bedreigingen¹², die oorzaak moeten worden van de vermindering van het vermogen om te verdienen. De geneesheer moet deze oorzaken opzoeken binnen de huid van degene die de arbeid heeft neergelegd. Vindt hij zulke tekens, dan kan er arbeidsongeschiktheid zijn als de letsels en de stoornissen groot ge-

¹¹ Oorspronkelijk was de tendens werkelijk "alle" arbeid te verbieden, niet alleen de agorale maar ook de extra-agorale. De controlediensten keken na of de zieke wel op zijn stoel of in zijn bed zat en niet in zijn tuintje bezig was of huishoudelijke taken vervulde. Sinds de aangroeiende welvaart en de volledige tewerkstelling uit de zestiger jaren is men geleidelijk verdraagzamer geworden en aanvaardt men nu dat normale extra-agorale bezigheden worden verricht. Dl. 3, 1976, blz. 147. Cf. insgelijks J. VAN STEENBERGE, *Schade aan de mens*, Dl. 1, *Evaluatie van de arbeidsongeschiktheid in het recht*, Antwerpen-Amsterdam, Maarten Kluwer, 1975, blz. 323-324 (verder afgekort als Dl. 1, 1975). Men bemerke ook dat deze eerste voorwaarde (onderbreken van alle werkzaamheden) reeds in het eerste "Krankenversicherungsgesetz" van BISMARCK (1883) gesteld werd. Dl. 1, 1975, blz. 166.

¹² Over de belangrijke term "bedreiging" waaruit "oorzaak" volgt: Dl. 3, 1976, blz. 375-285, 577-587.

⁸ Dl. 3, 1976, blz. 384-385. Voor het gebruik van het woord 'environment', cf. blz. 568.

⁹ Dl. 3, 1976, blz. 312-316 en blz. 350-354.

¹⁰ Voor de begrippen referteloon, basisloon, restloon, cf. Dl. 3, 1976, blz. 278-281 (figuur 3).

noeg zijn om de arbeidsonderbreking te rechtvaardigen.

Door deze causaliteitsvoorwaarde wordt principieel het onderscheid gevestigd met de werkloosheidstoestand, zoals Bismarck het reeds in zijn invaliditeitswet van 1889 bedoelde met een gelijkaardige zij het meer algemene en zelfs betere omschrijving (*in Folge seines körperlichen oder geistigen Zustandes*)¹³. Er is echter nog een derde voorwaarde nodig om het onderscheid te maken, want ook de gezonde mens kan "letsels en stoornissen" vertonen.

3. Benevens de eigenlijke oorzaak van de schade moet de geneesheer bijgevolg nog een bepaalde maat opzoeken van de schade. Terwijl de oorzaak met medische termen is aangegeven ("letsels en functionele stoornissen"), stapt artikel 56, § 1, van de ziekteverzekeringwet over naar economische termen om de maat van de berokkende schade aan te duiden.

Art. 56, § 1, 1e lid, zegt dat door de letsels en functionele stoornissen het verdienvermogen moet verminderd zijn "tot een derde of minder dan een derde van wat een persoon, van dezelfde stand en met dezelfde opleiding, kan verdienen door zijn werkzaamheid in de beroepscategorie waartoe de beroepsarbeid behoort, door betrokkene verricht toen hij arbeidsongeschikt is geworden, of in de verschillende beroepen die hij heeft of zou kunnen uitoefenen hebben uit hoofde van zijn beroepsopleiding."

En verder (3e lid): "Nochtans wordt die vermindering van het vermogen tot verdienen, over de eerste zes maanden primaire arbeidsongeschiktheid gewaardeerd ten aanzien van het gewone beroep van de betrokkene, in zover de veroorzaakte aandoening voor een gunstig verloop of voor genezing vatbaar is binnen een tamelijk korte tijdspanne."

Deze duistere tekst kan aanschouwelijk gemaakt worden aan de hand van figuur 2. Er worden met betrekking tot de maat van de schade opnieuw drie

eisen gesteld: er moet een basisloon (B) en het eventuele restloon (C) worden opgezocht en het verlies (S) tussen beide moet groter zijn dan twee derde. Deze drie voorwaarden bespreken we in detail.

1° Door vergelijking met een "maatman"¹⁴ moet een hypothetisch basisloon (B) worden geconstrueerd (in ons voorbeeld het loon voor de periode na 1.1.1977).

Dit moet als volgt gebeuren:

— gedurende de eerste zes maanden, wanneer genezing te verwachten is, neemt men het loon dat de maatman verdient in het gewone beroep van de getroffenene;

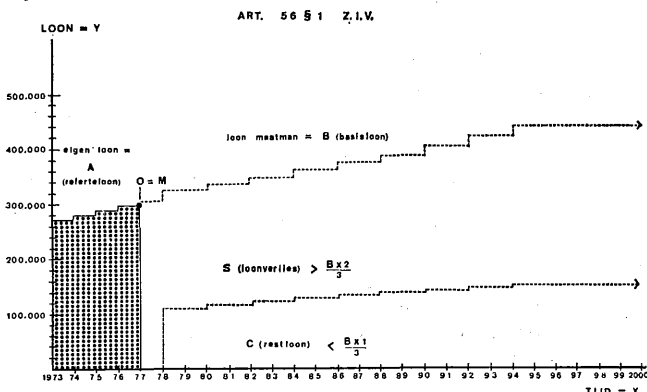
— na de eerste zes maanden, of zelfs reeds van het begin af als er geen genezing op korte termijn mogelijk is, moet men vergelijken met het loon dat de maatman kan verdienen in de verschillende beroepen welke de getroffenene in concreto had kunnen uitoefenen was hij niet ziek geworden.

Om deze complicaties te begrijpen is het nodig zich te bezinnen over de mechanismen van het gezondheidsverlies en het gezondheidsherstel en moet er tevens enige historische uitleg worden verschaft.

Na het oplopen van gezondheidsschade, bestaan er twee mogelijkheden: optreden van volledig herstel of behoud van gezondheidsverlies, in kleinere of grotere mate¹⁵. Beide soorten ontwikkelingen hebben voor het beroepsleven eigen gevolgen: zolang er kans op volledig herstel is, kan men van de getroffenene niet eisen dat hij zou uitzien naar een ander beroep dan hetgeen hij gewoon was uit te oefenen. Zodra echter het irreversibele karakter van de aandoening vaststaat, moet deze regel redelijkerwijze veranderen. Wanneer het nodig is, moet de getroffenene dan bereid zijn om een beter aan zijn situatie aangepast beroep op te nemen, voor zover hij daartoe de bekwaamheid heeft¹⁶.

Alle rechtsregimes die de beschadigde mens in de twee laatste eeuwen ter hulp zijn gekomen hebben met deze elementaire gegevens moeten afrekenen, maar ze hebben het probleem niet steeds op de-

Figuur 2 : DE MAAT VAN DE SCHADE VEREIST DOOR



¹³ Dl. 1, 1975, blz. 171, 324-325.

¹⁴ Met deze term bedoelen we de "persoon van dezelfde stand en met dezelfde opleiding" waarvan sprake in art. 56, § 1. De term "maatman" wordt in Nederland veelvuldig gebruikt voor dezelfde problematiek. Bv. voor de nieuwe Nederlandse A.A.W.: E.A. BOTH, *Algemene Arbeidsongeschiktheidswet*, Deventer, Kluwer, 1976, blz. 18 (zie ook Dl. 1, 1975, blz. 328). — Het is nodig met de referentie naar een maatman te werken omdat de tijd vooruitgaat, gedurende welke de getroffenene zelf geen loon meer verdient. Om de hypothetische verlenging van het referteloan (A) in een verre toekomst te projecteren (B) kan men slechts een beroep doen op de sociale norm (vergelijking met anderen die aan het werk blijven, m.a.w. met vergelijkingspersonen of maatmannen). Dl. 3, 1976, blz. 358-362.

¹⁵ Dl. 3, 1976, blz. 590-600.

¹⁶ J. VIAENE, "Begripsvorming inzake arbeidsongeschiktheid", *Belgisch Tijdschrift voor sociale zekerheid*, 1968, nr. 4, blz. 548-549 (voor de toepassing op de Z.I.V.: blz. 551).

zelfde wijze aangepakt. In het negentiende-eeuwse burgerlijk recht, private verzekeringsrecht en strafrecht begon men reeds zeer vroeg het onderscheid te maken tussen wat men noemde de "tijdelijke" (d.w.z. volledig herstelbare) en de "blijvende" gezondheidsschade¹⁷. Aan deze indeling werd langzamerhand ook het verschil gekoppeld tussen het evalueren t.o.v. het gewone beroep (tijdelijke schade) en t.o.v. een breder spectrum van beroepen (blijvende schade). Vooral nadat men de arbeidsongevallenverzekering verplicht begon te stellen (1884, Duitsland) werden deze begrippen en criteria, die ook in deze sector aan het gemene recht waren ontleend, nadrukkelijk ontwikkeld en verfijnd¹⁸.

Van bij haar prilste wettelijke organisatie (Duitse invaliditeitswet, 1889), aarzelde de Z.I.V. echter om deze instrumenten eveneens tot de hare te maken. Men beweerde dat er een principieel verschil zou bestaan tussen ongevallenschade en ziekteschade, waarbij de blijvende aard van de ongevallenschade wel en van de ziekteschade niet vastgesteld kon worden¹⁹. Daarom verkoos de Z.I.V. niet te werken met de begrippen "tijdelijke" en "blijvende" arbeidsongeschiktheid en voerde eigen kunstmatige, forfaitaire grenzen in tussen de ziekte-toestand en de invaliditeit; zo begon reeds in Bismarcks tijd de invaliditeit na een periode van 1 jaar ziekte²⁰. Maar deze artificiële begripsomschrijving — waartegen tot op onze dagen tevergeefs werd geprotesteerd²¹ — kon niet verhinderen dat er nog altijd behoefte bleef bestaan aan professionele criteria voor de evaluatie van zieken en invaliden.

Aldus moest de Duitse wet van 1889 zelf reeds bepalen dat van de invalide verwacht wordt dat hij "nicht mehr in Stande wäre, durch die gewöhnlichen Arbeiten, welche seine bisherige Berufstätigkeit mit sich bringt, oder durch andere seinen Kräften und Fähigkeiten entsprechende Arbeiten" het minimumloon te verdienen²². In plaats van over "blijvende arbeidsongeschiktheid" sprak de Z.I.V. bijgevolg over "invaliditeit", maar zij knoopte er dezelfde professionele gemeenrechtelijke criteria aan vast.

Sindsdien is deze dubbelzinnige situatie in de Z.I.V. blijven bestaan; ze is in ons land nog wat duisterder geworden door de tekstherformingen die in 1955 en 1963 zijn ingevoerd²³. Het enge pro-

fessionele criterium van de "tijdelijke" arbeidsongeschiktheid (het gewone beroep) mag men volgens art. 56, § 1, maar aanwenden gedurende de eerste zes maanden arbeidsongeschiktheid, op voorwaarde natuurlijk dat het volledig herstel te voorzien is. Voor alle andere gevallen (primaire ongeschiktheid van meer dan zes maanden en invaliditeit) moet het bredere criterium van de "blijvende" arbeidsongeschiktheid (alle passende beroepen) worden gehanteerd, zelfs wanneer duidelijk vaststaat dat volledig herstel te verwachten is (vb. een gecompliceerde beenbreuk die acht maanden herstel vraagt).

Bovendien is er met art. 107 van het K.B. van 22 september 1955 — dat in België de in verval geraakte Bismarckiaanse formule bijna volledig heeft gerestaureerd²⁴ — iets zeer eigenaardigs gebeurd. Tot dan toe had men de genoemde professionele criteria in alle regimes slechts gehanteerd om het *restloon* (C) van de *getroffene* te evalueren²⁵. Maar nu werd voor het eerst bepaald — en dit werd overgenomen in art. 56, § 1, van de Wet van 9 augustus 1963 — dat het loon van de "maatman" (basisloon - B) geëvalueerd moest worden t.a.v. het gewone beroep (in geval van een binnen de zes maand te herstellen arbeidsongeschiktheid) of t.o.v. meerdere beroepen (in alle andere gevallen). Hier is duidelijk verwarring in de Belgische wetteksten geslopen²⁶. Redelijkerwijze zou men voor het bepalen van het basisloon van de maatman (B) moeten blijven bij het beroep dat de getroffene naar alle waarschijnlijkheid zelf uitgeoefend zou hebben was hij gezond gebleven; meestal is dit het "gewone" beroep, dat hij vóór de beschadiging uitoefende.

Uit de historische formules en uit de actuele tekst van art. 56, § 1, is echter wel af te lezen dat men eigenlijk nooit iets anders dan het redelijke (gemeenrechtelijke) voorbeeld bedoeld heeft. Zo zegt art. 56, § 1, 2e lid, dat van jongere origine is: "Indien de werknemer [de zieke of invalide werknemer uit art. 56, § 1, 1e lid] bovendien een beroepsopleiding heeft verworven tijdens een tijdvak van herstelling [bijgevolg tijdens de arbeidsongeschiktheid], wordt met die nieuwe opleiding rekening gehouden ter waardering van de vermindering van zijn vermogen tot verdienen."

O.i. wordt hier op de juiste wijze gesproken over een weerslag op het *restloon*, uitgeoefend door het aanleren van een nieuw beroep door de *getroffene*; er wordt niet gehandeld over een nieuw beroep dat

¹⁷ Dl. 1, 1975, blz. 81-100.

¹⁸ Dl. 1, 1975, blz. 101-161, 181-186.

¹⁹ Bij nadere studie blijkt dit niet juist te zijn. Cf. Dl. 3, 1976, blz. 591-592, 595-596.

²⁰ Dl. 1, 1975, blz. 172.

²¹ Dl. 1, 1975, blz. 325-326.

²² Dl. 1, 1975, blz. 171.

²³ K.B. 22 september 1955 (B.S., 25-27 september 1955) art. 107 en de Wet van 9 augustus (B.S., 1-2 november 1963), art. 56.

²⁴ Dl. 1, 1975, blz. 321-322.

²⁵ Ook in de Z.I.V. was dit zo. Cf. de zopas geciteerde Duitse tekst en de teksten van de wetsvoorstellen die bij ons vóór de eerste wereldoorlog werden ingediend. Dl. 1, 1975, blz. 177-178.

²⁶ J. VAN STEENBERGE laat eveneens horen dat de recente naoorlogse formuleringen van het ziekte- en invaliditeitsrisico niet tot de beste gerekend moeten worden. Dl. 1, 1975, blz. 321-326.

aan de maatman zou moeten worden toegeschreven (zoals in art. 56, § 1, 1e lid).

2° *Vervolgens moet nagegaan worden welk hypothetisch restloon (C) de beschadigde nog zou kunnen verdienen.*

Uit partiële arbeid of uit het opnemen van een andere, beter aangepaste, maar minder goed betaalde job zouden sommige zieken een zeker restloon kunnen verdienen. Gewoonlijk kan dit niet vanaf de eerste dag, maar met het oog op het herwinnen van het verloren gegaan gezondheidsniveau moet dit zo vlug mogelijk gebeuren. Vooral voor diegenen wier gezondheid op een lager peil evolueert blijft arbeid (zowel de agorale als de extra-agorale) een tegenkoppeling waaraan duidelijk behoefte is om het herstelproces te stimuleren. Is de deviantie zo slecht dat er van deze negatieve feedback in het geheel geen sprake meer kan zijn, dan verkeert de zieke op een gevaarlijk laag, uiterst labiel gezondheidspeil dat door de tijd heen moeilijk zal kunnen worden geconsolideerd. Veeleer is dan een geleidelijk afglijden te vrezen naar steeds slechtere niveaus (invaliderende invaliditeit)²⁷.

Zoals de werkloze zou de zieke bijgevolg moeten kunnen beschikken over zeer concrete mogelijkheden om aangepaste arbeid te vinden. Art. 56, § 1, 1e lid, legt hem echter reeds van in het begin het staken van "alle werkzaamheden" op; deze eis berust op de oude negatieve zucht naar controle (volgens het naïeve beginsel: "Men kan best zien wanneer iemand arbeidsongeschikt is aan het feit dat hij niet werkt"), en heeft onvermijdelijk een sterke anti-revaliderende uitwerking²⁸. Art. 56, § 2, dat als positief idee veel later is ontstaan, poogt dit al te absolute arbeidsverbod op te heffen, zonder nochtans de controle te kort te doen. Daar wordt gezegd dat de werknemer ten laste van de Z.I.V. mag blijven wanneer hij "een vooraf toegelaten arbeid hervat, op voorwaarde dat hij, van een geneeskundig oogpunt uit, een vermindering van zijn vermogen van tenminste 50 % behoudt". Deze jongere bepaling mengt op een onsamenvattende wijze medische en economische begrippen en laat vooral zien hoe men in latere tijden de voorkeur heeft gegeven aan het zogenaamde "zuiver medisch evalueren", waarover zo dadelijk meer.

De bedoeling lijkt in elk geval te zijn dat de adviserend geneesheer, vóór elke arbeidshervatting, zou oordelen over een *hypothetisch* restloon dat de

niet arbeidende zieke nog zou kunnen verdienen, wanneer deze naar zijn oordeel op een of andere wijze de arbeid zou kunnen hervatten²⁹. Niet zoals voor de werkloze, waar *in concreto* kan worden nagekeken welk loon er in een aangeboden bestaande arbeidspost nog zou kunnen worden verdiend, maar *in het economische ijl*e moet de adviseerend geneesheer voor de Z.I.V. uitmaken wat het restloon eventueel zou kunnen zijn. Waarom er van de in art. 56, § 1, lid 1, beschreven loonkundige evaluatie in de praktijk zo weinig terecht komt kan men nu reeds vermoeden. Onwezenlijke criteria leiden tot rechtsuitholling.

3° *Ten slotte moet er ingevolge de vergelijking tussen het hypothetische basisloon (B) en het restloon (C) meer dan 2/3 loonverlies (S) optreden*; in dit geval oordeelt art. 56, § 1, lid 1, dat de beschadigde mens volledig arbeidsongeschikt is.

Deze laatste voorwaarde was tamelijk realistisch in de 19e eeuw toen de lonen bijna uitsluitend ontstonden door een onbeschermd, individuele afspraak tussen werknemer en werkgever, op basis van het liberale vraag- en aanbodmechanisme. Een gehandicapte kon in die tijd weer aan de arbeid geraken als hij maar minder loon vroeg dan de gezonde.

In de 20e eeuw echter komen de lonen op een heel andere wijze tot stand. Tussen grote groepen (vakbonden, werkgeversverenigingen, Staat) worden afspraken gemaakt over minimumlonen, die toegekend moeten worden aan alle betrokken werknemers, ook aan de gehandicapten onder hen. Wiens restnuttigheid zulk loon niet meer waard is, raakt niet meer aan werk (tenzij men aan de werkgever subsidies betaalt)³⁰.

Hoewel de omstandigheden bijgevolg sinds de 19e eeuw volkomen veranderd zijn, is er aan de wettelijke Bismarckiaanse 2/3-regel nooit iets gewijzigd, zodat hij eigenlijk ook door de economische evolutie is uitgehold en onbruikbaar geworden (een reden te meer om zogenaamd "zuiver medisch" te evalueren, tegen de tekst van de wet in).

In ons voorbeeld is het effect duidelijk te zien: om volledig arbeidsongeschikt te zijn zou de universitair minder dan 1/3 van het loon van zijn maatman moeten verdienen, d.w.z. minder dan 103.644 fr. in 1977. Maar het minimumloon voor een volledige dagtaak van de minst betaalde ongeschoolde handlanger (loonschalen van de Staat), ligt

²⁷ Dl. 3, 1976, blz. 588-607.

²⁸ Zoals reeds is opgemerkt was de voorwaarde van werkonderbreking reeds voorzien in de eerste ziekteverzekeringswet van 1883. Dl. 1, 1975, blz. 166. Tot de laatste wereldoorlog stond de controle-idee centraal.

²⁹ In figuur 2 is dit restloon (C) met een door een stippellijn begrensd wit vlak afgebeeld omdat het enkel hypothetisch mag zijn, ingevolge de eis van het stopzetten van alle werk.

³⁰ Dl. 3, 1976, blz. 643-644.

reeds gevoelig hoger dan deze som!³¹ Zelfs wanneer men de grens zou verleggen naar 1/2, zoals art. 56, § 1, lijkt te willen doen voor degenen die de arbeid in zekere mate zouden kunnen hervatten, dan nog bereikt men een loon dat veel te laag ligt voor de sfeer waarin universitairen gewoonlijk werken³². De spanning tussen de lonen is immers sinds de negentiende eeuw in grote mate verminderd³³, wat op zijn beurt de Bismarckiaanse 2/3-regel bijna volledig onbruikbaar maakt.

De 19e-eeuwse evaluatiecriteria, opgelegd door art. 56, § 1, om de maat van de schade aan te duiden, zijn bijgevolg totaal verouderde instrumenten geworden. Heel ons evaluatierecht is trouwens nooit veel verder geraakt dan de economische principes van A. Marshall (1890)³⁴.

Samenvattend mag gezegd worden dat wat men in de wandel "de arbeidsongeschiktheid van meer of minder dan 66 %" noemt, ongetwijfeld een afgeleide is van een loonkundige evaluatie (het verschil maken tussen twee lonen)³⁵. Historisch was ze immers enkel als loonkundige en niet als medische evaluatie bedoeld³⁶. De loonkundige evaluatie is echter zeer vlug in onbruik geraakt. Omdat de loonvorming geleidelijk op een andere wijze gebeurde, kon men ze steeds minder au sérieux nemen. Maar er was reeds van het begin af een nog veel dwingend motief om er zoveel mogelijk afstand van te nemen. Om reden van het scherpe onderscheid dat

moest worden getrokken tussen het ziekte- en invaliditeitsrisico enerzijds en het werkloosheidsrisico anderzijds, zou de loonkundige evaluatie reeds zeer vroeg het voorwerp worden van twijfels en contestatie. Onmiddellijk nadat Bismarck voor het eerst de loonkundige evaluatie in zijn invaliditeitsverzekering had ingevoerd (1889) ontstond de discussie of men dan met de buiten het individu staande loon-evoluties op de markt al dan niet rekening mocht houden. Het loon van de maatman en het restloon kunnen immers op een redelijke wijze slechts bepaald worden met verwijzing naar wat op de arbeidsmarkt gebeurt. Op een liberale markt lagen de restlonen bij grote werkloosheid zeer laag zodat velen reeds in zulke omstandigheden heel vlug het 2/3 loonverlies haalden. In die beginperiode wilde de overheid echter in geen geval het werkloosheidsrisico (dat in Duitsland en elders slechts jaren later zou verzekerd worden) langs de omweg van de ziekteverzekering gaan betalen, en zo groeide ook op deze wijze zeer vlug een uitgesproken hang naar het "zuiver medisch evalueren" van de arbeidsongeschiktheid³⁷, tegen de tekst van de wet in.

Ook in ons land blijft de R.I.Z.I.V. er nog steeds angstvallig voor waken dat het werkloosheidsrisico niet met het ziekterisico vermengd wordt. Karakteristiek ter zake is een recent arrest van het Arbeidshof te Luik van 15 november 1976³⁸. Dit had te beslissen over het volgende geval: een vijftigjarige dakwerker was meer dan 1 jaar arbeidsongeschikt en bevond zich bijgevolg in het invaliditeitsregime, toen hij door de Geneeskundige Raad voor Invaliditeit op 3 september 1975 arbeidsgeschikt verklaard werd. Betrokkene betwistte deze beslissing aanvoerend dat hij nog altijd niet in staat was minstens een derde van het loon te verdienen van zijn maatman. Om dit aan te tonen verwees hij niet alleen naar zijn psychofysieke toestand, maar ook naar de slechte toestand van de arbeidsmarkt van zijn streek (Dinant). De Arbeidsrechtbank te Dinant had oor voor deze argumentatie en stelde een geneesheer-expert aan met als opdracht: "d'examiner la partie demanderesse et de dire si, eu égard aux dispositions de l'article 56 de la loi du 9 août 1963, elle possédait encore ou ne possédait plus à la date du 8 septembre 1975, une incapacité de travail donnant droit aux indemnités de l'assurance maladie invalidité et en outre, d'apprécier cet état d'incapacité en fonction non seulement d'un critère médical, mais également des facteurs sociaux et économiques qui, sur le marché de l'emploi, peuvent avoir éventuellement une répercussion sur la situation con-

³¹ De laagste loonschaal (40/2 — hulparbeider) geeft als beginwedge, in 1973, 129.744 fr. en na vier jaar activiteit 145.644 fr. K.B. 29 juni 1973 (B.S., 8 augustus 1973 en 25 september 1973).

In figuur 2 hebben we, als hypothetisch restloon (C) dat meer dan 2/3 lager moet liggen dan het basisloon van de maatman (B), niets anders kunnen tekenen dan het verloop van een partieel loon voor part-time werk dat 30 % van de normale dagtaak zou beslaan. We gaan er bovendien van uit dat de zieke universitair, na 1 jaar volledige arbeidsongeschiktheid, zulk part-time werk zou kunnen vinden zonder zijn anciënniteit te verliezen die hij sinds 1973 verworven had (we oordelen dus dat hij 30 % van zijn basisloon zou kunnen verdienen). De Bismarckiaanse 2/3-regel kan bijgevolg met veel moeite nog enkel voor part-time arbeid gehanteerd worden. Doch deze is in onze maatschappij zeer moeilijk te verkrijgen, zodat er niet veel praktische waarde meer overschiet.

³² Met het effect van de 1/3-regel had men trouwens reeds last onmiddellijk na het uitvaardigen van de invaliditeitswet van 1889. Men stelde dan reeds voor de breuk op 1/2 te brengen. Dl. 1, 1975, blz. 173.

³³ J. FOURASTIÉ, *Les 40.000 heures. Inventaire de l'avenir*, Genève, Laffont-Gauthier, 1965, blz. 142-143: "Un conseiller d'Etat gagnait en 1840 autant que 50 ouvriers mineurs, aujourd'hui autant que 6. Un directeur de ministère gagnait, en 1860, 7 fois plus que son rédacteur débutant; aujourd'hui 4 fois seulement. Les ouvriers professionnels gagnaient, jusque vers 1870, 3 fois ce que gagnaient les manoeuvres hommes adultes et 5 fois ce que gagnaient les femmes; aujourd'hui l'écart entre les hommes et les femmes s'est beaucoup réduit en Allemagne, et presque annulé en France; un professionnel gagne très rarement le double d'un manoeuvre."

³⁴ Dl. 3, 1976, blz. 533-540.

³⁵ Dl. 3, 1976, blz. 278-280.

³⁶ Dl. 1, 1975, blz. 175.

³⁷ Dl. 1, 1975, blz. 126-127, 166, 168-173.

³⁸ Arbeidshof Luik (afdeling Namen), 15 november 1976, reg. nr. 893/1976 (ongepubl.) waarbij het tussenvonnissen wordt hervormd van de Arbeidsrechtbank Dinant, 5 december 1975 (3e kamer) (ongepubl.).

crète dans laquelle se trouve la partie demanderesse".

Het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering kon met deze opdracht niet instemmen en voorzag zich in beroep met het argument dat het al dan niet beschikbaar zijn van arbeidsplaatsen geen reden is om de man ten laste te laten van het invaliditeitsregime³⁹.

Het Arbeidshof van Luik volgde het R.I.Z.I.V. en sprak zich uit voor de opvatting die sinds Bismarcks tijd praktisch onveranderd is gebleven: "Attendu qu'il est clair que ces critères (art. 56, Wet 9 augustus 1963) sont avant tout des critères généraux d'ordre médical et que s'ils permettent de prendre en considération des éléments tels que le sexe, l'âge et la formation, lesquels sont propres à l'individu, ils ne comportent par contre pas la moindre référence au marché de l'emploi d'une région déterminée" en wat verder: "qu'il n'appartient pas à l'expert d'apprécier l'incapacité de travail définie par l'article 56 en se référant, ne fût-ce que pour partie, aux possibilités concrètes de reclassement dans le cadre de l'économie d'une région déterminée: que les possibilités réelles de réinsertion des travailleurs dans le processus économique (compte tenu des disparités constatées au plan régional) qui sont l'un des objectifs fondamentaux de la politique de l'emploi et l'une des missions légales de l'Office national de l'emploi (O.N.E.m.) ne sauraient justifier des différences et en fin de compte des discriminations dans l'appréciation — que le législateur a voulu 'uniforme'⁴⁰ — de l'état d'incapacité de travail due à la maladie ou à l'invalidité."

³⁹ Uit de conclusie van het R.I.Z.I.V.: "Que si les professions qu'il est capable d'exercer ne lui sont cependant pas immédiatement accessibles du fait de la conjoncture économique, l'intéressé doit être rangé dans la catégorie des demandeurs d'emploi et éventuellement pris en charge par l'Office National de l'emploi mais certainement pas par l'appelant".

⁴⁰ Dit is een typische, steeds herhaalde maar nooit uitgekomen juridische verzuchting. De jurist hoopt dat, wanneer hij bij zuiver medische criteria blijft, iedereen op dezelfde wijze beoordeeld zal worden. Hij vreest dat er onbillijkheid zal ontstaan als er met het veranderende (economische) environment rekening wordt gehouden. Uit de enkele statistieken die we straks zullen tonen blijkt echter duidelijk dat er, niettegenstaande de zuiver medische evaluatie, onder meer grote verschillen zijn tussen mannen en vrouwen en tussen bepaalde streken (veel minder invaliden in Luik en Limburg dan elders, maar ze zitten in de werkloosheid ...). Maar in feite is dit cijfermateriaal niet nodig om te bewijzen dat de "medische criteria" niet in staat zijn voor uniformiteit te zorgen. De hele vraag is deze: is de mens wel uniform? Als de vraag negatief moet worden beantwoord dan staat het nastreven van uniformiteit gelijk met het nastreven van onrechtvaardigheid. Als het zo is dat ieder mens een ander lichaam en een andere geest heeft en in een andere sociale en ecologische situatie verkeert dan zijn medemens, dan eist de billijkheid dat met deze verschillen rekening wordt gehouden. Zeggen dat het menselijk lichaam "uniform" is aanvaardt zelfs de klassieke geneeskunde niet. Waar halen we dan het *recht* om uniformiteit te zoeken waar ze er niet eens is?

(Volgt dan een verwijzing naar gelijkaardige arresten van hetzelfde Hof)⁴¹.

Besluitend mogen we zeggen dat de geneesheer-expert in het kader van de Z.I.V.-regeling zich wel een idee moet vormen over het feit of de zieke al dan niet in staat is een derde van een bepaald loon te halen, maar om dit te doen moet hij het individu losscheuren van de sociaal-economische toestand waarin het verkeert⁴². M.a.w. hij moet een soort kunstmens vervaardigen, die ergens in een economisch vacuüm wordt opgehangen⁴³. Hoe men in zulk vacuüm nog lonen kan ontdekken waartussen een verschil moet worden gemaakt, zegt de rechter niet. De arme expert zal daar immers wel een mouw aan passen.

Daar waar de jurist in ernstige moeilijkheden raakt met zijn onderscheid tussen intra- en extrapersonlijke oorzakelijkheid poogt hij bijgevolg zijn neteligste problemen af te wentelen op een andere discipline: de geneeskunde. Uiteindelijk steunt het hele onderscheid tussen ziekteverzekering en werkloosheid op de magische onderscheidingsmacht van de geneesheer. Aan hem werd trouwens door de artt. 48 en 51 van de Wet van 9 augustus 1963 op de ziekte- en invaliditeitsverzekering opgedragen *zelfstandig* uitspraak te doen ter zake.

Volgens de klassieke opvattingen over de geneeskunde oordelen artsen enkel over verschijnselen die zich intrapersonlijk afspelen, zodat de jurist zich in hun handen relatief veilig voelt⁴⁴. Hij rekent op hun efficiënte hulp voor het in stand houden van zijn onderscheid tussen werkloosheids- en ziekteschade. De dag waarop de geneesheer tot de bevinding komt dat de ziekte niet enkel een psychosomatisch maar ook een situationeel gebeuren is, zodat geen onderscheid meer kan worden gevonden tussen intra- en extrapersonlijke oorzakelijkheden⁴⁵, op die dag komt het structurele onderscheid tussen werkloosheids- en ziekteverzekering in het gedrang. Precies omdat het juridisch onderscheid enkel op de klassieke geneeskunde is gebouwd, zal het ook met de klassieke geneeskunde verdwijnen.

B. De criteria van de werkloosheidsverzekering

De werkloosheidsverzekering, die overal jonger

⁴¹ Arbeidshof Luik (afd. Namen), 16 februari 1976, reg. nr. 774/1975, en 1 maart 1976, reg. nr. 728/1974 en 735/1975 (naar ons weten ongepubl.).

⁴² Hier gebeurt het kunstmatige abstraherende proces dat typisch is voor de Cartesiaanse mensopvatting: de mens wordt weggenomen uit zijn situatie waarmee hij nochtans onverbreekbaar verbonden is. Wat overblijft is geen mens meer, maar daar trekt men zich niets van aan. Dl. 3, 1976, blz. 55-67, 150, 535-536.

⁴³ Dl. 3, 1976, blz. 675-680.

⁴⁴ Dl. 3, 1976, blz. 61-65.

⁴⁵ Dl. 3, 1976, blz. 384-385.

is dan de ziekteverzekering⁴⁶, heeft zich volledig op deze laatste moeten afstemmen om haar eigen terrein af te bakenen en de persoonlijke oorzakelijkheid uit te sluiten.

Zij eist :

1° een onderbreking van de arbeid die niet door "eigen schuld of toedoen" is veroorzaakt, althans in de beginfase (artt. 134 en 135 van het K.B. van 20 december 1963). De onvrijwillige arbeidsonderbreking wordt ditmaal bijgevolg niet in het lichaam maar in de arbeidssituatie (environment) gezocht. De werkloosheidsverzekering weet echter ook dat een werkgever, wanneer hij tot ontslag moet overgaan, toevallig of moedwillig zijn keuze kan laten vallen op zieke of gehandicapte mensen die aan de arbeid zijn gebleven. Zulke risico's horen eigenlijk niet thuis in de werkloosheidsverzekering, meent men, want de oorzakelijkheid van het ontslag lijkt dan eigenaardig genoeg weer niet in extrapersoonlijke factoren maar in intrapersoonlijke elementen te liggen. Vandaar de tweede regel :

2° de criteria van art. 56 van de ziekteverzekeringswet mogen niet aanwezig zijn (artt. 134 en 135 van het K.B. van 20 december 1963). Het enige opmerkelijk juridisch verschil is dat de directeur van het gewestelijk bureau hier de beslissing neemt en niet rechtstreeks de geneesheer aangesteld door de R.V.A. Wel dient dezes advies te worden gevraagd. Maar de praktijk is zo dat van dit advies niet wordt afgeweken.

Aangezien de werkloosheid afgestemd is op de criteria van de ziekteverzekering, brengt dit met zich mee dat een reeks werknemers, die wel intrapersoonlijke "letsels of functionele stoornissen" vertonen, toch in de werkloosheid terecht komen omdat de mate waarin hun verdienvermogen is verminderd niet groot genoeg is.

In de werkloosheidsverzekering onderscheidt men dan ook drie soorten arbeidsgeschiktheid⁴⁷ :

Normale geschiktheid : Voor de markt beschikbare werkzoekenden die geschikt zijn om het beroep uit te oefenen waarvoor zij ingeschreven zijn ; zij moeten dus over de beroepsvaardigheid en het rendement beschikken die normaal geëist mogen worden van een werknemer van hun leeftijd in het-

zelfde beroep (sociale norm).

Gedeeltelijke geschiktheid :

a) Werkzoekenden (geschoolden, geoefenden of ongeschoolden) die slechts over een lichamelijke geschiktheid beschikken die geringer is dan voor het beroep gewoon nodig is.

b) Werkzoekenden voor wie karakteriële of morele factoren een ernstige handicap vormen voor wederinschakeling in het normale productieproces, onverschillig of het in hun oorspronkelijk beroep of in welke andere betrekking ook is.

c) Lichamelijk gehandicapte werklozen wier werdtewerkstelling afhankelijk is van een beroepsherscholing of een revalidatie.

Zeër beperkte geschiktheid : Lichamelijk of gedeeltelijk gehandicapte werkzoekenden die voor beroepsherscholing en/of revalidatie niet in aanmerking kunnen komen zodat zij nog slechts zeer moeilijk opnieuw in een normaal productieproces ingeschakeld kunnen worden.

De laatste twee categorieën werklozen bevatten dus de gehandicapten wier "letsels en functionele stoornissen" niet groot genoeg zijn om hen in de Z.I.V. te klasseren. Deze mensen worden geacht meer dan een derde van het loon van hun maatman te kunnen verdienen. In de wandel noemt men ze ook de minder dan 66 % arbeidsongeschikten.

§ 3. Het probleem van de wisselende oorzakelijkheid en de complicaties die eruit voortvloeien

Wie het loonverlies wil splitsen naar gelang van intra- en extrapersoonlijke oorzaken komt nog voor een ander zwaar probleem te staan : de oorzakelijkheid blijkt doorheen de tijd te veranderen.

Iemand die werkloos wordt kan na zekere tijd ziek worden, en vice versa. Vandaar dat werkloosheids- en ziekteverzekering voortdurend geplaatst worden voor de moeilijkheid van de overname van zieken die genezen zijn, maar geen werk meer hebben, of werklozen die ziek geworden zijn en niet meer geplaatst kunnen worden.

Ingevolge het zoeken naar afzonderlijke M- of E-causaliteiten wordt het schadeveld tussen werkloosheidsregime en ziekteverzekering verticaal verdeeld (figuur 3). De wisselende oorzakelijkheid

⁴⁶ Een goed historisch overzicht voor Duitsland, Frankrijk en Italië kan men vinden bij R. PALM, *Die Systeme der Arbeitslosenunterstützung in der Bundesrepublik Deutschland, in Frankreich und in Italien*, Berlin (proefschrift), 1962, blz. 3-67.

⁴⁷ Over deze administratieve indeling van de werklozen zoals ze door de R.V.A. uitgevoerd wordt, cf. Ministerie van Sociale Voorzorg, *Statistisch Jaarboek van de sociale zekerheid*, Brussel, 1976, blz. 129.

Om zich een idee te vormen van het relatieve aantal beperkt en zeer beperkt geschikten, cf. Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, *Jaarlijkse telling van de op 30.6.1976 in geschreven uitkeringsgerechtigde volledig werklozen*, collectie "Economische en sociale studies", Brussel, blz. 9-10.

Op 30 juni 1976 waren er op het totaal aantal werklozen

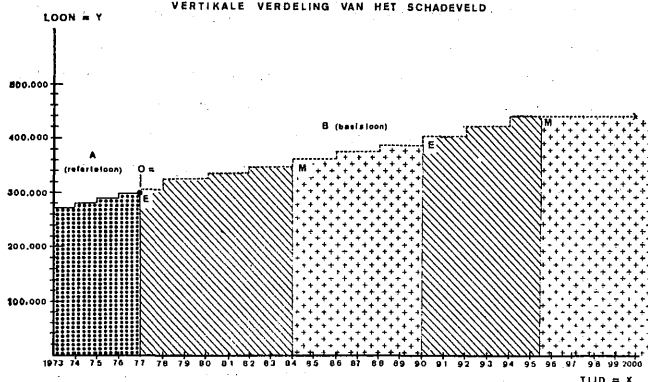
18 % gedeeltelijk arbeidsongeschikte mannen en 15 % vrouwen ; er waren 17 % zeer beperkt geschikte mannen en 5 % zeer beperkt geschikte vrouwen. Uit de figuren 12 en 13 (cf. infra) blijkt dat de invaliditeitsgraad bij de vrouwen duidelijk hoger ligt dan bij de mannen.

De R.V.A. vestigt in zijn laatstgenoemde publikatie (blz. 13-14) de aandacht op het feit dat de zeer beperkte arbeidsgeschiktheid een grote invloed heeft op de werkloosheidsduur. 70 % van de volledig werklozen met een zeer beperkte arbeidsgeschiktheid waren op 30 juni 1976 reeds meer dan 2 jaar werkloos ... Waar ligt hier nog het feitelijk verschil met de invaliditeitstoestand ? Hebben deze werklozen niet in concreto het bewijs geleverd dat zij, ten gevolge van hun "letsels en functionele stoornissen", niet meer in staat zijn meer dan een derde van het loon van hun gezonde alter ego te verdienen ?

zorgt bijgevolg voor een tijdsindeling van de schadel⁴⁸.

Figuur 3 : WISSELENDE OORZAKELIJKHEID E - M.—

VERTIKALE VERDELING VAN HET SCHADEVELD



Met deze versnippering van het schadeveld in tijdseenheden houden de moeilijkheden echter niet op. Andere juridische oorzakelijkheidssystemen (zoals die welke gebouwd zijn op de causaliteit van de fout of van het professioneel risico) zullen zorgen voor horizontale of omvangsindelingen van het schadeveld⁴⁹, zodat dikwijls combinaties moeten worden gemaakt van verticale en horizontale indelingen.

Voorbeeld : bij een arbeidsongeval zal de verzekeringsmaatschappij onderzoeken welk deel van het loonverlies door de gevolgen van dit ongeval verloren gaat en neemt er het geheel of een deel van te haren laste. Neemt ze slechts een klein deel voor haar rekening (bv. 20 % van het verloren loon), dan rijst ook iedere keer dat de getroffene ziek of werkloos wordt de vraag voor hoeveel de Z.I.V. of de werkloosheidsverzekering (of beide na elkaar) de resterende schade zal overnemen (cumulatieproblemen). Boven de horizontale verdeling van het schadeveld, aangebracht door de professionele oorzakelijkheid, komt dan een verticale te staan van de M-E-causaliteit. Aldus is het best te begrijpen waarom het juridisch spel met causale criteria tot enorme moeilijkheden bij de verdeling van het schadeveld leidt en waarom cumulatiebepalingen zo ellendig duister zijn. Hoe meer indelingen van het schadeveld, hoe onzekerder immers de schadebepaling wordt⁵⁰.

Besluit

De studie van het schadebegrip kan afgesloten worden met de vaststelling :

1. dat het enige criterium om een onderscheid te maken tussen werkloosheids- en ziekteschade een causaliteitscriterium is, steunend op een scheiding van intra- en extrapersoonlijke factoren ;

2. dat de aanwending van dit criterium echter aanleiding geeft tot ernstige problemen omdat de scheiding tussen M en E moeilijk uit te voeren is ; sinds zijn ontstaan in de 19e eeuw is het criterium praktisch ongewijzigd gebleven, zodat het dringend aan een herdenking toe is.

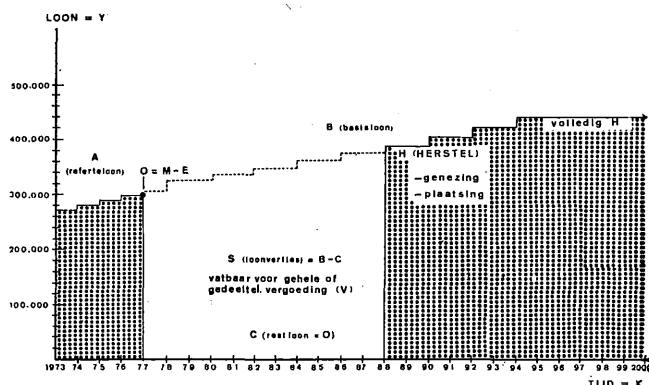
Afd. 2. De schadeloosstelling van de werkloosheids- en ziekteschade

De schadeloosstelling is het antwoord op de schade en draagt daarom steeds alle kenmerken van de wijze waarop men het schadeprobleem stelt⁵¹. Het is dus niet te verwonderen dat ook in onze schade-loosstellende acties dezelfde hang bestaat naar het uit elkaar plaatsen van acties die op de M(ens) en andere die op zijn E(nvironment) gericht zijn. De tekst van CEPESS is ter zake karakteristiek : de ziekteverzekering zou haar schade opheffen door intrapersoonlijke gezondheidszorg ; de werkloosheidsverzekering door extrapersoonlijke acties gericht op het verbeteren van de arbeidsmarkt.

Meer nog dan bij de studie van de schade zal bij het onderzoek van de schadeloosstelling tot uiting komen dat zulke scherpe scheiding onmogelijk vol te houden is in de juridische structuren. Zowel werkloosheids- als ziekteverzekering houden zich voornamelijk met intrapersoonlijke acties bezig en laten de extrapersoonlijke acties voor het grootste deel over aan andere instellingen.

*Schadeloosstelling bestaat reeds uit twee acties, die geen alternatieven maar complementen zijn : herstel en vergoeding (figuur 4)*⁵².

Figuur 4 : SCHADELOOSSTELLING VOOR WERKLOOSHEID (E) OF ZIEKTE (M)



48 Voor het verschil tussen tijds- en omvangsindelingen van het schadeveld : Dl. 3, 1976, blz. 318-320.

⁴⁹ De oorzakelijkheid is een van de meest gebruikte structurele verdeelsleutels. Dl. 3, 1976, blz. 648.

⁵⁰ Dl. 3, 1976, blz. 357-358.

⁵¹ Dl. 3, 1976, blz. 357-358.

52 Dł. 3, 1976, blz. 507-517.

1. De beste schadeloosstelling volgt uit het herstel:

— bij de zieke persoon volgt het herstel uit de genezing, maar ook uit de plaatsing wanneer hij geen werk meer heeft. Dikwijls is enkel gedeeltelijk herstel mogelijk, maar zelfs dit is te verkiezen, omdat aldus het schadeveld beperkt wordt⁵³;

— bij de werkloze persoon volgt het herstel uit de plaatsing, maar ook kan er genezing nodig zijn wanneer hij behoort tot de minder geschikten. Eveneens is hier dikwijls alleen gedeeltelijk herstel in een minder goed betaalde arbeidspost mogelijk, wat toch altijd beter is dan geen herstel.

2. Het herstel, hoe vlug en volledig ook uitgevoerd, laat in het verleden steeds een schadeveld achter. Dit kan fictief "goed" gemaakt worden door ersatzgoederen (vergoedingen) in de plaats te geven van het verloren loon. Het "vervangend" inkomen, door werkloosheids- en ziekteverzekering uitgekeerd, speelt deze rol: zulk inkomen ontvangen is nooit zo goed als een loon verdienen⁵⁴.

Bekijken we nu de gelijkenissen en de verschillen tussen het herstellen en vergoeden van werkloosheids- en ziekteschade.

§ 1. Het herstel

Wat er voor het herstel gedaan kan worden en gedaan wordt hebben we beknopt samengebracht in volgend schema (schema 5).

Schema 5: Herstellende acties voor ziekte en werkloosheidsschade⁵⁵

	Ziekte	Werkloosheid
Acties gericht op M	- psychosomatische zorg (Z.I.V.) - scholing, herscholing (Z.I.V.) - bemiddeling (Z.I.V.)	- psychosomatische zorg (Z.I.V.) - motivering (Werkl.) - scholing, herscholing (Werkl.) - bemiddeling (Werkl.)
Acties gericht op E	- sociale reclassering (R.S.R.M.V.) - beschermde werkplaatsen (Z.I.V. - R.S.R.M.V.) - reservering van arbeidsplaatsen (R.S.R.M.V. - Werkl.) - creëren van werkgelegenheid (Min. Arbeid - Economische Zaken)	- sociale reclassering (R.S.R.M.V.) - beschermde werkplaatsen (Werkl. - R.S.R.M.V.) - reservering van arbeidsplaatsen (Werkl. - R.S.R.M.V.) - creëren van werkgelegenheid (Min. Arbeid - Economische Zaken)

⁵³ In figuur 4 is enkel een voorbeeld van volledig herstel opgenomen. Voor meer uitleg, cf. dl. 3, 1976, blz. 509.

⁵⁴ Dl. 3, 1976, blz. 510.

⁵⁵ Afkortingen:

— Z.I.V. Ziekte- en invaliditeitsverzekering.

— Werkl.: werkloosheid.

— R.S.R.M.V.: Rijksfonds voor sociale reclassering van minder-validen. De "bemiddeling" zou ook geclasserd kun-

uit dit onvollledige en beknopte schema blijkt dat er geen scherpe verdeling loopt tussen de structuren naar gelang het om ziekte- of werkloosheidsschade gaat. Zowel het werkloosheidsregime als de ziekteverzekering heeft behoefte aan intra- en extrapersonlijke zorg om de schade te herstellen.

Indien alleen de situatie de oorzaak van werkloosheid was, dan zou de werkloosheid alle mensgerichte acties kunnen missen en vice versa. Dit blijkt niet het geval te zijn⁵⁶. Er lijkt dus fundamenteel iets te schorten aan de scherpe oorzakelijkheidsindeling tussen M en E.

§ 2. De vergoeding

Bekijken we nu even de vergoedende acties.

Wat de aard van de vergoedende acties betreft kunnen er geen verschillen bestaan voor de ziekteverzekering en de werkloosheidsverzekering. Beide kunnen immers alleen met geldelijke tegemoetkomingen het loonverlies compenseren, voor zover het herstel te kort schiet⁵⁷.

Wel is er een verschil in de omvang van de vergoedingen uitgekeerd door het werkloosheids- en ziekteverzekeringsregime, maar dit verschil werkt storend want het kan voor de getroffen een reden worden om een betere schadeloosstelling op te zoeken door zich te fixeren in het een of het andere regime. De verschillen vloeien voort uit het loonplafond dat niet gelijk is voor beide regimes, maar tevens uit een afwijkende regeling zodra de werkloosheid of de arbeidsongeschiktheid langer dan een jaar duurt.

De vergoedingen worden in beide regimes berekend op het "damnum emergens"⁵⁸, d.w.z. op het loonniveau dat de betrokkene bereikt had op het ogenblik waarop de schade begint (O). Er wordt

nen worden onder de acties gericht op E (informatie inwinnen bij de werkgevers). Wanneer men haar als doorgeven van informatie aan de zieke of werkloze opvat kunnen ze gezien worden als acties gericht op M. Eigenlijk is zij typisch een soort actie die gericht is op het essentiële verband M-E (samenbrengen van vraag en aanbod) en niet op M of E afzonderlijk.

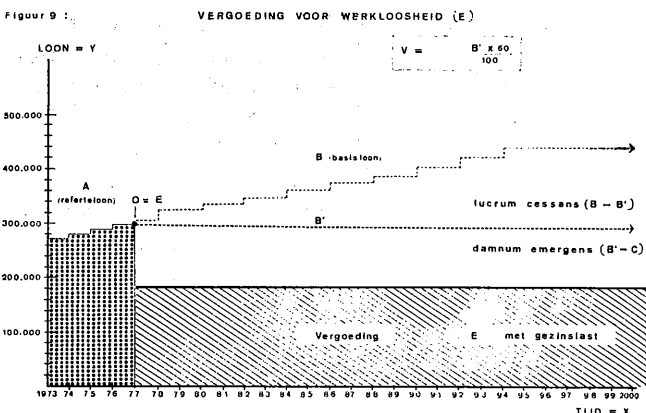
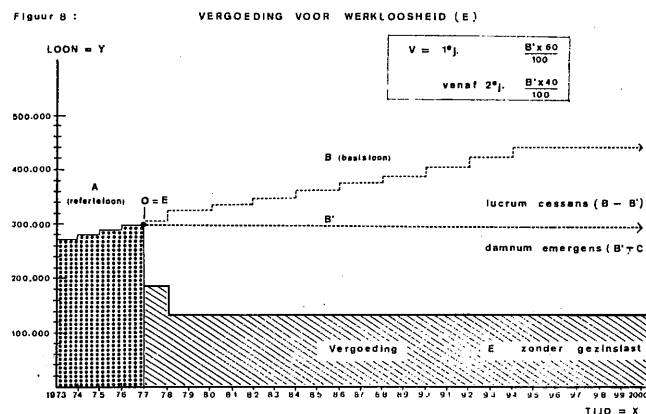
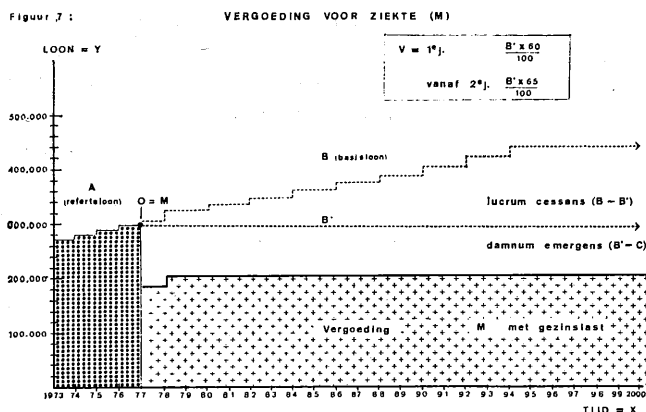
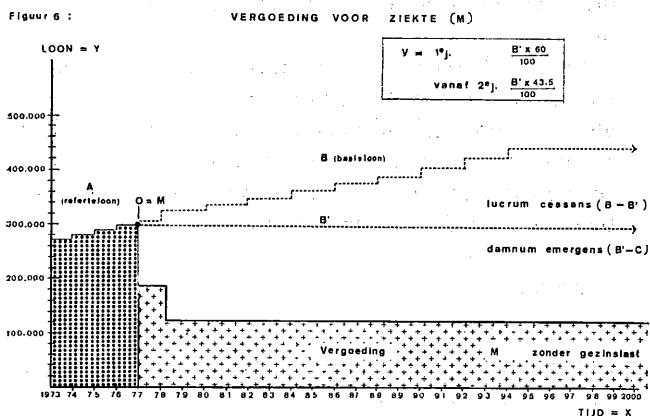
⁵⁶ Tekenend is ook dat er in de literatuur evenmin een scherpe scheiding bestaat tussen de herstelacties gericht op de zieken en de werklozen. De literatuur die handelt over de bestrijding van de werkloosheid wijdt zelfs een groot deel van haar aandacht aan topics waarmee ook diegenen begaan zijn die zich inspannen voor de revalidatie en de reclassering van zieken en invaliden. Omdat de werkloosheidsliteratuur uiteraard meer betrokken is op de concrete mogelijkheden van tewerkstelling op de moderne arbeidsmarkt, is ze zelfs dikwijls interessanter en realistischer. Enkele voorbeelden: D.W. TIFFANY, J.R. COWAN en P.M. TIFFANY, *The unemployed. A social-psychological portrait*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1970, 180 blz.; B.G. REUBENS, *The hard-to-employ: European programs*, New-York, London, Columbia Univ. Press, 1970, 420 blz.; J.A.M. VAN WEZEL, *Herintreding in het arbeidsproces. Een onderzoek onder werklozen (1970-1971)*, Tilburg, Gantotten, 234 blz.

⁵⁷ Dl. 3, 1976, blz. 522, 530-531, 533-538.

⁵⁸ Dl. 3, 1976, blz. 312-313, 318-326, 363-364.

bijgevolg vanuit het referteloan (A), verdiend juist vóór het optreden van de schade⁵⁹, een horizontaal basisloan (B') geprojecteerd, waaronder de "eigenlijke", meest zekere schade te vinden is (cf. figuur 6). In het sociale recht kwam tot nog toe enkel deze "eigenlijke schade" (damnum emergens) voor vergoeding in aanmerking⁶⁰. Het "lucrum cessans" (minder zekere schade) wordt enkel in het regime van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid als een principieel te vergoeden schadepost aanvaard. Men bemerke bijgevolg hoe men voor de *evaluatie van de schade* uitgaat van de hypothetische loonevolutie van de maatman (B), terwijl men voor de *schaodeloosstelling* opteert voor een "gelijk blijven" van het bereikte loonniveau (B').

Met volgende figuren (6 tot 9) kan duidelijk aangetoond worden welke verschillen er zijn in het geval van onze werkloze of zieke jonge universitair, al naar gelang hij alleenstaande is of gezinslast heeft. Het niveau van zijn B'-loan vertrekt van het hoogste niveau dat zijn referteloan (A) bereikt had : 300.192 fr. (loan van 1976)⁶¹.



⁵⁹ In beide regimes heeft men verschillende regels om het historisch A-referteloan op te sporen en uit te werken tot een B'-loan. Juridisch bestaan er bijgevolg verschillen tussen beide regimes maar deze zijn niet essentieel. Een van de gemakkelijkst te verwezenlijken hervormingen zou er trouwens in kunnen bestaan deze zuiver technische regels voor beide regimes gelijk te maken. Er is immers geen reden waarom een zelfde historisch loan aanleiding zou moeten geven tot verschillende bewerkingen. Dl. 3, 1976, blz. 665-667.

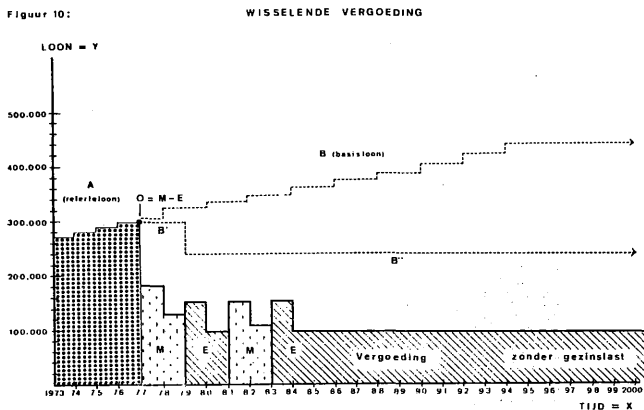
⁶⁰ Sinds de Wet van 16 juli 1974 op de binding van de vergoedingen aan de evaluatie van de welvaart (B.S., 24 juli 1974) is er wel voor de eerste maal een correctie aangebracht in deze situatie. Maar deze correctie wordt collectief berekend : er wordt niet uitgekeken naar het lucrum cessans van ieder getroffen afzonderlijk. Dl. 3, 1976, blz. 316.

⁶¹ In ons voorbeeld speelt het plafond geen rol, daar het einde 1976 op 554.000 fr. lag voor de ziekteverzekering en op 335.400 fr. voor de werkloosheidsverzekering. De berekening van de vergoedingen in ons voorbeeld zijn trouwens maar volgens de algemene regels uitgevoerd om het geheel niet te bezwaren.

Wanneer de oorzakelijkheid wisselt in de tijd treden er nog grotere verstoringen in de vergoedingen op (figuur 10), die er nog sterker voor kunnen zorgen dat iemand naar de werkloosheid of de ziekteverzekering zoekt te verhuizen. Bovendien is hier te ervaren hoe statisch ook ons sociaal schadevergoedingsrecht opgevat is⁶². Iedere soort loonverlies (M of E) betreft immers een eigen afgezonderde plaats in het schadeveld ; de opeenvolgende werkloosheids- en ziekte-toestanden doen zich voor als totaal nieuwe schadegevallen die met de vorige wei-

⁶² Over de statische opvatting van het burgerlijk schadevergoedingsrecht, cf. Dl. 3, 1976, blz. 242.

nig gemeen zouden hebben. Aldus bestaat er geen gemeenschappelijke regeling voor het vaststellen van het gederfde basisloon (B'), dat nochtans redelijkerwijze hetzelfde zou moeten blijven in geval van een wisselende opeenvolging van risico's. Ieder regime berekent telkens opnieuw het B'-loon, volgens de eigen regels. Soms geeft dit als resultaat dat het vorige B'-loon wordt behouden, maar soms komt men na een wisseling van regime ook bij een ander B-loon uit (B''), tegen alle logica in. Met de dynamische eenheid van de menselijke schade moet het sociale recht bijgevolg nog leren leven.



In figuur 10 is het effect te zien van deze statische denkwijze. Wanneer de zieke universitair na 2 jaar werkloos wordt, zal hij ingevolge art. 83^{quater}, § 4, van het M.B., 4 juni 1964 inzake werkloosheid een nieuw basisloon ontvangen (B''); nl. het "minimumloon, dat door het aanvullend paritair comité voor bedienden voor een bediende der niet-industriële bedrijven van categorie I vastgesteld wordt, rekening houdend met de leeftijd van de werknemer, op de datum van zijn aanvraag". In ons voorbeeld verkrijgt men aldus een B'-loon van 300.192 fr. voor 1977 en 1976 en een B''-loon van 241.000 fr. vanaf 1979. Eenmaal aangekomen op dit minimumloon kan betrokkene gelukkig niet meer lager!

Wanneer we de globale vergoedingspolitiek inzake Z.I.V. en werkloosheidsverzekering overzien, stellen we vast dat er vele verschillen bestaan die echter voor niets nodig zijn. Wel integendeel. De verschillen hebben iatrogene ziekmakende effecten: sommige mensen moeten zich in de invaliditeit inkapselen willen ze geen ernstig vergoedingsverlies lijden ten gevolge van een overgang naar de werkloosheid (bv. de persoon met gezinslast). Niet alleen verkeerde geneeskunde maar ook verkeerd recht kan bijgevolg invaliderend werken⁶³. Met het CEPES-standpunt dat de vergoedingspolitiek gelijkgescha-

keld moet worden in beide regimes stemmen we bijgevolg volmondig in. Het best kan dit gebeuren door het opstellen van gelijke regels voor het berekenen van het damnum emergens — dit zou trouwens op een uniforme wijze voor de hele sociale sector mogen geschieden⁶⁴ — en door het vaststellen van gelijke vergoedingsprocenten voor de diverse categorieën.

§ 3. De fundamentele antinomie tussen herstellen en vergoeden

Reikt de herstelactie niet hoog genoeg — d.w.z. kan ze slechts het niveau bereiken van wat de werkloosheidsverzekering of de ziekteverzekering als vergoeding aanbieden — dan is het voor de getroffen zeer moeilijk om de herstelinspanning (hervatting van het werk - genezing) op de eigen schouders te nemen. Deze inspanning vraagt immers tijd en offers en wordt niet gehonoreerd. Is het herstel niet aantrekkelijk dan zal het bijgevolg dikwijls niet nagestreefd worden.

Het omgekeerde is natuurlijk ook waar: ligt de vergoeding te hoog, dan is het zeer moeilijk om nog partiële herstelacties te voeren, om dezelfde redenen.

De problematiek van de antinomie tussen herstellen en vergoeden is dezelfde, zowel voor de ziekte- als de werkloosheidsverzekering. Zij kan in beide regimes slechts opgelost worden door een juiste dosering van herstel- en vergoedende acties en door het belonen van de herstelinspanning⁶⁵.

Besluit

In het algemeen mag dus gezegd worden dat er in de schadeloosstellende acties weinig redenen liggen om een onderscheid volgens de intra- en extrapersonlijke oorzakelijkheden te wettigen. Herstellende acties gericht op M en E zijn voor beide soorten schade nodig. De vergoedende acties moeten zelfs in beide regimes dezelfde zijn wil men langs iatrogene weg geen invaliden scheppen.

HOOFDSTUK II: Is er een essentieel onderscheid tussen werkloosheids- en ziekteschade?

Er zijn duidelijk problemen met het onderscheid dat de jurist tussen de werkloosheidsschade en de ziekteschade en tussen de beide vormen van schadeloosstelling wil vestigen. Hij beschikt daartoe immers slechts over één criterium: het verschil in oorzakelijkheid dat beide soorten schade lijkt te bepalen.

⁶⁴ Dl. 3, 1976, blz. 665-667.

⁶⁵ Voor een bredere bespreking van de antinomie tussen herstellen en vergoeden, cf. dl. 3, 1976, blz. 540-542.

⁶³ Dl. 3, 1976, blz. 676-677.

Dit criterium zou deugdelijk zijn indien er tussen intra- en extrapersoonlijke causaliteiten geen permanente wisselwerkingen speelden, maar dit lijkt niet het geval te zijn. De menselijke gezondheid lijkt niet alleen te resulteren uit wat binnen de huid gebeurt, maar ook onder meer door wat er op de arbeidsmarkt (een belangrijke sociale situatie) gaande is⁶⁶.

Naarmate het essentiële intense verband tussen de mens en zijn situatie scherper aan het licht komt, in diezelfde mate zal het oorzakelijkheids criterium aan deugdelijkheid inboeten.

In ons boek gewijd aan de evaluatie van de gezondheidsschade hebben we meer in het algemeen duidelijk pogen te maken dat het losscheuren van de mens van zijn situatie enkel tot gevolg heeft dat de geneesheer en de jurist met kunstmensen, met abstracte, onbestaande wezens gaan werken. Ook in het hier besproken deelprobleem is dit effect tot uiting gekomen. Maar er bestaan nog andere argumenten om de overtuiging kracht bij te zetten dat het foutief is een onderscheid te willen zoeken tussen psychosomatische en situationele oorzakelijkheden, omdat het menselijk gezond zijn precies resulteert uit het *samenspel* van beide elementen⁶⁷.

We willen niet terugkomen op wat we daaromtrent reeds geschreven hebben maar wensen hier alleen met een tweetal nieuwe aanduidingen deze overtuiging verder te staven, steeds blijvend op het beperkte terrein van de verhouding tussen werkloosheid en arbeidsongeschiktheid. Een belangrijke recente statistische studie lijkt te bevestigen dat er nauwe verbanden tussen de twee verschijnselen bestaan; en een historisch onderzoek doet beter begripen om welke redenen we op een bepaald ogenblik tussen zieken en werklozen een essentieel onderscheid zijn gaan maken dat vroeger niet bestond.

Afd. 1 : Het statistisch verband tussen werkloosheid en arbeidsongeschiktheid

Anderhalve maand geleden, op 26 oktober 1976, legde dr. med. Harvey Brenner van de John Hopkins Universiteit van Baltimore een studie neer die hij gemaakt had voor het Joint Economic Committee van het Amerikaans Congres van de V.S.

De titel ervan luidt : "Estimating the social costs of national economic policy : Implications for mental and physical health, and criminal aggression"⁶⁸.

De studie kreeg onmiddellijk weerklank in de wereldpers, omdat in het rapport wordt aangetoond dat er een statistisch significant verband lijkt te bestaan tussen langdurige veranderingen in de werkloosheidsgraad en de veranderingen in de mortaliteit, psychische stoornissen en criminaliteit die enkele jaren na de eerstgenoemde veranderingen optreden.

Voor zover uit een eerste studie kan worden geoordeeld lijken de resultaten indrukwekkend te zijn, maar ook — gezien tegenover de huidige evolutie van de werkloosheid — angstaanjagend.

Brenner heeft gepoogd over een lange periode, gaande van 1940 tot 1973-74, verbanden te zoeken tussen economische veranderingen en de gezondheidsevolutie. Hij bracht vooreerst de omvangrijke literatuur samen die reeds aan dit onderwerp gewijd is en geeft er ook een beoordeling van. Daaruit blijkt dat al sinds 1930 in verschillende studies becijferde verbanden werden aangetoond tussen werkloosheid en ziekte⁶⁹.

Brenner vult deze studies aan door een eigen onderzoek, waarmee hij poogt een meer algemeen overzicht over een langere termijn te maken. Zowel voor de evolutie van de economie als voor de evolutie van de gezondheid koos hij "indicators", die hij met elkaar zou vergelijken⁷⁰.

— Voor de *economische evolutie* gebruikte hij als indicator : het inkomen pro capite, de inflatie, de werkloosheid.

— Voor de *gezondheid* maakt hij een onderscheid tussen :

a) fysieke gezondheid : waarvoor hij de globale mortaliteitscijfers van de U.S.A. gebruikt, alsmede de mortaliteitscijfers van de cardiovasculaire en renale aandoeningen en van de levercirrhosis ;

b) mentale gezondheid : daarvoor kiest hij de cijfers van de zelfmoord en van de opname in psychiatrische instellingen van de Staat ;

c) criminaliteit : als teken voor de sociale gezondheid zoekt hij de cijfers op van doodslag en opsluiting in de gevangenissen.

Zijn cijfers werden verzameld voor de hele Verenigde Staten, maar getest aan de cijfers van drie deelstaten : New York, Massachusetts en Californië. Bovendien werd nog een toets uitgevoerd met de globale mortaliteitscijfers van Engeland-Wales en Zweden.

⁶⁶ Dl. 3, 1976, blz. 87-90, 111-115, 154-166, 181-196, 568-577, 625-628.

⁶⁷ Dl. 3, 1976, blz. 568-573.

⁶⁸ Joint Economic Committee, Congress of the United States, Achieving the goals of the employment act of 1946 — Thirtieth anniversary review. — Volume 1 : Employment - Paper n° 5. Estimating the social costs of national economic policy : implications for mental and physical health, and criminal aggression, Washington, 26 oktober, 1976, 229

blz. De studie werd uitgevoerd onder leiding van dr. med. Harvey Brenner, Associate Professor, Department of Social Relations, School of Hygiene and Public Health, The Johns Hopkins University, Baltimore. Ze wordt ingeleid door de voorzitter van het Joint economic committee senator Hubert H. Humphrey.

⁶⁹ H. BRENNER, *op. cit.*, 1976, blz. 25-45, 107-123 (147 bibliografische notities).

⁷⁰ H. BRENNER, *op. cit.*, 1976, blz. 9-23.

De voornaamste uitslag is dat er een significante statistische correlatie bestaat tussen één economische indicator — de werkloosheid — en de zeven gezondheidsindicators, terwijl deze correlatie niet zo duidelijk is voor de twee andere economische parameters (inkomen per hoofd en inflatie)⁷¹.

Brenner vond dat een verandering van de werkloosheidsgraad met één procent die gedurende vijf jaar wordt aangehouden, vijf jaar na deze verandering aanleiding geeft tot een verhoging of verlaging van de gezondheidsindicators, waarvan hij de cijfers in een tabel (figuur 11) samenbrengt⁷². Het effect van een opeenvolgende verandering in de werkloosheidsgraad is cumulatief⁷³.

Figuur 11 : IMPACT VAN EEN AANGEHOUDEN VERANDERING VAN 1 PROCENT VAN DE WERKLOOSHEIDSGRAAD IN DE U.S.A. (1940 - 1973)

GEZONDHEID	INDICATOR	IMPACT IN HET 5 ^E JAAR NA DE VERANDERING (1)
GEESTELIJKE	1 - ZELFMOORD	4,1 %
	2 - OPNAME IN PSYCHIA- TRISCHE INSTELLING VAN DE STAAT	3,4 % - MAN 4,3 % - VR. 2,3 %
LICHAMELIJKE	3 - MORTALITEIT LEVERCIRRHOSIS	1,9 %
	4 - MORTALITEIT CARDIOVASCULAIRE EN RENALE ZIEKTEN	1,9 %
	5 - TOTALE MORTALITEIT	1,9 %
SOCIALE (CRIMINALITEIT)	6 - OPSLUITING	4,0 %
	7 - DOODSLAG	5,7 %

(1) PROCENTUELE WIJZIGING VAN HET AANTAL GEVALLEN VALLEND ONDER DE INVLOEDSFEER VAN DE INDICATOR.

⁷¹ H. BRENNER, *op. cit.*, 1976, blz. 4.

⁷² H. BRENNER, *op. cit.*, blz. V; de tabel hebben we lichtelijk aangepast om duidelijker te maken waarvoor Brenner zijn indicators gebruikt. Hij zelf spreekt niet van "sociale gezondheid" maar gewoon van "criminal agression".

⁷³ Omgezet in onze visie op gezond-zijn en gezondheid betekenen Brenners bevindingen dat een langdurige slechte evolutie van één gezondheidsparemeter (in casu de sociale) op de duur moet leiden tot een deviantie van het globale systeem van zijn gezondheidstrend (d.w.z. zijn betere gezondheidshypothese). De tegenkoppelingsmechanismen uitgaande van de aanvankelijk niet gestoorde gezondheidsparemers kunnen immers zulke langdurige slechte evolutie niet blijvend opvangen. Cf. dl. 3, 1976, blz. 568-573 (voornamelijk figuur 42). Brenner maakte eigenlijk een soort becijferde illustratie van deze thesise en spreekt ons daarom ook sterk aan.

Ook de globale mortaliteit in Engeland en Zweden vertoont een dergelijk verband. Bovendien is het verband geldig voor elk geslacht, ras en leeftijdsgroep.

Brenner onderstreept herhaaldelijk dat hiermee geen oorzakelijk verband bewezen is en zijn verklaring dient ook hier ten sterkste benadrukt⁷⁴. Maar dat er een verband is kan niet worden tegengesproken.

Gewoon om onze eerste nieuwsgierigheid te bevredigen zijn we op zoek gegaan naar vergelijkbare cijfers voor ons land. Wanneer we willen blijven bij de verhouding tussen onze werkloosheids- en ziekte- en invaliditeitsverzekering, dan kan gedacht worden aan een vergelijking tussen de evolutie van de werkloosheidsgraad⁷⁵ en van de invaliditeitsgraad⁷⁶.

Met beide termen bedoelen we :

$$\text{Werkloosheidsgraad} = \frac{n \times 100}{N}$$

n = Aantal volledig werklozen op 30 juni⁷⁷

N = Totaal aantal verzekerden voor werkloosheid op 30 juni

$$\text{Invaliditeitsgraad} = \frac{n1 \times 100}{N1}$$

n1 = Aantal invaliden op 31 december

N1 = Totaal aantal verzekerden voor arbeidsongeschiktheid op 31 december.

Een voordeel van deze vergelijking is dat we bij een zelfde groep blijven : de verzekerden (N) zijn in beide groepen praktisch dezelfde. Een nadeel is echter dat we geen mortaliteitsstatistieken gebruiken zoals Brenner, maar invaliditeitscijfers. We voegen er ook de "primaire" arbeidsongeschiktheid (arbeidsongeschiktheid van minder dan 1 jaar) niet aan toe, om verschillende redenen :

a. er bestaan geen aangepaste statistieken verdeeld over het aantal getroffen, geslacht en streek ;

⁷⁴ H. BRENNER, *op. cit.*, 1976, blz. 3, 52-53.

⁷⁵ Bron : jaarverslagen van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening (R.V.A.), Brussel.

⁷⁶ Bron : Medische statistieken van de Rijksdienst voor Ziekte- en invaliditeitsverzekering (R.I.Z.I.V.), Brussel.

Men bemerkte dat er verwarring kan ontstaan met de term "invaliditeitsgraad". Deze heeft hier geen betrekking op de "omvang" van de invaliditeit die aan de getroffen individuueel wordt toegekend. We bedoelen alleen een frequentie, zoals met de "werkloosheidsgraad". Deze laatste term wordt internationaal gebruikt (ook door Brenner) zodat we verplicht zijn het equivalent van de invaliditeit een zelfde naam te geven.

⁷⁷ Om de seizoeninvloeden te weren (bv. winterwerkloosheid in het bouwbedrijf) is het voor de werkloosheidscijfers nodig de datum van 30 juni te nemen. De invaliditeitscijfers zijn alleen beschikbaar per 31 december.

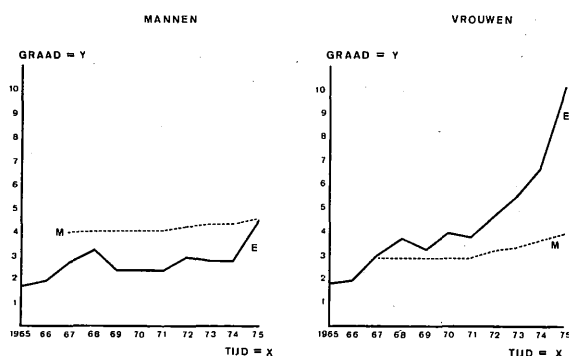
b. voor de kortdurende arbeidsongeschiktheid is de aanwezigheid van onderliggende pathologie dikwijls niet zo duidelijk als voor de invaliditeit waar men reeds minstens 1 jaar ziek is ;

c. tussen het heel kortdurend arbeidsverzuim en het langdurig arbeidsverzuim zijn er te grote verschillen in de gedragingen.

We kunnen hier vanzelfsprekend slechts enkele eerste indrukken geven. Toch lijken zich, mutatis mutandis, ook in onze cijfers de vaststellingen van Brenner te weerspiegelen.

1. Bekijken we eerst de *evaluatie van de werkloosheidsgraad en de invaliditeitsgraad van 1965 tot 1975*, bij vrouwen en mannen (figuur 12)⁷⁸.

Figuur 12 : EVOLUTIE VAN INVALIDITEITSGRAAD EN WERKLOOSHEIDSGRAAD (M) (E)



Vóór 1967 zijn geen cijfers van de invaliditeits-evolutie beschikbaar.

a. Bij de mannen is er vanaf 1966 tot 1974 een lichte aangehouden, tamelijk eenvormige stijging van de werkloosheid, gevolgd door een grote stijging in 1975.

Vijf jaar na de stijging van 1966 begint ook een relatief lichte stijging in de invaliditeitsgraad.

b. Bij de vrouwen ligt de werkloosheidsgraad hoger dan de invaliditeitsgraad (omgekeerd bij de mannen).

De werkloosheidsgraad stijgt in aanzienlijke mate vanaf 1966. Vijf jaar later, in 1971 begint ook een stijging van de invaliditeitsgraad, veel sterker dan bij de mannen.

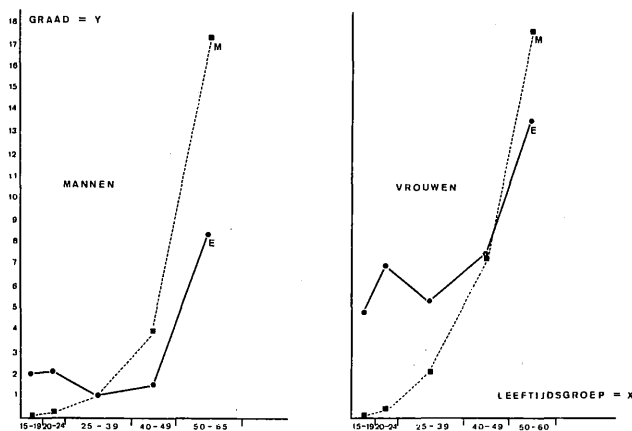
Wat ons de catastrofale verhoging van de werkloosheidscijfers van 1975 en 1976 zal brengen, wanneer deze niet tijdig gedrukt kunnen worden, kan men alleen maar raden ... en vrezen.

2. Wanneer we dezelfde gegevens per leeftijd of per regio willen nagaan, moeten we statistische

momentopnamen onderzoeken, omdat voor de invaliditeit deze cijfers maar nu en dan gepubliceerd worden.

Zo beschikken we voor 1974 over een verdeling *per geslacht en leeftijd* van beide coëfficiënten⁷⁹. Daaruit blijkt (figuur 13) :

Figuur 13 : INVALIDITEITS- EN WERKLOOSHEIDSGRAAD 1974 - PER GESLACHT EN PER LEEFTIJD



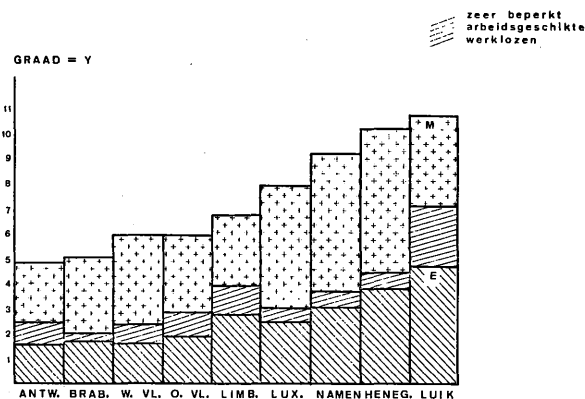
a. dat de werkloosheid bij de mannen niet zo hoog is als bij de vrouwen ;

b. dat de werkloosheid bij de vrouwen reeds zeer hoog ligt van in de jeugd ;

c. dat ook de invaliditeit bij de vrouwen vlugger optreedt en vanaf 25-jarige leeftijd krachtiger evolueert dan bij de mannen.

3. De recentste cijfers over de *regionale* verdeling van de invaliditeit dateren van 1970⁸⁰. We hebben de provincies geklasseerd volgens landstreek : Vlaanderen en Wallonië (figuur 14).

Figuur 14 : INVALIDITEITS- EN WERKLOOSHEIDSGRAAD - 1970
REGIONALE SPREIDING



79 Bronnen :

— R.V.A., Jaarverslag 1974.

— R.I.Z.I.V., Medische statistieken, Invaliditeitsdienst, 1974, dl. 2.

80 Bronnen :

— R.V.A., Jaarverslag 1970.

— R.I.Z.I.V., Medische statistieken, Invaliditeitsdienst, 1970, blz. 7.

78 Bronnen :

— R.V.A., Jaarverslagen 1965 tot 1975, Brussel.

— R.I.Z.I.V., Medische statistieken, Invaliditeitsdienst 1967 tot 1975, Brussel.

Uit dit diagram blijkt :

— dat de provincies met de meeste werkloosheid ook de grootste invaliditeit hebben. Alleen Luik maakt een uitzondering, maar deze is zeer interessant. In de werkloosheidsverzekering is er, zoals reeds gezegd, steeds een groep "zeer beperkte arbeidsgeschikten" aanwezig⁸¹. Deze groep hebben we in de E-oppervlakten met omgekeerde arceringen aangeduid. Duidelijk is dat er in Luik een groot deel mensen in de werkloosheid geklasseerd zijn, die in de andere provincies in de invaliditeit verkeren. Het beeld normaliseert zich wanneer deze groep bij de invaliditeit wordt gevoegd ;

— treffend is ook hoe uit de samenvoeging van werklozen en invaliden een veel stabiel beeld verkregen wordt dan uit de scheiding van beide groepen ;

— er is ook een duidelijk verschil tussen Vlaanderen (Brabant inbegrepen) en Wallonië : wie het meeste werklozen heeft heeft ook het meeste invaliden.

Het spreekt vanzelf dat uit deze eerste benadering alleen kan worden afgeleid dat er redenen bestaan om onze cijfers aan een grondig onderzoek te onderwerpen volgens het Amerikaans model. Meer mag er voorlopig niet als conclusie vooruitgezet worden.

Om deze statistische bedenkingen af te ronden moet er alleen nog even op gewezen worden dat Brenner enkel een duidelijke correlatie vond tussen de werkloosheid en de gezondheidsindicatoren en niet zozeer tussen de gezondheidsindicatoren en het inkomensniveau of het verlies van koopkracht door inflatie. De auteur trekt zelf geen besluit uit deze vaststelling. Maar mag hier niet de suggestie worden gemaakt dat het niet zozeer het geldelijk vermogen is dat het lichamelijk, psychisch en sociaal welzijn bepaalt, als wel het blote feit van al dan niet te kunnen werken ? Het al dan niet zich kunnen manifesteren als een nuttig wezen in een maatschappij, lijkt voor het gezond zijn van groter belang dan het geld dat men erdoor verdient⁸². De arbeid, zo heb ik in mijn boek betoogd, is een van de belangrijkste sociale tegenkoppelingsmechanismen in onze dagelijkse strijd om gezondheid te verwerven of te herstellen⁸³. De gezonde heeft arbeid nodig om ge-

zond te blijven, de zieke om terug helemaal gezond te worden.

Welk verschil is er dan nog tussen de werkloze gezonde en de arbeidsloze zieke ? Beiden zijn bedreigd, de ene wat meer dan de andere, omdat de ene op een beter gezondheidsniveau verkeert dan de andere. Maar dit niveauverschil schept geen essentiële classificaties want er zijn vele niveaus van gezondheid waarop de mensen zich kunnen bevinden⁸⁴.

Afd. 2. Waar komt het onderscheid tussen werkloosheid en ziekte vandaan ?

Met de historische argumentatie kunnen we heel wat korter zijn. In haar studie gewijd aan "Die Systeme der Arbeitslosenunterstützung in der Bundesrepublik Deutschland, in Frankreich und in Italien" van 1962 beschrijft Roswitha Palm hoe in de 18e eeuw, in de overgang van agrarische naar industriële maatschappij — maar mede onder invloed van de abstraherende filosofie van Descartes en zijn geestesgenoten — de scheiding voltrokken werd tussen de werklozen en de zieken, die men tot dan toe als een groep, als de "armen" had behandeld en benaderd⁸⁵.

Twee belangrijke stromingen staan bijgevolg aan de wieg van het strakke juridische onderscheid tussen schade veroorzaakt door intrapersoonlijke en extrapersoonlijke factoren :

1. De Cartesiaanse mensopvatting die precies gebouwd is op de overtuiging dat de mens een binnen zijn huid opgesloten wezen is dat met zijn omgeving niets uit te staan heeft en bijgevolg zonder bezwaar van zijn environment kan worden afgescheiden⁸⁶.

2. De industrialisatie op kapitalistische voet : deze had een zo groot mogelijke arbeidsreserve nodig om de lonen zo laag mogelijk te houden. Vandaar dat sommige economen van de 18e eeuw gingen pleiten om een onderscheid te maken bij het uitoefenen van de liefdadigheid : enkel nog hulp geven aan de zieken en niet meer aan de gezonden om deze te verplichten zich aan te bieden op de arbeidsmarkt⁸⁷.

Het is dezelfde industrialisatie die de huishoudelijke arbeid afgeschafte heeft als echte arbeid, onder meer om de vrouwen op de arbeidsmarkt te krijgen⁸⁸.

Ons sociaal recht werkt bijgevolg met criteria op wier afstamming het niet fier kan zijn. De Car-

⁸¹ Cf. supra, hoofdstuk I, afd. 1, B.

⁸² We beweren daarmee in gene mate dat de kwantitatieve welvaart van het individu geen belang zou hebben voor de gezondheid. Maar aan zulke welvaart moeten minimum- en maximumgrenzen worden gesteld (cf. Dl. 3, 1976, blz. 623-625). Sommigen pleiten ook voor een ontkoppeling van arbeid en inkomen : J.P. KUIPER, "Niet meer werken om den brode", in *Werken en niet werken in een veranderende samenleving*, Amsterdam, Swets & Zeitlinger, 1975 ; J.P. KUIPER, "Arbeid en inkomen : twee plichten en twee rechten", *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1976, nr. 3, blz. 501-512.

⁸³ Dl. 3, 1976, blz. 601-606. Zie ook J.P. KUIPER, "Arbeid en gezondheid : een theoretische inleiding", *Metamedica*, 1975, blz. 202.

⁸⁴ Dl. 3, 1976, blz. 560-563.

⁸⁵ R. PALM, *op. cit.*, 1962, blz. 25-27.

⁸⁶ Dl. 3, 1976, blz. 54-63.

⁸⁷ R. PALM, *op. cit.*, 1962, blz. 25.

⁸⁸ In een agrarisch milieu wordt de huishoudelijke arbeid ook nu nog als echte arbeid gezien. Niet alleen de boer "werkt", maar ook de boerin.

tesiaanse mensopvatting staat reeds lang bloot aan heftige kritiek in alle menswetenschappen⁸⁹. Ook het monopolie dat de industrie over de arbeid wil uitoefenen wordt meer en meer gecontesteerd⁹⁰. Het sociale recht zal zijn verouderd causaliteitscriterium bijgevolg niet eeuwig kunnen behouden.

BESLUIT : *Kan het ook zonder een onderscheid tussen werkloosheid en ziekte ?*

Wat zich in ons nog verzet tegen het afschaffen van het causale onderscheid tussen werkloosheid en ziekte is de bedenking dat we enerzijds toch duidelijk een groep gezonden hebben die morgen aan het werk kunnen gaan als er maar werk is, en anderzijds een groep zieken die even duidelijk van alle arbeid zijn uitgesloten.

Aan deze bedenking wordt reeds veel afgedaan als men het arbeidsbegrip verruimt tot wat het normaal zou moeten zijn : er is gelukkig veel meer arbeid in onze maatschappij beschikbaar dan de industriële en hij is dikwijls ook interessanter⁹¹. Alleen wil onze geïndustrialiseerde maatschappij deze arbeid niet maatschappelijk erkennen. Wat zeer erg is, want op deze wijze scheppen we kunstmatig een grote hoop werklozen en invaliden die niet meer nuttig zijn en die om reden van hun nutteloosheid ersatz moeten krijgen. Zouden we dezelfde gelden die we nu voor de nutteloosheid van de jeugd, van de vrouwen en van de derde leeftijd uitgeven, werkelijk niet kunnen toekennen om reden van het feit dat ze zich buiten de agorale sfeer nuttig maken : in de studie, onderwijs, in de dienst van ouderen en zieken, in de huishoudelijke arbeid ?

Als we het arbeidsbegrip verruimen blijven er nog zeer weinig zieken over die niet meer kunnen arbeiden en zeer weinig werklozen die geen arbeid

meer kunnen vinden. Maar zelfs nu, met ons agoraal arbeidsbegrip, zijn de uiterste groepen, de perfect gezonde werklozen en de zwaar zieke arbeidsongeschikten veel kleiner dan men denkt. Elke verschuiving in de economische toestand doet de middengroep trouwens aanzwellen of inkrimpen.

Bovendien, wie het oorzakelijkheids criterium aanhoudt kan er niet buiten deze pulserende midden-groep (zieke werklozen en werkloze zieken) een plaats te geven : hetzij in de werkloosheid, hetzij in de ziekte- en invaliditeitsverzekering. Maar waar is zijn juiste plaats ? In economische tegenspoed zal men hem naar de Z.I.V. willen verhuizen om de werklozencijfers te drukken ; en vice versa bij economische voorspoed.

Zou de goede oplossing bijgevolg niet zijn : afzien van het artificiële oorzakelijkheids onderzoek naar intra- en extrapersoonlijke factoren van loonverlies, om de werklozen en de zieken met één enkele structuur tegemoet te treden⁹². Binnen deze structuur zouden alle psychosomatische en situationele zorgen ter beschikking staan van werklozen en zieken om hun herstel zo goed mogelijk te bevorderen. De vergoeding zou voor beide categorieën dezelfde zijn, goed afgestemd op de prioriteit van de herstelacties. Om er geen logge administratie van te maken kan een betere verdeelsleutel dan het oorzakelijkheidsbeginsel worden ingevoerd : het ruimtelijk criterium⁹³. In relatief kleine regionale centra zou men de samenvoeging van werklozen en zieken best kunnen opvangen. Eén enkele medische substructuur⁹⁴ zou er voor de preventie en herstellende acties kunnen zorgen, ten dienste van degenen die als belangrijkste gemeenschappelijke kenmerk hebben dat hun gezondheid bedreigd is⁹⁵.

J. VIAENE

⁸⁹ Dl. 3, 1976, blz. 61-67.

⁹⁰ Dl. 3, 1976, blz. 134-137, 173-177, 429-432, 605-606. Ook in feministische milieus is men tot de overtuiging gekomen dat "Faire le ménage, c'est travailler". Een heel nummer van *Les cahiers du GRIF* (Groupe de Recherche et d'Information Féministes, Brussel) werd aan dit thema gewijd (februari 1974, nr. 2). De emancipatie van de vrouw begint inderdaad bij de emancipatie van alle arbeid, ook van de extra-agorale arbeid.

⁹¹ Dl. 3, 1976, blz. 137-143.

⁹² Dl. 3, 1976, blz. 651-656.

⁹³ De "oorzaak" als verdeelsleutel is een van de slechtste die men kan gebruiken. Deze waarheid geldt niet alleen voor de professionele oorzakelijkheid (omvangsverdeling van het schadeveld) maar ook voor de intra- en extrapersoonlijke oorzakelijkheid (tijdsverdeling van het schadeveld). Cf. Dl. 3, 1976, blz. 646-651 en 655.

⁹⁴ Dl. 3, 1976, blz. 660-665.

⁹⁵ In plaats van met lineaire oorzakelijkheden te werken zou onze gezondheidspolitiek aan systeemdenken moeten doen : denken in termen van *bedreiging* van de gezondheid (doel), waarop *bijgestuurd* moet worden om schade te voorkomen. Cf. Dl. 3, 1976, blz. 549-556, 577-588.

RECHTSPRAAK

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

28 JUNI 1977

President : de h. Kutscher

Kamerpresidenten : de hh. Donner en Pescatore

Rechters : de hh. Mertens de Wilmars, Sorensen, Mac-
kenzie Stuart, O'Keefe, Bosco en Touffait

Advocaat-generaal : de h. Mayras

Advocaat : mr. Guillot-Louys

Europese Gemeenschappen—Vrijheid van vestiging— Nieuwe lid-staat—Architect.

Luidens art. 52 E.E.G. omvat de vrijheid van vestiging de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.

De regel van de gelijke behandeling is een van de fundamentele rechtsvoorschriften der Gemeenschappen en, waar hij verwijst naar een geheel van wettelijke bepalingen die door het land van vestiging daadwerkelijk op de eigen onderdanen wordt toegepast, is hij naar zijn aard geëigend door de onderdanen van alle andere lid-staten rechtstreeks te worden ingeroepen.

Vanaf 1 januari 1973 geniet een onderdaan van een nieuwe lid-staat, die een bewijs kan overleggen, dat door de bevoegde autoriteiten van de lid-staat van vestiging als gelijkwaardig is erkend aan het in deze staat afgegeven en vereiste diploma, het recht van toegang tot en uitoefening van het beroep van architect onder dezelfde voorwaarden als de eigen onderdanen van de lid-staat van vestiging, zonder dat nadere voorwaarden aan hem kunnen worden tegengeworpen.

Patrick

Zaak 11/77

(...)

1. Overwegende dat het Tribunal Administratif de Paris bij beschikking van 3 januari 1977, ingeschreven ter griffie van het Hof op 25 januari 1977, krachtens artikel 177 EEG-Verdrag een vraag heeft gesteld over de uitlegging van de artikelen 52-54 EEG-Verdrag betreffende het recht van vestiging ;

2. dat deze vraag is gerezen in een geding tussen de Franse Ministre des Affaires Culturelles en een Brits onderdaan, houder van een in het Verenigd Koninkrijk door de Architectural Association afgegeven diploma van architect, die begin 1973 heeft verzocht om een vergunning voor de uitoefening van het beroep van architect in Frankrijk ;

3. Overwegende dat artikel 2, lid 2, eerste alinea, van de Franse wet van 31 december 1940 tot instelling van de orde van architecten en tot regeling van de titel en het beroep van architect bepaalt : «buitenlandse onderdanen zal worden vergund het beroep van architect in Frankrijk uit te oefenen op de voorwaarden van wederkerigheid zoals

bepaald in diplomatieke overeenkomsten, en na overlegging van bewijsstukken gelijkwaardig aan het van Franse architecten geëiste diploma» ;

4. dat de derde alinea van dit lid bepaalt : «niet onder een zodanige overeenkomst vallende buitenlanders kunnen bedoelde vergunning bij wijze van uitzondering verkrijgen» ;

5. dat volgens een ter uitvoering dezer bepaling gegeven ministerieel besluit van 22 juni 1964 de houders van diploma's, afgegeven door genoemde Architectural Association, worden geacht te voldoen aan de in voornoemd artikel 2, lid 2, gestelde voorwaarden voor gelijkwaardigheid van bewijsstukken ;

6. dat bij besluit van 9 augustus 1973 de door betrokkene aangevraagde vergunning werd geweigerd op grond dat volgens de bewoordingen van de wet van 31 december 1940 een dergelijke vergunning slechts bij wijze van uitzondering wordt verleend, wanneer tussen Frankrijk en het land van herkomst van de betrokkene geen wederkerigheidsovereenkomst bestaat, en dat bij ontbreken van een dergelijke specifieke overeenkomst op dit gebied tussen Lid-Staten der EEG en met name tussen Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk het EEG-Verdrag daarvoor niet in de plaats kan treden, daar de artikelen 52-58, betreffende de vrijheid van vestiging, voor de verwezenlijking dier vrijheid verwijzen naar richtlijnen van de Raad, die nog niet waren vastgesteld ;

7. Dat het Tribunal Administratif de Paris, alwaar een beroep tot nietigverklaring van dit besluit werd ingesteld, het Hof vraagt «of bij de stand van het gemeenschapsrecht op 9 augustus 1973, toen het bestreden besluit werd genomen, een Brits onderdaan gerechtigd was te zijnen behoeve het recht van vestiging in te roepen om in een Lid-Staat der Gemeenschap het beroep van architect uit te oefenen» ;

8. Overwegende dat luidens artikel 52 EEG-Verdrag de vrijheid van vestiging omvat de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan «overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld» ;

9. dat, naar het Hof heeft bevonden in zijn arrest van 21 juni 1974 (Reyners, zaak 2/74, Jurisprudentie 1974, blz. 631), de regel van de gelijke behandeling een van de fundamentele rechtsvoorschriften der Gemeenschap is en, waar hij verwijst naar een geheel van wettelijke bepalingen die door het land van vestiging daadwerkelijk op de eigen onderdanen worden toegepast, naar zijn aard geëigend is door de onderdanen van alle andere Lid-Staten rechtstreeks te worden ingeroepen ;

10. dat artikel 52, door de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging voor de oorspronkelijke Lid-Staten en hun onderdanen op het einde van de overgangperiode te fixeren, aldus een nauwkeurig omschreven resultaatsverplichting oplegt, welke nakoming moest worden vergemakkelijkt, maar niet geconditioneerd, door de geleidelijke uitvoering van een programma van maatregelen ;

11. dat het feit dat die geleidelijkheid niet in acht is genomen, de verplichting zelf na het verstrijken van de voor haar nakoming bepaalde termijn intact laat ;

12. dat tegen de rechtstreekse werking van de in artikel 52 vervatte regel van gelijke behandeling geen beroep kan worden gedaan op de omstandigheid dat de Raad heeft verzuimd de in de artikelen 54 of 57 voorziene richtlijnen vast te stellen of ook dat sommige van de wél vastgestelde richtlijnen de in artikel 52 genoemde doelstelling van non-discriminatie niet volledig zouden hebben verwezenlijkt ;

13. dat voor de toepassing van de regel van gelijke behandeling de in het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging bedoelde richtlijnen immers sedert het einde van de overgangperiode overbodig zijn geworden, daar deze regel sindsdien krachtens het Verdrag zelf volledig, met rechtstreekse werking, geldt ;

14. Overwegende met betrekking tot de nieuwe Lid-Staten en hun onderdanen dat bij gebreke van overgangsbepalingen in het Toetredingsverdrag van 22 januari 1972 ter zake van het recht van vestiging, het in artikel 52 vervatte beginsel sedert de inwerkingtreding van dit Verdrag, op 1 januari 1973, ten volle werkt ;

15. dat derhalve een Lid-Staat na 1 januari 1973 de uitoefening van het recht van vestiging door een onderdaan van een nieuwe Lid-Staat niet afhankelijk mag stellen van een exceptionele vergunning, voor zover die onderdaan voldoet aan de voorwaarden welke in de wetgeving van het land van vestiging gelden voor de eigen onderdanen ;

16. dat ten deze de rechtmatige eis in de verschillende Lid-Staten aangaande het bezit van diploma's voor de toegang tot bepaalde beroepen, voor de daadwerkelijke uitoefening van de vrijheid van vestiging een belemmering vormt, welke opheffing luidens artikel 57, lid 1, moet worden vergemakkelijkt door richtlijnen van de Raad voor de onderlinge erkenning van diploma's, certificaten en andere titels ;

17. dat echter de omstandigheid dat deze richtlijnen nog niet zijn vastgesteld, een Lid-Staat niet veroorlooft het daadwerkelijk genot dier vrijheid te ontzeggen aan een onder het gemeenschapsrecht vallende persoon, wanneer de in artikel 52 bedoelde vrijheid van vestiging in die Lid-Staat kan worden verzekerd krachtens met name de reeds geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen ;

18. dat derhalve op de gestelde vraag moet worden geantwoord dat vanaf 1 januari 1973 een onderdaan van een nieuwe Lid-Staat, die een bewijsstuk kan overleggen, dat door de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staat van vestiging als gelijkwaardig is erkend aan het in deze Staat afgegeven en vereiste diploma, het recht van toegang tot uitoefening van het beroep van architect geniet onder dezelfde voorwaarden als de eigen onderdanen van de Lid-Staat van vestiging, zonder dat nadere voorwaarden aan hem kunnen worden tegengeworpen ;

(...)

Het Hof van Justitie,

uitspraak doende op de door het Tribunal Administratif de Paris bij beschikking van 3 januari 1977 gestelde vraag,

verklaart voor recht :

Vanaf 1 januari 1973 geniet een onderdaan van een nieuwe Lid-Staat, die een bewijsstuk kan overleggen, dat door de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staat van vestiging als gelijkwaardig is erkend aan het in deze Staat

afgegeven en vereiste diploma, het recht van toegang tot en uitoefening van het beroep van architect onder dezelfde voorwaarden als de eigen onderdanen van de Lid-Staat van vestiging, zonder dat nadere voorwaarden aan hem kunnen worden tegengeworpen.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 5 NOVEMBER 1976

Voorzitter : de h. de Vreese

Raadsheer-rapporteur : de h. Van Leckwijck

Advocaat-generaal : de h. Declercq

Advocaten : mrs. A. Bayart en R. Bützler

I. Verbintenissen—Geldigheid van een rechtshandeling—Noodzakelijkheid van een oorzaak.

II. Schenkingen—Afstand in favorem—Rechtstreekse schenking.

I. De geldigheid van een rechtshandeling is onderworpen aan het bestaan van een oorzaak, behalve in de gevallen waarin de wet aanneemt dat de handeling op zichzelf kan bestaan en van haar oorzaak kan worden gescheiden.

II. De afstand van een nalatenschap ten voordele van personen aan wie ten gevolge van die afstand geen erfrecht toekomt, is een rechtstreekse schenking.

V. t/ D

Gelet op het bestreden arrest, op 30 april 1975 door het Hof van beroep te Brussel gewezen ;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 931, 1131, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat, na geconstateerd of beslist te hebben dat de echtgenoten René - Rosalie D. op 30 augustus 1960, bij afzonderlijke akten verleden voor notaris De Ruydts te Vilvoorde, elk aan hun overlevende echtgenoot gift onder levenden deden van het grootste gedeelte van hun goederen waarvan de wet hun toeliet in het voordeel van hun echtgenoot te beschikken ; dat Rosalie D. op 12 september 1966 overleed met het gevolg dat haar echtgenoot René V. haar enige erfgenaam werd daar gezegde echtgenoten geen kinderen hadden ; dat op 5 november 1966, dag waarop wijlen René V. begraven werd, door de twee broeders en de zuster van de overledene, namelijk Jeroom, Pamphile en Augusta V. enerzijds, en de familie D. anderzijds, werd overgegaan tot het ondertekenen van een onderhandse overeenkomst waarbij de ondertekenaars definitief en onherroepelijk beslisten alle bezittingen, zowel roerende als onroerende voortspruitende uit het huwelijk V.—D. openbaar of privaat te verkopen en de opbrengst hiervan, onder aftrek van kosten en erfenisrechten, regelmatig te verdelen voor 50 ten honderd aan de erfgenamen V. en 50 ten honderd aan de erfgenamen D. ; dat uit de gegevens van de zaak blijkt dat de partijen, die deze overeenkomst op 5 november 1966 ondertekenden, niet wisten dat door de echtgenoten V.—D. voormelde schenkingen op 30 augustus 1960 waren gedaan ; dat de partijen, behalve

Augusta V., op 12 november 1966 van notaris De Ruydts echter kennis kregen van het bestaan van de akten van 30 augustus 1960 ; dat Pamphile en Jeroom V. op 16 september 1967 zowel in eigen naam als krachtens een volmacht die hun door hun zuster Augusta was gegeven, een akte van vereffening-verdeling ondertekenden betreffende de nalatenschap van hun broeder René ; dat Augusta V. haar aandeel in die nalatenschap ontving ; dat eveneens op 16 september 1967 Pamphile en Jeroom V. evenals de consorten D. een bevestigingsakte van de overeenkomst van 5 november 1966 ondertekenden, doch dat enkele weken later de gebroeders Pamphile en Jeroom V. de terugbetaling vroegen aan de consorten D. van de bedragen die deze laatsten langs de notaris hadden ontvangen, het arrest de vordering van de eisers, strekkende tot het horen nietig verklaren van voormelde overeenkomsten van 5 november 1966 en 16 september 1967 en tot het horen bevelen van de vereffening en verdeling van de nalatenschappen van René V. en Rosalie D., ongegrond verklaart, op grond van de beschouwingen dat de overeenkomst van 5 november 1966 weliswaar was aangetast door een dwaling die het wezen van de zaak betrof, doch dat het niet ging om een verschoonbare dwaling ; dat de gebroeders Pamphile en Jeroom V. sinds 12 november 1966 wisten dat hun broeder René en zijn echtgenote elkander hadden begiftigd, zodat ze met hun zuster Augusta de enige erfgenamen van de overledene waren, aldus de overeenkomst van 5 november 1966 willens en wetens op 16 september 1967 hebben bevestigd en aldus afstand van een deel van hun erfrechten hebben gedaan ; dat echter afstand doen van een nalatenschap of een gedeelte ervan geen schenking is welke onderworpen is aan de bepalingen van artikel 931 van het Burgerlijk Wetboek en dat het ten deze gaat om een onrechtstreekse schenking, en meer bepaald een overdragende afstand,

terwijl, eerste onderdeel, nu uit wat het arrest constateert of beslist volgt dat de akte van 5 november 1966 tot voorwerp had de nalatenschap van wijlen René V., waarin alleen de broeders en zuster V. gerechtigd waren, bij gelijke delen onder de erfgenamen V. en de familie D. te verdelen en dat op die datum de erfgenamen V. niet wisten dat de familie D. geen rechten in die nalatenschap konden doen gelden en hieruit verder volgt dat deze overeenkomst voor de erfgenamen V. geen oorzaak had, noch in de vorm van een tegenprestatie door de familie D., noch in de vorm van een «animus donandi» vanwege de erfgenamen V., deze overeenkomst nietig moest worden verklaard overeenkomstig de bepalingen van artikel 1131 van het Burgerlijk Wetboek,

tweede onderdeel, het arrest nalaat te antwoorden op het middel door de eisers in hun conclusie afgeleid uit het feit dat voormelde overeenkomst van 5 november 1966 nietig was wegens gebrek aan oorzaak, welk gebrek aan antwoord gelijkstaat met een gebrek aan de door artikel 97 van de Grondwet vereiste motivering,

derde onderdeel, nu uit wat het arrest constateert of beslist, volgt dat de gebroeders Pamphile en Jeroom V. op 16 september 1967 willens en wetens afstand hebben gedaan van een deel van hun erfrechten ten bate van de leden van de familie D., die niet medeërfgerechtigden waren, het ten deze niet ging om een onrechtstreekse schenking in de vorm van overdragende afstand, maar om een schenking welke onderworpen was aan het vormvoorschrift van artikel 931 van het Burgerlijk Wetboek, en welke dienvol-

gens, daar zij niet bij notariële akte gebeurde, nietig moest worden verklaard,

vierde onderdeel, nu enerzijds voormelde akte van vereffening en verdeling van 16 september 1967 slechts de gebroeders en de zuster Pamphile, Jeroom en Augusta V. vermeldt als erfgerrechtigden in de nalatenschap van wijlen René V. en het geheel van die nalatenschap tussen voormelde broeders en zuster verdeelt, en nu anderzijds de bevestigingsakte van 16 september 1967 vermeldt dat Pamphile en Jeroom V. de helft van hun aandeel in de nalatenschap van hun broeder René V. afstaan, niet aan hun zuster Augusta, maar aan de leden van de familie D., hieruit volgt dat het arrest, door te beslissen dat gezegde akte van bevestiging geen eigenlijke schenking maar slechts een overdragende afstand inhield, de bewijskracht miskent welke door de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek wordt gehecht enerzijds aan gezegde akten van vereffening-verdeling van 5 november 1966 en anderzijds aan de akte van bevestiging van 16 september 1967 :

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat uit de procedurestukken blijkt dat de echtgenoten René V. - Rosalie D. op 30 augustus 1960 bij afzonderlijke notariële akten aan hun overlevende echtgenoot gift onder levenden hebben gedaan voor het grootste gedeelte van hun goederen waarvan de wet hun toeliet in het voordeel van hun echtgenoot te beschikken ; dat Rosalie D. op 12 september 1966 kinderloos overleed met het gevolg dat René V. haar enige erfgenaam was ; dat bij dezès overlijden zijn erfenis naar zijn broeders en zuster, Jeroom, Pamphile en Augusta, overging ; dat op 5 november 1966 voormelde erfgerrechtigden, enerzijds, en de familieleden van Rosalie D., anderzijds, de onderhandse akte ondertekenden welke in het middel is samengevat ;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de ondertekenaars van bedoelde akte op dat ogenblik geen kennis hadden van voormelde door de echtgenoten V.-D. gedane schenkingen ;

Overwegende dat niet wordt betwist dat de contractanten zich als medeëigenaars beschouwden van de bezittingen van Rosalie D. en René V. en het opzet hadden op de overeengekomen wijze een einde te maken aan de onverdeeldheid tussen de «erfgenamen V.» enerzijds en de zogenoemde «erfgenamen D.» anderzijds ;

Overwegende dat laatstgenoemden geen titel hadden om een deel van de «bezittingen uit het huwelijk V.-D.» bij boedelscheiding te verkrijgen, vermits, bij afwezigheid van onverdeeldheid, er geen verdeling van bedoelde bezittingen, voor de helft, tussen enerzijds de erfgenamen van de *de cuius* en anderzijds de familieleden van Rosalie D. kon geschieden ;

Overwegende dat de geldigheid van een rechtshandeling onderworpen is aan het bestaan van een oorzaak ; dat deze regel van toepassing is op alle rechtshandelingen en hierop slechts uitzondering bestaat in de gevallen waarin de wet aanneemt dat de handeling op zichzelf kan bestaan en van haar oorzaak kan worden gescheiden ;

Overwegende dat het arrest niet vaststelt dat de litigieuze overeenkomst zou kunnen worden uitgelegd als een vreemding van een deel van hun erfrechten door de erfgenamen V. aan de familieleden D., hetzij onder bezwarende titel hetzij om niet ;

Overwegende dat, nu uit wat voorafgaat blijkt dat de op

5 november 1966 door de eisers aangegane verbintenissen zonder oorzaak waren, het arrest, door te beschouwen dat kwestieuze overeenkomst niet zonder oorzaak was aangegaan, het in het middel aangehaalde artikel 1131 schendt ;
Dat het onderdeel gegrond is ;

Over het derde onderdeel :

Overwegende dat bij onderhandse akte van 16 september 1967 de erfgenamen van René V. tot vereffening van dezes nalatenschap overgingen en aan elk hunner zijn aandeel toebedeelden in de opbrengst van de verzuilverde goederen, onder aftrek van het passief, doch zonder uit onverdeeldheid te treden ten aanzien van een bakkerij te Zaventem ;

Dat bij onderhandse akte van zelfde datum, Pamphile en Jeroom V., enerzijds, en de familieleden van Rosalie D., anderzijds, overeenkwamen dat, bij bevestiging van de overeenkomst van 5 november 1966, eerstgenoemden de helft van hun aandeel uit de nalatenschap van de *de cujus*, zijnde de helft van de sommen hun bij voornoemde akten van verdeling toebedeeld, afstonden aan de laatstgenoemden welke er kwijting over gaven ;

Overwegende dat het arrest constateert dat de gebroeders V. de bevestigingsakte van 16 september 1967 ondertekenden wanneer zij van de door de echtgenoten V.-D. wederkerig gedane giften kennis droegen ;

Overwegende dat hieruit volgt dat de gebroeders V. wisten dat de familieleden van Rosalie D. geen medeërfgerechtigden waren ; dat derhalve de overdracht door de eerstgenoemden aan de laatstgenoemden van de helft van de hun toebedeelde bedragen uit de erfenis van de *de cujus*, geen verzaking uitmaakte ten bate van personen aan wie, bij wijze van aanwas, het aandeel van de verzakers van rechtswege zou toekomen, doch wel een schenking aan personen aan wie geen erfrecht, ingevolge de verzaking, kon toekomen ;

Dat voormelde overdracht niet werd verwezenlijkt door een akte met een ander, eigen statuut en eigen vormvoorschriften, maar door een akte waarvan de functie er precies in bestond de kosteloze overdracht met «*animus donandi*», dit is de schenking te verwezenlijken ;

Dat het dus ten deze gaat, niet om een onrechtstreekse, maar om een rechtstreekse schenking onderworpen aan artikel 931 van het Burgerlijk Wetboek ;

Dat, door te oordelen dat «afstand doen van een nalatenschap of van een gedeelte ervan niet schenken is ; dat het in onderhavig geval inderdaad maar om een onrechtstreekse schenking gaat en meer bepaald om een overdragende afstand (afstand in favorem)» en dat diensgevolge de vormvereisten van voormeld artikel 931 niet in acht moeten worden genomen, het arrest van vorenbeschreven akte van 16 september 1967 een interpretatie geeft die met de termen ervan onverenigbaar is en artikel 931 van het Burgerlijk Wetboek schendt ;

Om die redenen,

Vernietigt het bestreden arrest ;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de vernietigde beslissing ;

Houdt de kosten aan opdat erover door de feitenrechter zou worden beslist ;

Verwijst de zaak naar het Hof van beroep te Gent.

NOOT—*Afstand in favorem : rechtstreekse of onrechtstreekse schenking ?*

1. Het is bekend dat Belgische juristen — en in het bijzonder civilisten — vaak naar de Franse rechtsliteratuur grijpen om een gesteld probleem op te lossen. De talrijke hiaten in hun eigen rechtsleer en rechtspraak dwingen hen hiertoe. Deze vaststelling gold tot voor kort ook voor de materie die ons hier bezighoudt : de afstand van een nalatenschap en de exacte juridische kwalificatie ervan. In Frankrijk maakt deze materie het voorwerp uit van talrijke publikaties ¹ en rechterlijke beslissingen. In België daarentegen is het probleem nauwelijks aangeroerd. Vandaar het belang van bovenstaand arrest dat ter zake een duidelijk standpunt inneemt.

2. De feiten van het arrest zijn als volgt : in augustus 1960 ondertekenen de echtgenoten René V. en Rosalie D., rechtsgaangangers van de procespartijen, twee notariële akten waarbij zij elkaar wederzijds alles schenken waarover de wet hun toelaat te beschikken. Rosalie D. sterft in september 1966. Zij laat geen reservataire erfgenamen na. Haar echtgenoot, René V., sterft enkele maanden later. Hij laat als erfgenamen na zijn twee broers Jerome en Pamphile V., en zijn zuster, Augusta V. Op de dag van de begrafenis van hun broer ondertekenen de erfgenamen V., samen met de familieleden van de vooroverleden Rosalie D., een onderhandse akte waarin zij zich akkoord verklaren om alle bezittingen van het echtpaar V.-D. openbaar te verkopen en de opbrengst hiervan bij helften te verdelen, voor 50 % aan de erfgenamen V. en voor 50 % aan de familie D. Op het moment van het ondertekenen van deze akte zijn de erfgenamen V. echter totaal onwetend van de door hun rechtvoorganger afgesloten contractuele erfstelling zodat zij in de waan zijn dat de familie D. recht heeft op de helft van de nalatenschap. De ware toedracht van de zaak wordt hun slechts een achttal dagen later medegedeeld door de notaris die met de vereffening van de nalatenschap belast is. De erfgenamen V. volharden echter in hun besluit en — met uitzondering van Augusta V. die als kloosterzuster door haar oversten niet gemachtigd werd om afstand te doen van een deel van haar erfdeel — ondertekenen zij in september 1967 een onderhandse bevestigingsakte van de oorspronkelijke overeenkomst. De vereffening van de nalatenschap wordt afgesloten en overeenkomstig de hem gegeven instructies, verdeelt de notaris de nalatenschap in twee helften. Enkele weken later komen de erfgenamen V. op hun beslissing terug en eisen zij terugbetaling van de aan de familie D. uitgekeerde bedragen. Zij beweren dat zowel de oorspronkelijke onderhandse akte als de bevestigingsakte nietig zijn omdat ze niet voor notaris verleden zijn overeenkomstig art. 931 B.W. ; m.b.t. de oorspronkelijke overeenkomst doen zij bovendien een beroep op een tweede nietigheidsgrond nl. de dwaling.

3. Het Hof van Beroep te Brussel stelt de erfgenamen V. in het ongelijk. Ten aanzien van de ingeroepen dwaling verklaart het hof dat deze dwaling weliswaar het wezen van de zaak betreft maar dat zij onverschoonbaar is «daar elk redelijk en normaal mens in de toestand van de gebroeders V. eerst had moeten nagaan of er geen wederzijdse schenking door de *de cujus* en zijn vooroverleden echtgenote gedaan werd, zoals dit dikwijls gebeurt». M.b.t. het niet naleven van de vormvereisten van art. 931 B.W. verklaart het hof dat «afstand doen van een nalatenschap of van een gedeelte ervan niet schenken is, dat het in onderhavig geval inderdaad maar om een onrechtstreekse schenking gaat en meer bepaald om een overdragende afstand en dat de vormvereisten van art. 931 B.W. bij onrechtstreekse schenkingen niet in acht genomen moeten worden».

4. Hierop dienen de erfgenamen V. een voorziening in cassatie in. Twee cassatiemiddelen worden aangevoerd : de nietigheid van de oorspronkelijke overeenkomst wegens gebrek aan oorzaak en de schending van art. 931 B.W. Wat het eerste middel betreft, hiervoor bevestigt ² het Hof zijn reeds vroeger verdedigde theorie nl. dat de geldigheid van een rechtshandeling onderworpen is aan

¹ Zie o.m. S. LESSONA, «*Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil*», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1912, 361 ; P. RAYNAUD, «*La renonciation, à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil*», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1936, 763 ; Y. SEILLAN, «*L'acte abdicatif*», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1966, 686 ; J.J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Parijs, 1955, 250 ; A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Parijs, 1946, 133.

² Cass., 13 november 1969, *R.C.J.B.*, 1970, 326, met noot P. VAN OMMESLAGHE.

het bestaan van een oorzaak en dat hierop slechts uitzondering bestaat in de gevallen waarin de wet aanneemt dat de handeling op zichzelf kan bestaan en van haar oorzaak kan worden gescheiden. In casu is dit niet het geval. De verbintenis van de erfgenamen V. is volgens het Hof zonder oorzaak. Het middel is dan ook gegrond.

M.b.t. het tweede middel stelt het Hof dat de overdracht van de helft van de nalatenschap door de erfgenamen V. aan de familie D., onmogelijk als onrechtstreekse schenking gekwalificeerd kan worden daar zij niet verwezenlijkt werd door een akte met een ander, eigen statuut en eigen vormvoorschriften, zoals dit voor onrechtstreekse schenkingen vereist is, maar integendeel geschiedde door een akte waarvan de exclusieve functie er precies in bestond een kosteloze overdracht met animus donandi te verwezenlijken. Deze overdracht is dan ook een rechtstreekse schenking zodat het bestreden arrest de bepalingen van art. 931 B.W. schendt.

5. Bovenstaand arrest bevat een principiële stellingname in een van de meest duistere materies uit het schenkingsrecht: de afstand van een nalatenschap en de exacte juridische kwalificatie ervan.

Twee zaken dienen vooraf duidelijk te worden gesteld. Ten eerste het onderscheid tussen de abdicatieve afstand en de translatieve afstand, ook wel afstand in favorem genoemd. Ten tweede de bepaling van art. 780 B.W.

Afstand doen van een nalatenschap is in beginsel in het voordeel van de verwerpende erfgenaam wanneer de opgevallende nalatenschap oninteressant of gevaarlijk is.³ De erfgenaam verwerpt met de bedoeling zijn recht in de nalatenschap te doen vervallen, ervoor te zorgen dat het erfdeel waartoe hij geroepen is, niet in zijn patrimonium komt. In de gegeven omstandigheden is dit zijn enige bekommernis. Het laat hem volkomen koud te weten aan wie zijn erfdeel uiteindelijk zal worden toebedeeld. Hij beseft wel dat zijn afstand iemand anders ten goede zal komen doch dit is niet de drijfveer van zijn optreden. De precieze aanwijzing van de personen die uit zijn afstand profijt trekken, ontsnapt trouwens volkomen aan zijn wil en gebeurt uitsluitend op basis van de regelen van het ab intestato erfrecht. Een dergelijke afstand noemt men abdicatief. Daartegenover staat de translatieve afstand of afstand in favorem. Hier is het de verwerpende erfgenaam erom te doen zijn erfdeel aan één of meer specifiek door hem uitgekozen personen over te dragen. De afstand geschiedt hier uitdrukkelijk met de bedoeling deze personen een voordeel toe te kennen. De aanwijzing van de begunstigten van de afstand gebeurt niet langer door de wetgever maar wel door de verwerpende erfgenaam zelf. Een klassiek voorbeeld is de situatie waarbij een erfgenaam verschillende medeërfgenamen heeft en hij ten voordele van slechts één van hen verwerpt⁴. Het is evenwel perfect mogelijk dat de begunstigten van een translatieve afstand precies diegenen zijn aan wie ook het ab intestato erfrecht het vrijgekomen erfdeel bij wijze van aanwas zou toebedelen.⁵

Het criterium van onderscheid tussen de beide soorten afstand ligt dus in het door de verwerpende erfgenaam nagestreefde doel⁶:

³ Dit zal meestal samenvallen met de hypothese van een insolvente nalatenschap. Een onderzoek van de rechtspraak leert evenwel dat nalatenschappen ook om andere redenen verworpen worden. Zie o.a. Cass. fr., 27 mei 1961, D., 1962, 657, J.C.P., 1963, II, nr. 12973, Gaz. Palais, 1961, 25-27 oktober: een ziekelijke vrouw verwerpt een nalatenschap waartoe zij geroepen is om aldus de erfrechtelijke reserve van haar enige dochter, met wie zij sedert jaren in onmin leefde, niet te vergroten.

⁴ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII, 1, Brussel, 1962, p. 35, nr. 15; AUBRY en RAU, *Cours de droit civil français*, X, door E. BARTIN, 659, p. 574, voetnoot 8; *Jurisc. civil*, art. 931 C. Civ. «Donations entre vifs», door H. BLAISE, p. 23, nr. 167.

⁵ A. PONSARD, *Les donations indirectes*, Parijs, 1947, p. 139. Sommige auteurs schijnen hiervoor echter de term «abdicatieve afstand» te gebruiken. Zie o.m. A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, III, *Schenkingen en testamenten*, Antwerpen, 1947, p. 205, nr. 143; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, III, Parijs, 1914, p. 641, nr. 941.

⁶ Y. SEILLAN, *art. cit.*, p. 696, nr. 13; zie ook P. VOIRIN, noot onder Cass. fr., 27 mei 1961, J.C.P. 1963, II, 12973; J. BOULANGER, noot onder zelfde cassatiearrest, D., 1962, 657; Cass. fr., 6 juni 1973, D., 1973, p. 738, besproken door SAVATIER in *Rev.Tr.Dr.Civ.*, 1974, 438; Hof Brussel, 16 april 1969, *Pas.*, 1969, II, 163.

enerzijds louter doen vervallen van een recht, anderzijds animo donandi overdragen van een recht.

De abdicatieve afstand is een zuiver unilaterale handeling waarbij enkel de verwerpende erfgenaam optreedt. Zij veruiterlijkt zich door een verklaring op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg, overeenkomstig art. 784 B.W. De translatieve afstand daarentegen berust op een afspraak tussen de verwerpende erfgenaam en de begunstigde(n) van de afstand. Het is mogelijk dat de translatieve afstand zich veruiterlijkt door een verklaring van afstand op de griffie. Dit zal echter enkel mogelijk zijn wanneer de verwerpende erfgenaam van zijn totale erfdeel afziet en wanneer de persoon die hij wenst te begunstigen precies diegene is die ook het ab intestato erfrecht als zijn opvolgend erfgenaam aanwijst. Deze beide voorwaarden zijn cumulatief: het mechanisme van de verwerping door een verklaring op de griffie leent zich noch tot een gedeeltelijke afstand noch tot een afstand ten voordele van enkele specifiek bepaalde medeërfgenamen.⁷

Een tweede vooraf te vermelden bepaling is die van art. 780 B.W. Luidens dit artikel wordt hij die een nalatenschap verwerpt ten voordele van een of meer medeërfgenamen, geacht de nalatenschap te hebben aanvaard, ongeacht of de verwerping om niet dan wel onder bezwarende titel gebeurde. Dit vermoeden geldt evenwel niet voor een afstand ten voordele van alle medeërfgenamen, tenzij deze afstand onder bezwarende titel geschiedde. (art. 780, 2e lid B.W.)

6. Dient de afstand van een nalatenschap nu als schenking gekwalificeerd te worden?

Het is zonder meer duidelijk dat de zuiver abdicatieve afstand geen schenking inhoudt⁸. Per hypothese ontbreekt immers een van de essentiële bestanddelen van de schenking nl. de animus donandi. De verwerping geschiedt zonder bedoeling vanwege de verwerpende erfgenaam om wie ook daardoor te bevoordelen. Het essentieel unilaterale karakter van deze verwerping verzet zich tegen de kwalificatie van schenking. Anders liggen de zaken bij de translatieve afstand. Hier is iedereen het erover eens dat hij een schenking verwezenlijkt. De vraag is echter welk soort van schenking. Het antwoord hierop is o.i. niet eenvormig. Verschillende hypothesen moeten onderscheiden worden al naar gelang van de hoedanigheid van de personen die de verwerpende erfgenaam wil begunstigen. Zoals hierboven reeds gezegd is, kunnen dit ofwel alle wettelijke medeërfgenamen of opvolgende erfgenamen zonder onderscheid zijn, ofwel één of meer specifiek bepaalde erfgenamen, ofwel een derde. Enkel in de eerste hypothese ontsnapt de schenking aan de vormvereisten van art. 931 B.W. De twee laatste hypothesen daarentegen dienen als rechtstreekse schenkingen gekwalificeerd te worden zodat bedoelde vormvereisten hiervoor wel moeten worden nageleefd. Het verschil ligt in het feit dat in de eerste hypothese de begunstigten van de afstand het aandeel van de verwerpende erfgenaam van rechtswege, bij wijze van aanwas, krijgen toebedeeld terwijl in de twee andere hypothesen de begunstigten helemaal geen wettelijke titel hebben en integendeel uitsluitend krachtens een overeenkomst, gesloten tussen henzelf en de verwerpende erfgenaam tot de nalatenschap komen.

7. De situatie die veruit het meest aanleiding geeft tot controversen is die waarbij de verwerpende erfgenaam één of meer specifiek bepaalde medeërfgenamen wil begunstigen, m.a.w. de tweede hierboven geschetste hypothese. Overeenkomstig art. 780 B.W. dient deze situatie beschouwd te worden als een kortstondige aanvaarding van de nalatenschap gevolgd door een overdracht om niet⁹. Een niet onaanzienlijk deel van de rechtsleer ziet hierin een

⁷ Cass.fr., 15 november 1858, D.P., 1858, I, 433; Cass.fr., 6 juni 1973, D., 1973, 738, besproken door SAVATIER in *Rev.Tr.Dr.Civ.*, 1974, 438; Hof Brussel, 20 december 1967, *Pas.*, 1968, II, 124, en vooral p. 125 bovenaan; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, door J. MAURY en H. VIALLETON, IV, Parijs, 1956, p. 436, nr. 285.

⁸ DE PAGE, VIII, 1, p. 600, nr. 505, en p. 35, nr. 15; A. KLUYSKENS, *op. et loc.cit.*; R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, III, Brussel, 1971, p. 473, nr. 777, p. 583, nr. 988; J.J. DUPEYROUX, *op.cit.*, p. 250, nr. 240; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, door A. TRASBOT en Y. LOUSSOUAÏRN, V, Parijs, 1957, p. 541, nr. 419; H.L., en J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, IV, 2, door M. DE JUGLART, 1972, p. 632, nr. 1475.

⁹ A. KLUYSKENS, *op. et loc.cit.*; Hof Brussel, 20 december 1967, *Pas.*, 1968, II, 124; Hof Lyon, 11 juli 1908, D.P., 1910, II, 100, *Rec. Gén.*, 1910, nr. 14880, p. 463.

onrechtstreekse schenking¹⁰. Dit lijkt ons aanvechtbaar. Het volstaat het wezen van de onrechtstreekse schenking te onderzoeken om dit te bewijzen.

Een schenking is onrechtstreeks wanneer ze, los van iedere veinzing, verwezenlijkt wordt door een akte met een eigen autonoom statuut die een voordeel toekent, hoewel dit niet haar specifieke of exclusieve functie is¹¹. De indirecte schenking ontsnapt aan de vormvereisten van art. 931 B.W. omdat zij precies haar vorm ontleent aan deze andere autonome akte¹². Welnu, in onze uitgangshypothese — afstand ten voordele van één of meer specifieke bepaalde erfgenamen — is er geen enkele autonome akte voorhanden die in staat is als neveneffect een vermogensverschuiving om niet te verwezenlijken. De verwerpende erfgenaam heeft immers per hypothese geen verklaring van afstand afgelegd op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg aangezien dit procédé ongeschikt is om specifiek bepaalde medeërfgenamen te bevoordelen. De enig voorhanden zijnde akte is een overeenkomst tussen de verwerpende erfgenaam en de begunstigten van de afstand waarbij de ene er zich toe verbindt afstand te doen van de nalatenschap waartoe hij geroepen is en de anderen dit voordeel aanvaarden. Het lijkt ons duidelijk dat deze overeenkomst niet thuishoort onder de categorie van handelingen die een onrechtstreekse schenking kunnen verwezenlijken. Haar exclusieve en specifieke doel bestaat er immers juist in een overdracht animo donandi te realiseren. Wij hebben dan ook niet met een onrechtstreekse maar met een rechtstreekse schenking te doen¹³.

Toch dienen wij vast te stellen dat de Franse rechtspraak deze redenering over het algemeen niet volgt. In een bekend arrest van 1858 verklaart het Franse Hof van Cassatie dat het afstand doen van een nalatenschap ten voordele van één of meer specifieke erfgenamen, niet aan de vormvereisten van art. 931 C. civ. onderworpen is. Het Hof gebruikt hiertoe de volgende bewoordingen: «Attendu que, en admettant au même titre que la donation, vente ou transport, la renonciation gratuite de l'un des héritiers au profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers, la loi n'en a pas déterminé la forme et notamment ne l'a pas soumise aux règles et conditions des actes portant donation entre vifs»¹⁴. De Franse rechtsleer is meer verdeeld¹⁵. Een meerderheid schijnt evenwel te opteren voor de kwalificatie van de rechtstreekse schenking, zij het dan op grond van niet altijd even duidelijke motieven¹⁶. Zij wordt hierin gevolgd door de Belgische rechtspraak, althans voor zover zij zich ooit over dit specifieke deelprobleem diende uit te spreken¹⁷. De Page, Dekkers en Kluyskens daarentegen sluiten zich aan bij de Franse rechtspraak en kiezen voor de kwalificatie van de onrechtstreekse schenking¹⁸. Zij zetten zich hierbij af tegen oudere auteurs die halsstarrig — doch terecht — de theorie van de rechtstreekse schenking verdedigen¹⁹.

Ons lijkt de demarcatielijn tussen rechtstreekse en onrechtstreekse schenking duidelijk²⁰: vanaf het moment dat de verwerpende erfgenaam het normale door de wet bepaalde gevolg van zijn afstand wijzigt, m.a.w. vanaf het moment dat hij luidens art. 780 B.W. geacht wordt de nalatenschap te hebben aanvaard, is er een rechtstreekse schenking.

Gelet op de bepaling van art. 780 B.W. is de hele situatie immers niets anders dan een beschikking vanwege de verwerpende erfgenaam over een bestanddeel van zijn vermogen²¹. Zo deze beschikking om niet gebeurt, dan dienen hiervoor de voorgeschreven vormvereisten te worden nageleefd. Het formalistische schenkingsrecht duldt geen eigendomsoverdracht om niet door eenvoudige mondelinge afspraken of onderhandse akten²².

8. Een volgende te behandelen hypothese betreft de afstand ten voordele van niet-erfgenamen of derden. De weinige auteurs die deze hypothese ooit onderzocht hebben, zijn het er roerend over eens dat deze afstand een rechtstreekse schenking uitmaakt²³. In het licht van de hierboven uiteengezette principes lijkt deze zienswijze logisch. Men heeft immers een rechtstreekse schenking telkens als de verwerpende erfgenaam zijn erfdeel overdoet aan een persoon die hiertoe geen wettelijke roeping heeft, een persoon die dit erfdeel niet bij wijze van aanwas door de wet zelf krijgt toebedeeld. Daarbij dient men geen onderscheid te maken al naar gelang deze persoon een selectief uitgekozen medeërfgenaam is of een derde. In beide gevallen immers wijzigt de verwerpende erfgenaam het normale door de wet geregelde gevolg van zijn afstand. In beide gevallen wordt hij geacht de nalatenschap te hebben aanvaard²⁴ zodat hij in beide gevallen in feite over zijn erfdeel beschikt. Gebeurt dit om niet, dan dienen de vormvereisten van art. 931 B.W. gerespecteerd te worden. Is de rechtsleer het hierover eens, in de rechtspraak vindt men veel minder eensgezindheid. Sommige vonnissen en arresten bevestigen de zienswijze van de rechtsleer²⁵, andere kwalificeren deze afstand echter als een onrechtstreekse schenking. Van deze laatste categorie uitspraken is de bekendste die van de «Cour de révision judiciaire de Monaco» van 6 mei 1955²⁶. Hierin beslist het Hof dat de afstand door een zoon van zijn vaderlijk erfdeel met de bedoeling dit aan zijn moeder ten goede te doen komen, een onrechtstreekse schenking uitmaakt en bijgevolg bij gewone brief kan gebeuren. In een kritische noot onder dit arrest verklaart Ripert het hiermee niet eens te zijn. De authentieke vorm is vereist om de wilsuiting van de schenker te beschermen. Het zou verkeerd zijn, aldus Ripert, om schenkingen door onderhandse akten toe te laten, zeker wanneer deze schenkingen in familiaal verband plaatsgrijpen. Het gevaar voor beïnvloeding en suggestie is hier verre van denkbeeldig.

Het hierboven afgedrukte cassatiearrest schijnt de redenering — geen onderscheid tussen enerzijds de afstand ten voordele van enkele specifiek aangeduide medeërfgenamen en anderzijds de afstand ten voordele van een derde en beide als rechtstreekse schenking kwalificeren — te volgen. Volgens het Hof kan immers enkel sprake zijn van een onrechtstreekse schenking wanneer de begunstigten van de afstand die personen zijn aan wie het aandeel van de afstandoenden van rechtswege, bij wijze van aanwas, zou toekomen. Deze voorwaarde is noch bij de specifiek aangewezen medeërfgenaam, noch bij de derde, vervuld.

9. Een derde en laatste hypothese tenslotte is die waarbij de verwerpende erfgenaam precies die personen wil begunstigen die ook krachtens een normale toepassing van de aanwasregelen uit het ab intestato erfrecht, tot het vrijgekomen erfdeel gekomen zouden zijn. Om zijn begiftigingswens te verwezenlijken is het

droit civil», nr. 92, *Rev.Tr.Dr.Civ.*, 1907, 649; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, Brussel, 1865, p. 30, nr. 84.

²⁰ Zie het goed gemotiveerde vonnis van de Rb. Doornik, 14 maart, 1905, gec.

²¹ G. RIPERT en J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, IV, Parijs, 1959, p. 1063, nr. 3337; J.J. DUPEYROUX, *op.cit.*, p. 264, nr. 257; H., L. en J. MAZEAUD, *op.cit.*, p. 347, nr. 1092.

²² Zie uitvoeriger G. RIPERT, noot onder Cour de révision judiciaire de Monaco, 6 mei 1955, D., 1956, 472-473.

²³ G. RIPERT, gec. noot; *Jurisl.civil.*, art. 931, «Donations entre vifs», door H. BLAISE, p. 24, nr. 169; M.J. SERVAIS, *art.cit.*, p. 649, nr. 92.

²⁴ G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit belge*, II, Tw. art. 780, Brussel, 1905, p. 448, nr. 5; Hof Lyon, 11 juli 1908, D.P., 1910, II, 100; Hof Brussel, 20 december 1967, *Pas.*, 1968, II, p. 124.

²⁵ Zie o.m. Rb. Doornik, 14 maart 1905, *Pas.*, 1906, 2, 68.

²⁶ D., 1956, p. 472, met noot van RIPERT.

¹⁰ DE PAGE, *op. et loc.cit.*; A. KLUYSKENS, *op. et loc.cit.*, R. DEKKERS, *op.cit.*, p. 584, nr. 988; *Jurisl. civil.*, art. 931, «Donations entre vifs», door H. BLAISE, p. 23, nr. 167; M. PLANIOL en G. RIPERT, *op. et loc.cit.*; A. COLIN, H. CAPITANT en L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, III, Parijs, 1945, pp. 843-844, nr. 1630 e.v.

¹¹ R. DILLEMANS, «Overzicht van rechtspraak (1961-1964)», nr. 47, T.P.R. 1965, 625.

¹² R. DEKKERS, *op.cit.*, p. 581, nr. 984.

¹³ A. PONSARD, *op.cit.*, p. 139.

¹⁴ Cass.fr., 15 november 1858, D.P. 1858, I, 433, S., 59, 1, 10. Zie ook Hof Poitiers, 30 november 1881, D.P., 1882, II, 248.

¹⁵ Zie voetnoot 9.

¹⁶ A. PONSARD, *op.cit.*, p. 143; J.J. DUPEYROUX, *op.cit.*, pag. 264, nr. 257; AUBRY en RAY, *op.cit.*, X, door E. BARTIN, § 659, p. 574; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, III, Parijs, 1903, p. 737, nr. 2547, en voetnoot 1; TH. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, VI, Parijs, 1894, p. 247, nr. 189; G. BAUDRY-LACANTINIERE, *op.cit.*, p. 641; V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, III, Parijs, 1866, p. 147, nr. 207; noot onder Hof Poitiers, 30 november 1858, D.P., 1858, I, 434.

¹⁷ Dit is bij mijn weten slechts eenmaal gebeurd; zie Rb. Doornik, 14 maart 1905, *Pas.*, 1906, II, 68.

¹⁸ DE PAGE, VIII, 1, p. 601, nr. 505, en p. 35, nr. 15; A. KLUYSKENS, *op.cit.*, p. 205, nr. 143; R. DEKKERS, *op.cit.*, p. 584, nr. 988.

¹⁹ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XII, Brussel-Parijs, 1887, p. 429, nr. 348; *Pand.B.*, Tw. «Donations entre vifs», p. 547, nr. 141; M.J. SERVAIS, «Jurisprudence belge en matière de

voldoende dat de erfgenaam een verklaring van afstand aflegt op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg van het arrondissement waar de erfenis is opgevalven (art. 784 B.W.). De wetgever zelf zorgt voor de verdere realisatie van de schenking. Deze vaststelling heeft belangrijke gevolgen. Hierboven hebben wij immers gezegd dat de afstand ten voordele van één of meer specifiek bepaalde erfgenamen, nooit een onrechtstreekse schenking kan uitmaken wegens het ontbreken van een akte met een eigen autonoom statuut waaraan de afstandsakte haar vorm kan ontlelen²⁷.

Hier echter beschikken wij wel over een dergelijke akte nl. de afstandsverklaring op de griffie. Zij is een typisch voorbeeld van een akte met een eigen autonoom statuut en met eigen vormvereisten die een voordeel toekent hoewel dit niet haar specifieke of exclusieve functie is²⁸. Wij kunnen ons dan ook akkoord verklaren met het hierboven afgedrukte cassatiearrest waarin een dergelijke afstand als een onrechtstreekse schenking wordt gekwalificeerd.

Sommige Franse auteurs zijn het hiermee evenwel niet eens. Dit geldt o.m. voor Savatier, Voirin en Boulanger die beweren dat men hier niet van een onrechtstreekse maar van een vermomde schenking moet spreken²⁹. Het is een gemeenplaats te stellen dat de demarcatielijn tussen de vermomde en de onrechtstreekse schenkingen uiterst moeilijk te trekken is. Het verschil tussen beide is gelegen in de respectievelijke aan- en afwezigheid van veinzing: de vermomde schenking impliceert essentieel veinzing, de onrechtstreekse schenking niet. In casu zou deze veinzing gelegen zijn in het gebruik van een procédé — de verklaring van afstand op de griffie — dat naar buiten uit een zuiver abdicatieve afstand doet vermoeden (zie infra) terwijl er in feite een translatieve afstand plaatsgreep. Het dient gezegd dat deze theorie tot hiertoe in de rechtspraak nooit bekrachtigd is. Het is overigens niet verwonderlijk dat zij precies in Frankrijk zoveel aandacht heeft gekregen. Daar immers zijn de onrechtstreekse en de vermomde schenkingen gedeeltelijk aan een ander regime onderworpen, hetgeen zich o.m. uit in art. 1099, lid 2, C. civ., waarbij de vermomde schenkingen tussen echtgenoten verboden worden. In België daarentegen is het onderscheid in de huidige stand van de rechtsleer en de rechtspraak³⁰ eerder van theoretische aard zodat de door Savatier, Voirin en Boulanger aangebrachte nuanceringsen voor ons minder belang hebben.

Een andere afwijkende opinie wordt verdedigd door Ponsard. Deze auteur zegt dat de afstand ten voordele van alle medeërfgenamen of opvolgende erfgenamen, een rechtstreekse schenking uitmaakt zodra deze afstand berust op een afspraak tussen de verwerpende erfgenaam en de begunstigde van de afstand. Hij schijnt hierbij geen onderscheid te maken tussen een afstand ten voordele van alle medeërfgenamen zonder onderscheid en een afstand ten voordele van slechts enkele selectief aangewezen medeërfgenamen³¹. Dit lijkt ons te vergaand. Hoe kan men immers de situatie waarbij een erfgenaam geacht wordt de nalatenschap te hebben aanvaard en waarbij hij dus in feite over zijn erfdeel beschikt, over één kam scheren met een situatie waarin het vermoeden van art. 780 B.W. niet speelt³² en waarin integendeel de erfgenaam door zijn verwerping geacht wordt nooit erfgenaam geweest te zijn (art. 785 B.W.)? De stelling van Ponsard is mogelijk coherenter en logischer dan de hier voorgestelde aangezien tenslotte in de beide hypothesen de verwerpende erfgenaam een schenking wil doen en het is daarbij een zuiver toeval dat de persoon die hij wil begunstigen nu precies diegene is aan wie ook het ab intestato erfrecht, bij wijze van aanwas, het vrijgekomen

erfdeel toebedeelt. Juridisch is zij echter niet te verantwoorden. Wij stemmen dan ook in met de meerderheid van de rechtsleer³³ en de rechtspraak³⁴ en opteren voor de kwalificatie van de onrechtstreekse schenking.

Hiermee zijn evenwel nog niet alle problemen opgelost. In de eerste plaats dienen wij ons af te vragen hoe het mogelijk is dat de zuiver unilaterale verklaring van afstand een schenking kan verwezenlijken. Een schenking is immers een essentieel tweezijdige rechtshandeling. Zij veronderstelt een aanbod vanwege de schenker en een aanvaarding vanwege de begiftigde (artt. 894 en 932 B.W.). Het is bekend dat deze aanvaarding voor oneigenlijke schenkingen niet uitdrukkelijk moet gebeuren³⁵. Men kan dan ook stellen dat in casu de begiftigde erfgenaam het aanbod van de verwerpende erfgenaam aanvaardt door zijn stilzwijgen. Zijn aanvaarding wordt afgeleid uit zijn niet-optreden. Rekening houdend met de aard van de gebruikte schenkingsmethode, lijkt dit de enige aangewezen manier van aanvaarding³⁶.

Verder kunnen moeilijkheden voortvloeien uit het feit dat een zelfde procédé nl. een verklaring van afstand op de griffie, gebruikt kan worden ter realisatie én van een abdicatieve afstand én van een translatieve afstand. Welk soort van afstand dient nu vermoed te worden bij gebruik van dit procédé? Het lijkt ons evident dat het afleggen van een verklaring van afstand op de griffie een vermoeden van abdicatieve afstand inhoudt³⁷. De grondbeginselen van het schenkingsrecht leren ons immers dat het bestaan van de animus donandi in hoofde van de schenker, nooit vermoed mag worden maar steeds bewezen dient te worden³⁸. Bijgevolg zal hij die beweert in dit geval toch met een translatieve afstand en dus met een schenking te maken te hebben, het bewijs van de animus donandi moeten leveren. Het Franse Hof van Cassatie schijnt hierover evenwel anders te denken³⁹. Volgens het Hof impliceert het feit van afstand te doen van een solvabele nalatenschap noodzakelijkerwijze de aanwezigheid van de animus donandi in hoofde van de verwerpende erfgenaam. Het ene is een component van en meteen een voldoende bewijs voor het andere.

Uiteraard heeft dit een omkering van de bewijslast tot gevolg: hij die beweert in dit geval met een abdicatieve afstand te doen te hebben, zal het ontbreken van de animus donandi moeten bewijzen. Tegen deze gang van zaken — het scheppen van een vermoeden van translatieve afstand op grond van de hoegrootheid van de verworpen nalatenschap — is door menig auteur fel geïnteresserd⁴⁰. Hiertoe werd de hierboven uiteengezette theorie van de vermomde schenking uitgewerkt. Door zijn verklaring van afstand op de griffie wekt de verwerpende erfgenaam naar buiten de schijn van een zuiver abdicatieve afstand. Aan deze schijn dient geloof te worden gehecht. Hij die deze schijn wil omverwerpen dient hiervoor de nodige bewijzen aan te brengen.

10. Tot slot nog enkele bemerkingen i.v.m. de bevestigingsakte die de partijen in september 1967 ondertekenden.

³³ DE PAGE, *op.cit.*, VIII, 1, p. 601, nr. 504, en p. 35, nr. 15; R. DEKKERS, *op.cit.*, p. 584, nr. 988; A. KLUYSKENS, *op.cit.*, p. 205, nr. 143; M.J. SERVAIS, *op.cit.*, *Rev.Tr.Dr.Civ.*, 1907, p. 649, nr. 92; *Pand. B.*, *op.cit.*, p. 547, nr. 141; M. PLANIOL, *op.cit.*, II, p. 737, nr. 2547; A. COLIN, H. CAPITANT en L. JULIOT de la MORANDIÈRE, *op.cit.*, p. 843, nr. 1630; *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, Tw. «Donation», p. 32, nr. 409; M. PLANIOL en G. RIPERT, *op.cit.*, V, p. 541, nr. 419; G. RIPERT, *gec. noot, D.*, 1956, p. 472; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op.cit.*, p. 641 nr. 941.

³⁴ Naast het hierboven afgedrukte cassatiearrest, Rb. Doornik, 14 maart 1905, *Pas.*, 1906, II, 68; Hof Brussel, 16 april 1969, *Pas.*, 1969, II, 163; Hof Poitiers, 30 november 1881, *D.P.* 1882, 2, 247, en *S.*, 1883, 2, 123; *Cass.fr.*, 8 maart 1858, *D.*, 1858, I, 97, *Cass.fr.*, 28 juli 1938, *D.H.*, 1938, 517; *Cass.fr.*, 27 mei 1961, *Gaz. Pal.*, 1961, 25-27 oktober, *J.C.P.*, 1963, II, 12973, *D.*, 1962, 657.

³⁵ R. DEKKERS *op.cit.*, p. 581, nr. 984; Hof Brussel, 13 november 1970, *R.N.B.*, 1974-108.

³⁶ P. VOIRIN, *gec. noot, J.C.P.*, 1963, II, 12973.

³⁷ DE PAGE, *op.cit.*, VIII, 1, p. 35, nr. 15.

³⁸ Zie o.m. Hof Brussel, 27 oktober 1964, *Pas.*, 1965, II, 225; Hof Brussel, 5 januari 1965, *Pas.*, 1966, II, 4; Rb. Antwerpen, 26 juni 1969, *R.W.*, 1969-70, 272; Rb. Brussel, 23 maart 1972, *R.P.N.*, 1972, 612.

³⁹ *Jurisl. civil, op. cit.*, p. 25, nr. 181; *Cass. fr.*, 27 mei 1961, *gec.*

⁴⁰ Zie auteurs geciteerd in voetnoot 20; *adde*: R. SAVATIER, *bespreking Cass.fr.*, 6 juni 1973, *Rev.Tr.Dr.Civ.*, 1974, 439, nr. 2 in fine.

²⁷ Supra nr. 7.

²⁸ Zie voetnoot 11; M. VANQUICKENBORNE en R. DEKKERS, «Examen de jurisprudence (1965 à 1972) — Les successions et les libéralités», nr. 21, *R.C.J.B.*, 1976, 106; A. MAYEUR, «Donations et testaments, jurisprudence 1955-70», nr. 23, *Rec. Gén.*, 1971, p. 344.

²⁹ R. SAVATIER, *bespreking Cass.fr.*, 27 mei 1961, *Rev.Tr.Dr.Civ.*, 1961, 715, nr. 7; P. VOIRIN, *noot onder zelfde cassatiearrest, J.C.P.*, 1963, II, 12973; P. Voirin, *Manuel de droit civil*, II, Parijs, 1972, p. 128, nr. 244; J. BOULANGER, *noot onder zelfde cassatiearrest, D.*, 1962, p. 657.

³⁰ Zie hierover de bedenkingen van M. VANQUICKENBORNE, «Gedeeltelijke schenkingen», nr. 1 e.v., *T.P.R.*, 1976, 41.

³¹ A. PONSARD, *op.cit.*, p. 139 e.v.

³² H.L. en J. MAZEAUD, *op.cit.*, p. 347, nr. 1092; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, Tw. art. 780, II, Brussel, 1905, p. 448, nr. 6.

Overeenkomstig art. 1339 B.W. kan de schenker de gebreken van een schenking onder de levenden niet verhelpen door enige akte van bevestiging. De schenking die nietig is wat de vorm betreft, moet in de wettelijk voorgeschreven vorm worden overgedaan. In casu betekent dit dat de erfgenamen V. een notariële schenkingsakte hadden moeten laten opstellen. De onderhandse bevestigingsakte van september 1967 is hiertoe onvoldoende.

De opportuniteit van een dergelijk algemeen vereiste dient ter discussie te worden gesteld. Het onderhavige geval is hiervan een mooi voorbeeld. Uit het feitenrelaas van het arrest van het Hof van Beroep te Brussel blijkt immers dat de kwestieuze bevestigingsakte én opgesteld werd door de studie van de notaris evenfenaar én ondertekend in zijn aanwezigheid. Bovendien is bijna een volledig jaar verlopen tussen het ondertekenen van de oorspronkelijke overeenkomst tot afstand en de bevestigingsakte. Wij menen dan ook nagenoeg met zekerheid te mogen stellen dat het doel van het vereiste van de notariële akte voor schenkingen nl. «de begiftiger tegen de pogingen tot suggestie te beschermen en hem ertoe te verplichten de schenking met overleg te doen»⁴¹, in casu ook zonder eigenlijke notariële akte vervuld is. Wij zijn ervan overtuigd dat in een delicate materie als de schenkingen het formalisme zijn waarde heeft. De onderhavige casus bewijst echter eens te meer dat dit formalisme door spijthebbende schenkers vaak misbruikt wordt als achterpoortje om terug te komen op gedane schenkingen.

Het enige verweermiddel dat de familie D. nog rest bestaat erin aan te tonen dat de overdracht van de helft van de opbrengst van de nalatenschap, een handgift uitmaakt. De notaris zou hierbij louter als tussenpersoon optreden. Dit bewijs zal hun echter zeer moeilijk vallen. Ten eerste omdat deze overdracht naar alle waarschijnlijkheid niet in baar geld maar via een bank- of postchequeoverschrijving geschied is. Het is bekend dat de Belgische rechtspraak, in tegenstelling tot de Franse rechtspraak en rechtsleer⁴² en ondanks de aansporing van auteurs⁴³, nog steeds weigerachtig staat om in een dergelijke overdracht een waarachtige «traditio» te zien⁴⁴. Ten tweede omdat enkel van een geldige handgift gesproken kan worden wanneer bewezen is dat de erfgenamen V. deze overdracht beschouwden als een nieuwe schenking en niet als de uitvoering van de oorspronkelijke nietige schenking⁴⁵. Dit vormt uiteraard een feitenkwestie waarover de feitenrechter soeverein oordeelt.

J. Tielemans
Assistente U.I.A.

⁴¹ A. KLUYSKENS, *op.cit.*, p. 194, nr. 139.

⁴² Hof Rennes, 9 mei 1946, *D.*, 1947, 55, met noot van A.C.; Cass.fr., 7 juli 1959, *Bull.civ.*, 1959, I, n° 342; Cass.fr., 12 juli 1966, *D.*, 1966, p. 614, met goedkeurende noot van J. MAZEAUD: *Encyclopédie Dalloz, Droit civil*, III, Tw. «Don manuel», p. 7, nr. 96.

⁴³ R. DILLEMANS, «Overzicht van rechtspraak (1961-1964)», nr. 51 in fine, *T.P.R.*, 1965, 627; M. VANQUICKENBORNE en R. DEKKERS, «Examen de jurisprudence (1965 à 1972) — Les successions et les libéralités», *R.C.J.B.*, 1976, 111.

⁴⁴ Zie o.m. Hof Brussel, 12 december 1962, *J.T.*, 1963, 320, met noot; Hof Brussel, 30 juni 1965, *Pas.*, 1966, II, 204.

⁴⁵ DE PAGE, VIII, 1, p. 659, nr. 479; A. PONSARD, *op.cit.*, p. 141; zie echter G. RIPERT en J. BOULANGER, *op.cit.*, IV, p. 1045, nr. 3276.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 20 DECEMBER 1976

Voorzitter: baron Richard

Raadsheer-rapporteur: baron Vinçotte

Advocaat-generaal: de h. Ballet

Openbare zedenschennis—Naaktheid—Huidige zeden

Het arrest dat erop wijst dat toen de moeder van de klagster en van haar zuster nog leefde, zij alle drie en de man van de moeder zonder enige schroom in elkaars bijzijn

naakt rondliepen, daaruit afleidt dat het ondenkbaar is dat de twee kinderen geschokt werden door gelijkaardige feiten die na het overlijden van hun moeder waren gepleegd en bovendien beslist dat niet kan worden gezegd dat dergelijke gedragingen door de huidige zeden worden verworpen, wijkt niet af van het begrip «zedenschennis» door de beklagde om die redenen vrij te spreken.

Procureur-generaal bij het Hof van Beroep
te Luik t/ Van N.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 juni 1976 door het Hof van beroep te Luik gewezen;

Overwegende dat de voorziening enkel gericht is tegen de beslissing die verweerder vrijspreekt van de telastlegging van openbare zedenschennis (telastlegging B);

Over het middel afgeleid uit de schending van artikel 385, eerste en tweede lid, van het Strafwetboek,

doordat het arrest, dat zegt dat de telastlegging van openbare zedenschennis in concreto beoordeeld moet worden en noodzakelijk vaststelt dat de feiten materieel bewezen werden door de overwegingen volgens welke «uit het geheel van de getuigenissen volgt, dat, zelfs toen de moeder van de klagster en van haar zuster nog leefde, laatstgenoemden en hun moeder en schoonvader zonder enige schroom in elkaars bijzijn naakt rondliepen; dat het dus ondenkbaar is dat de oudste of de jongste geschokt konden worden zodra hun moeder gestorven was; dat men evenmin mag beweren dat deze gedragingen worden afgekeurd door de hedendaagse samenleving waarin openbare instellingen, vooral de televisie, onbestraft aspecten van het intieme leven rechtstreeks in de huiskamer brengen die veel verder gaan dan het louter vertonen van de naaktheid», de telastlegging niet bewezen heeft verklaard,

terwijl, eerste onderdeel, zo weliswaar deze telastlegging in concreto moet worden beoordeeld, de laakbare toestand die bestond toen de moeder van het slachtoffer, echtgenote van de beklagde, nog leefde, erger geworden was wegens haar overlijden te Verviers, op 21 januari 1975, waardoor het toen negen jaar oude slachtoffer nog minder in staat was geldig in te stemmen met de beledigende en openbare zedeloosheid door het vertoon van de naaktheid van de beklagde, van haar oudste zuster en van haarzelf;

tweede onderdeel, de schaamteloosheid van die mensen en de afwezigheid van «schade» van het slachtoffer, het misdrijf niet uitsloten, daar hiervoor bij de beklagde geen bijzonder opzet vereist was doch de bewuste wil de daad te begaan, die door de strafwet wordt gesanctioneerd als zulks gebeurt in tegenwoordigheid van het slachtoffer wiens toestemming gebrekkig was, daar zij pas negen jaar oud was en geen onderscheid kon maken;

derde onderdeel, de besproken gedraging verworpen blijft door de huidige samenleving die de door de televisie in de huiskamer gebrachte beelden niet op één lijn kan stellen met de levende promiscuïteit die bestond in het «louter vertonen van de naaktheid» van een man van drieënvijftig jaar, van een ander meisje en van een klein meisje van negen jaar dat daarmee niet kon instemmen, nu de aanwezigheid van deze onvrijwillige getuige de openbaarheid van de zedenschennis oplevert;

Overwegende dat het arrest erop wijst dat zelfs toen de moeder van de klagster en van haar zuster nog leefde, zij

alle drie en de man van de moeder zonder enige schroom in elkaars bijzijn naakt rondliepen ;

Dat het eruit afleidt dat het ondenkbaar is dat de twee kinderen geschokt werden door gelijkaardige feiten die na het overlijden van hun moeder waren gepleegd ;

Dat het bovendien erop wijst dat niet kan worden gezegd dat dergelijke gedragingen door de huidige zeden worden verworpen ;

Overwegende dat het arrest, door de beklaagde om deze redenen vrij te spreken, niet afwijkt van het begrip «zedenschennis» ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

En overwegende dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen werden nageleefd en dat de beslissing overeenkomstig de wet is ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening ;

Laat de kosten ten laste van de Staat.

NOOT—Over openbare zedenschennis.

In een cassatiearrest worden de feiten die aanleiding geven tot rechtsvervolgning vanzelfsprekend niet uitputtend behandeld. De kennis van de feiten kan er echter toe bijdragen een dieper inzicht in een bepaalde zaak te verwerven, zoals dit o.m. hier het geval is.

De verdachte huwt V.d.A., een vrouw met drie natuurlijke kinderen, en exploiteert met haar een hotel-restaurant. Op 21 januari 1975 overlijdt de vrouw. De man staakt de exploitatie en opent een ander hotel in dezelfde stad. De twee jongere meisjes, respectievelijk 17 en 8 jaar oud, neemt hij met zich mee. Het derde meisje is inmiddels gehuwd. Na een twist met de verdachte legt het oudste van de bij hem inwonende meisjes klacht neer wegens verkrachting. Het onderzoek bracht ook aan het licht dat de verdachte zich bij het kleden naakt had vertoond in tegenwoordigheid van de minderjarigen. Hij placht dit overigens ook te doen toen de moeder nog leefde. Voor de kinderen behoorde dit gedrag tot de leeggewoonten die hun opvoeding begeleidden.

De verdachte werd vervolgd op grond van a) verkrachting, b) openbare zedenschennis in tegenwoordigheid van een minderjarige beneden de zestien jaar, c) opzettelijke slagen en verwondingen.

Toen de zaak voor de correctionele rechtbank kwam, werd de beschuldiging van verkrachting door het meisje ingetrokken. De klacht bleek door wraakmotieven ingegeven te zijn na een ruzie en na weigering van de verdachte het meisje een vrijer leven toe te staan.

Het openbaar ministerie zag ter zitting af van de vervolging a) waarop de rechtbank voor a) en b) vrijspraak, en een lichte straf uitsprak voor c). Op hoger beroep van het openbaar ministerie bevestigde het hof van beroep de vrijspraak voor a) en b) en sprak insgelijks vrij voor c), de slagen beschouwend als een vaderlijke berisping.

Het cassatieberoep, uitsluitend tegen de vrijspraak voor openbare zedenschennis gericht, werd verworpen.

Het arrest van het hof van beroep vereiste dat de telastlegging van openbare zedenschennis *in concreto* moet beoordeeld worden ; dat uit het geheel van de getuigenissen blijkt dat zelfs toen de moeder van de klaagster en van haar zuster nog leefde, laatstgenoemden en hun moeder en schoonvader (*noot red.* : beter ware hier stiefvader ; beau-père heeft immers de tweevoudige betekenis van schoonvader en stiefvader ; de tweede betekenis dient hier geactualiseerd te worden) zonder enige schroom in elkaars bijzijn naakt rondliepen, dat het dus ondenkbaar is dat de oudste of de jongste geschokt zouden worden zodra hun moeder overleden was, dat men evenmin mag beweren dat deze gedragingen worden afgekeurd door de hedendaagse samenleving, en verklaarde derhalve de telastlegging van openbare zedenschennis niet bewezen.

Het openbaar ministerie zag hierin een schending van art. 385 Sw. en argumenteerde dit cassatiemiddel als volgt :

1. eerste onderdeel : de laakbare toestand die bestond is verergerd wegens het overlijden van de moeder van het slachtoffer, waardoor het toen negen jaar oude slachtoffer nog minder in staat was geldig in te stemmen met de beledigende en openbare zedeloosheid door het naakt vertoon van allen ;

2. tweede onderdeel : de schaamteloosheid van die mensen die afwezigheid van «schade» van het slachtoffer («*l'absence de gêne des protagonistes et de 'choc' de la victime*» in de Franse tekst) sluiten het misdrijf niet uit, daar dit geen bijzonder opzet bij de verdachte vereist, maar de bewuste wil de daad te verrichten, die strafbaar wordt zodra deze plaatsgrijpt in tegenwoordigheid van een slachtoffer waarvan de toestemming gezien zijn negenjarige leeftijd, gebrekkig is bij gemis aan onderscheidingsvermogen ;

3. derde onderdeel : de besproken gedraging blijft verworpen door de huidige samenleving die de door de televisie in de huiskamer gebrachte beelden niet op één lijn kan stellen met de levende promiscuïteit, die bestaat «in het louter vertonen van de naaktheid» van een man van 53 jaar, van een ouder meisje en een klein meisje van negen jaar, dat daarmee niet kan instemmen. De aanwezigheid van deze vrijwillige getuige levert openbaarheid en zedenschennis op.

Het Hof van Cassatie oordeelt dat het middel niet kan worden aangenomen op grond dat wanneer het hof van beroep oordeelt 1) dat deze bepaalde levenswijze reeds gebruikelijk was toen de moeder nog leefde, 2) dat gelijkaardige feiten gepleegd na haar overlijden de kinderen niet geschokt kunnen hebben, 3) dat dergelijke gedragingen door de huidige zeden niet verworpen worden, en het hof van beroep verdachte om die redenen vrijsprekt, het zodoende niet afwijkt van het begrip «zedenschennis».

Dit weinig breedvoerig cassatiearrest verdient aandacht.

Openbare zedenschennis op grond van art. 385 Sw. dient inderdaad — zoals eiser tot cassatie in het eerste onderdeel van het middel liet uitschijnen — *in concreto* beoordeeld te worden. De wetgever heeft immers niet bepaald waarin de zedenschennis bestaat. De handeling wordt getoetst aan de algemene seksuele norm. Zo zijn in de rechtspraak en de rechtsleer uitsluitingsgronden aanvaard waarbij binnen bepaalde grenzen schennis uitgesloten wordt, o.a. bij poseren, spektakel, kabaret, toneel, sport, hygiëne en gezinsleven.

Deze laatste uitsluitingsgrond, de zogenaamde familie-exceptie, waarover het onderhavig arrest het heeft, is recent. Er is weinig rechtspraak hierover en dan nog slechts in verband met de mogelijkheid tot vrijwillige toestemming van kinderen beneden zestien jaar.

De redenen die werden aangevoerd tot aanvechting van de vrijspraak en tot staving van het cassatiemiddel nl. de schending van art. 385 Sw., kunnen als volgt omschreven worden :

1) De laakbare toestand die bestond toen de moeder nog leefde was erger geworden wegens haar overlijden. Het toen negen jaar oude slachtoffer was nog minder in staat geldig in te stemmen met de beledigende en openbare zedeloosheid. Ons komt dit onderdeel van het middel ietwat duister voor. Wanneer reeds wordt aangenomen dat iemand in het geheel niet geldig kan instemmen, zoals in het tweede onderdeel vermeld, dan heeft het feit dat hij «nog minder» kan instemmen om een andere reden geen belang. Tenzij men bedoelt dat in casu door het overlijden van de moeder het gezinsverband waarin een zekere vrijheid geduld kon worden, weggevallen is en de toestand zich *in concreto* geheel anders voordoet. Maar dan heeft het nog steeds geen zin te spreken van een «laakbare toestand» die «erger geworden is».

2) Het gewone opzet is voldoende en de strafbaarheid is er zodra de daad geschiedt in tegenwoordigheid van een slachtoffer dat wegens zijn negenjarige leeftijd niet kan instemmen bij gebrek aan onderscheidingsvermogen.

Deze stelling sluit opnieuw aan bij een door de rechtspraak en rechtsleer gehuldigde zienswijze, namelijk dat minderjarigen niet kunnen instemmen.

Wel is er onenigheid over de leeftijdsgrens beneden welke een minderjarige tot het maken van onderscheid niet in staat moet worden geacht. Zo is men van oordeel dat betrokkenen het onderscheidingsvermogen moeten bezitten zonder aanduiding van leeftijd (*J. Liège*, 1948-49, 153 ; *Rép.P.Dr.B.*, Tw. *Outrages aux mœurs*, nr. 69). Een andere zienswijze stelt dat onderscheidingsvermogen beneden zestien jaar uitgesloten is (*verg. Cass.*, 14 december 1971, *Pas.*, 1972, I, 367 ; Hof Brussel, 12 april 1941, *Pas.*, 1944, II, 7 ; *Corr. Gent*, 31 jan. 1931, *Pas.*, 1931, III, 59, met noot ; *R.Dr.Pén.*, 1931, 398 ; *CONSTANT, Droit pénal*, nr. 809). Volgens anderen moet de meerderjarigheid bereikt zijn (*RIGAUX en TROUSSE*, II, 447 ; *SCHUIND, Traité pratique de droit criminel*, 2e uitgave, I, 198). Nog andere rechtspraak beslist dat de leeftijd beneden de zestien jaar niet absoluut de afwezigheid van toestemming insluit (*Corr. Bergen*, 12 januari 1953, *J.T.*, 1953, 183 ; *Parijs*, 1 maart 1888, *Rec. Sirey*, 1890, 2, 139, *GARÇON*, nr. 137).

Door erop te wijzen dat de door het hof van beroep ingeroepen redenen van vrijspraak niet afwijken van het begrip «zedenschennis» wordt het accent gelgd op het al dan niet geschokt zijn van de kinderen door de feiten, ongeacht hun leeftijd.

Het motief van de minderjarigheid weegt ter zake niet door, omdat vooraf dient te worden nagegaan of de feiten waaraan de minderjarigen deelnamen of die ze aanschouwden, wel zedenschennend zijn. Pas dan is deze reden hanteerbaar. Het bestreden arrest stelt namelijk vast dat de omstandigheden waarin de feiten zich hebben voorgedaan, niet strijdig zijn met de zeden zoals die door de huidige maatschappij opgevat worden.

Het tweede onderdeel van het middel steunt op een onjuiste interpretatie van het bestreden arrest. Dit laatste is inderdaad gebaseerd noch op de afwezigheid van een bijzonder opzet in hoofde van de verdachte, noch op de vermoede instemming van het slachtoffer.

3) Vandaar het belang van het derde onderdeel : de besproken gedraging blijft door de huidige samenleving verworpen.

Opdat er strafbaarheid zou aanwezig zijn vereist de wet, ten eerste, een materieel feit dat de eerbaarheid kwetst, en, ten tweede, dat het feit in het openbaar gebeurt.

Welnu, het hof van beroep constateert dat toen de moeder nog leefde, zij samen met de kinderen en de stiefvader zonder enige schroom in de familiale intimiteit naakt rondliepen. De kinderen waren blijkbaar zo opgevoed. Het neemt niet aan dat de kinderen geschokt konden worden door gelijkaardige feiten die na het overlijden van hun moeder waren gepleegd, en zegt bovendien dat veel riskanter gedragingen dan de feiten, die zich beperken tot het eenvoudig vertoon der naaktheid, ongestraft in de huiskamer worden gebracht door openbare diensten als de televisie. Uit deze vaststellingen besluit het arrest dat de gepleegde feiten niet strijdig zijn met de in de huidige samenleving gangbare opvatting van de zeden.

Het Hof van Cassatie oordeelt dat het bestreden arrest aldus niet afwijkt van het begrip «zedenschennis».

Hieruit menen wij te mogen afleiden dat de vraag of in de familiale sfeer de naaktheid van de ouders als zodanig voor hun kinderen, in de huidige zedencontext, een aanstootgevend schouwspel is (materieel feit) negatief beantwoord moet worden.

De rechtspraak luidde tot nog toe, wellicht onder de druk van vroegere opvattingen, enigszins anders. Een vonnis van de Correctionale Rechtbank te Gent van 31 januari 1931 oordeelde over een vader dat : «le fait de se livrer à des pratiques nudistes avec des enfants mineurs, incapables de consentir à des spectacles capables d'offenser la pudeur, dans l'état actuel de nos mœurs, est constitutif de la dol mental, tel qu'il est prévu à l'art. 385 du Code pénal» (R.Dr.Pén., 1931, 398).

Een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Brussel, 26 mei 1965, bevestigd in hoger beroep op 2 oktober 1965, stelde :

«Attendu que dans notre civilisation et conditionnement social, moral et culturel dans lequel nous vivons, l'exhibition de la nudité intégrale du corps humain est de nature, même en l'absence de toute attitude obscène ou équivoque, à offenser le sentiment de pudeur de ceux qui n'ont pas volontairement recherché le spectacle ;

«Attendu qu'en étalant leur nudité devant leurs enfants de moins de 16 ans, les prévenus ont nécessairement commis un acte de nature à offenser la pudeur de ces mineurs qui, à leur âge, sont présumés incapables, juris et de jure du discernement pouvant en faire des témoins volontaires ; que les faits sont d'autant plus graves en l'espèce que ce spectacle impudique leur était imposé par leurs propres parents, à l'autorité desquels ils étaient soumis» (J.T., 1966, 449).

Deze rechtspraak werd bekritiseerd (zie J. DELVA, *Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting*, A.P.R., nr. 40 in fine, en J. DE ZEGHER, *Openbare zedenschennis*, A.P.R. nr. 434).

In die kritiek wordt erop gewezen dat het probleem benaderd dient te worden vanuit het vrije opvoedingsrecht van de ouders.

Het besproken cassatiearrest en de reeds hierboven vermelde motivering biedt thans meer rechtszekerheid.

In principe is het gewone naaktvertoon tussen ouders en kinderen van welke leeftijd ook, naar de huidige opvatting van de zeden niet strijdig met het begrip «openbare zedenschennis». Hierdoor wordt de familielevens-exceptie (of gezins-) naast de sport, kunst en wetenschap, spektakel en toneelexceptie aanvaard.

Deze exceptie werd voor het eerst omschreven door L. DE WILDE bij een boekbespreking in het R.W., 1963-64, 2045-2046 (zie eveneens *Openbare zedenschennis*, A.P.R., nr. 429).

Loco citato ging het om occasioneel zich naakt vertonen in de

familiekring bv. naar aanleiding van hygiënische verzorging.

De auteur was van mening dat men dan moeilijk kon spreken van strafbare zedenschennis en hoogstens van opvatting kan verschillen over de opvoedingsmethode t.o.v. de kinderen. Het principe zou dan zijn, zoals bij iedere openbare zedenschennis, dat de feiten ab initio zedenschennend zijn maar dat de eventuele verdachte deze «familielevens-exceptie» zal kunnen inroepen die zeer gemakkelijk als «waar-schijnend» zal worden aanvaard («vraisemblable», zie LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, nr. 382 ; *Opzet*, A.P.R. bl. 38 e.v.) en het openbaar ministerie zal moeten bewijzen dat deze exceptie als ongegrond moet worden afgewezen.

Deze familie-exceptie includeert dus al wat zich in de familiale intimiteit kan voordoen, bv. het gemeenschappelijk gebruik maken van sauna, zwemmen, nemen van zonnebaden e.d.m.. Dit geldt eveneens voor gedragingen die tot de familiale sfeer behoren in de tuin, bv. het beoefenen van het naturisme (voor zover geen zichtbaarheid van buitenuit).

Verder doordenkend kan de vraag rijzen of minderjarigen beneden de zestien met hun ouders aanwezig mogen zijn op een naturistenterrein. De familie-exceptie kan in die omstandigheden worden uitgebreid tot ouders die dezelfde conceptie huldigen. Deze stelling is zelfs reeds door de feiten voorbijgestreefd.

Opgemerkt zij nochtans dat er zich gevallen kunnen voordoen waar het naaktvertoon van de ouders en de kinderen wel als aanstootgevend beschouwd kan worden en de «gezinslevens-exceptie» uitgesloten is. Dit zou bv. het geval zijn wanneer de ouders intieme betrekkingen zouden hebben in aanwezigheid van kinderen die dit geslachtsverkeer voldoende kunnen waarnemen, of wanneer de verloofde met zijn meisje in de ouderlijke woning seksuele feiten pleegt die door jongere broers of zusters gezien worden, of wanneer het naakt lopen opgedrongen wordt aan kinderen die in de puberteit hiervan afkerig zijn. Of er al dan niet zedenschennende handelingen zijn en of, al dan niet, de familie-exceptie toepasselijk is, zal door de feitenrechter *in concreto* dienen te worden uitgemaakt.

Het ware dus ook verkeerd met betrekking tot de gevallen waarin de gezins-exceptie is uitgesloten te stellen dat beneden de leeftijd van zestien jaar de toestemming niet gebrekkelijk zou zijn. Dit blijft gelden voor feiten die strijdig zijn met de goede zeden. Beneden de leeftijd van zestien kan men niet instemmen noch om deze te bedrijven noch om ze te aanschouwen.

Julien de Zegher

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 28 FEBRUARI 1977

Voorzitter : de h. P.E. Trousse

Raadsheer-rapporteur : de h. P. Mahillon

Advocaat-generaal : de h. Colard

Hoven en rechtbanken—Hof van Assisen—Samenstelling

Artikel 127 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat, op straffe van nietigheid, de magistraten die uitspraak hebben gedaan over de regeling van het onderzoek de assisen niet mogen voorzitten. De onverenigbaarheid waarvan sprake in deze wetsbepaling moet strikt worden uitgelegd. Ze heeft geen betrekking op de magistraten die mede hebben beslist in arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling inzake voorlopige hechtenis welke geen beslissingen over de regeling van het onderzoek zijn.

B. i/ B. en R.

Gelet op de bestreden arresten, op 20 december 1976 door het Hof van Assisen van de provincie Luik gewezen ;

1. Ten aanzien van de beslissing op de strafvordering :

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van artikel 127 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het bestreden arrest gewezen werd onder het voorzitterschap van raadsheer Viatour,

terwijl deze magistraat over de bezwaren tegen eiser mede had beslist in het arrest van 1 april 1976 van de kamer van inbeschuldigingstelling tot bevestiging van de beschikking van 19 maart 1976 van de raadkamer van de Correctionele Rechtbank te Verviers waarbij, gelet op de tegen eiser bestaande bezwaren, het op 13 juni 1975 door de onderzoeksrechter verleende aanhoudingsbevel werd bevestigd,

en terwijl artikel 127 van het Gerechtelijk Wetboek, op straffe van nietigheid, verbiedt dat de assisen worden voorgezeten door de magistraten die over de regeling van het onderzoek uitspraak hebben gedaan, welke uitdrukking zonder onderscheid doelt op de beslissingen die over de bezwaren uitspraak doen :

Overwegende dat artikel 127 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat, op straffe van nietigheid, de magistraten die uitspraak hebben gedaan over de regeling van het onderzoek de assisen niet mogen voorzitten ;

Overwegende dat de onverenigbaarheid waarvan sprake in deze wetsbepaling strikt moet worden uitgelegd ; dat ze geen betrekking heeft op de magistraten die mede hebben beslist in arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling inzake voorlopige hechtenis, welke geen beslissingen over de regeling van het onderzoek zijn ;

Dat het middel naar recht faalt ;

(...)

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 21 JUNI 1977

Eerste voorzitter : de h. Mast

Staatsraden : de hh. Vermeulen (rapporteur) en Baeteman

Auditeur : de h. Jacquemijn

Ambtenaren—Gemeentesecretaris—Benoemingsvoorwaarden—Minimumleeftijd—Motiveringsplicht.

Al bestaat er in beginsel naar Belgisch recht geen formele motiveringsplicht, toch moet een overheidsbeslissing een wettige grondslag hebben ; wat een voldoende wettige grondslag is, wordt bepaald door de aard van de beslissing en de graad van discretionaire bevoegdheid waarover de overheid bij het nemen van haar beslissing beschikt.

Het vaststellen van de minimumleeftijd om tot secretaris van een gemeente als Temse te kunnen worden benoemd op 27 jaar komt in redelijkheid direct begrijpbaar voor en is intrinsiek gefundeerd, wanneer men ermede rekening houdt dat als benoemingsvoorwaarden ook is gesteld het bezit van universitaire diploma's die men normaal niet vóór 22 jaar kan behalen, en vijf jaren beroepspraktijk als een minimale waarborg aan noodzakelijke ervaring moet worden beschouwd.

De C. t/ Gemeente Temse

Arrest nr. 18.323

Verslag auditoraat (uittreksel)

Hoewel, gelet op de eraan verbonden voordelen, de uitbreiding en zelfs de veralgemening van de motiveringsverplichting redelijkerwijze gemakkelijk moet kunnen worden verantwoord, schrijft het Belgisch administratief recht als regel geen formele motivering voor rechtshandelingen van louter administratieve aard voor. Artikel 97 van de Grondwet legt slechts de motiveringsverplichting op voor de jurisdictionele beslissingen (R.v.St., De Vriendt, nr. 15.686, van 29 januari 1973 ; Quadens, nr. 15.700, van 5 februari 1973).

Een administratieve beslissing hoeft niet met redenen omkleed te zijn wanneer geen tekst dit uitdrukkelijk voorschrijft (R.v.St., De Kaesmaecker, nr. 15.648, van 8 januari 1973 ; Collard, nr. 15.873, van 11 mei 1973 ; Seghers, nr. 16.145, van 5 december 1973).

Welnu, er bestaat geen tekst die aan de gemeenteverheid en meer bepaald aan de gemeenteraad de verplichting zou opleggen de besluiten te motiveren waarbij hij de benoemingsvoorwaarden voor het ambt van gemeentesecretaris vaststelt. Het ontbreken van een formele redengeving in het bestreden besluit zelf kan derhalve geenszins tot de nietigverklaring leiden.

Als de wet de overheid niet verplicht een bepaalde beslissing te motiveren en aan het beschikkend gedeelte ervan consideransen te doen voorafgaan waarin de motieven tot uitdrukking worden gebracht, dan betekent dit evenwel nog niet dat die overheid beslissingen vermag vast te stellen welke niet uit wettige motieven stammen. Zelfs bij het aanwenden van haar discretionaire bevoegdheid moet de overheid kunnen aantonen dat zij het algemeen belang, hetwelk de hele bevoegdheid van de overheid dient te beheersen, heeft nagestreefd. «De administratieve rechtshandelingen welke de overheid verricht bij de uitoefening van hare discretionaire bevoegdheid moeten kunnen steunen op de aangevoerde motieven, zelfs in de gevallen waarin voor de overheid geen verplichting bestaat om haar beslissingen te motiveren (...)» (A. Vranckx, *Administratief Lexicon*, V° Administratieve Rechtshandelingen, p. 40).

«Inderdaad is de vrijheid van het bestuur, hoe groot ook, steeds gebonden en zal zij 'doelmatig' moeten worden gebruikt. (...) Wanneer de rechter gesteld wordt tegenover oordelen, waartoe het bestuur bij afweging van alle belangen in redelijkheid niet had kunnen geraken, dan wordt daaruit afgeleid dat een serieuze belangenafweging niet heeft plaatsgehad en dat de voorwaarde voor de beleidsvrijheid niet is vervuld. De rechter heeft hiermede een van de eisen, die ook bij de grootste vrijheid moeten worden gesteld, duidelijk aangewezen. Een eerste eis die aan alle in vrijheid door het bestuur genomen besluiten moet worden gesteld is dan ook dat een werkelijke appreciatie van het individuele geval met al zijn bijzonderheden plaatsvindt. Daarom zal men bv. ook nooit beschikkingen mogen aanvaarden, welke berusten op de eenvoudige overweging, dat dit of dat niet in het algemeen beleid past» (*Nederlands bestuursrecht*, uitgave 1962, algemeen deel, blz. 228).

Wij kunnen bijgevolg besluiten dat eigenlijk iedere administratieve rechtshandeling door een wettelijk verantwoord motief moet worden ingegeven. De Raad van State heeft hieraan toegevoegd dat om het toezicht op de wettelijkheid van de akte mogelijk te maken dit motief zoniet uit de akte zelf dan toch uit het aan de Raad voorgelegd administratief dossier moet blijken (R.v.St., Nationaal Verbond van de Syndikale Kamers der Geneesheren, nr.

16.627, van 18 september 1974). In het systeem inzake rechterlijke toetsing der administratieve rechtshandelingen op hun wettigheid is de motiveringsplicht hoe dan ook ingebouwd, derwijze dat bij ontstentenis van een door wet of reglement opgelegde verplichting tot motivering, de rechter hoe langer hoe meer gaat toezien op het bestaan, de wettigheid en de deugdelijkheid van de motieven die in het dossier kunnen en moeten worden teruggevonden. «De Raad van State meent dat de administratie in alle geval bij machte moet zijn de beslissing te verantwoorden zowel in verband met de feitelijke toedracht van de zaak als in verband met de rechtsgrond. Anders acht de Raad van State zich niet in staat de controle, die de wet hem heeft opgedragen, uit te oefenen» (H. Buch en M. Dumont, «De procedures voor het uitwerken van de akten der administratieve overheden», *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht*, 1965, p. 265).

In casu vinden wij noch in het bestreden besluit, noch in het administratieve dossier, enig motief waarop de gemeenteraad zou hebben gesteund om de minimumleeftijdsgrens op 27 jaar te stellen.

Zonder dat hoeft te worden nagegaan of deze leeftijd, al dan niet «ongebruikelijk» is (verzoeker beweert van wel), en afgezien van het feit dat de gemeenteraad zodoende is afgeweken van de in de circulaire van 18 januari 1972 door de gouverneur verstrekte richtlijnen, kan worden volstaan met vast te stellen dat, in de gegeven omstandigheden, de Raad van State niet weet welk aspect van het algemeen belang de gemeenteraad door de bestreden bepaling eigenlijk heeft willen vrijwaren.

De Raad van State staat derhalve voor het probleem het wel omschreven particulier belang van verzoeker tegen een niet nader bepaald algemeen belang af te wegen. Het is derhalve zeer de vraag of hij ter zake zijn toezicht zal kunnen uitoefenen. «L'insuffisance ou l'absence de motivation rend le contrôle plus poussé de la régularité non seulement inutile, mais même impossible», aldus R. Hastiau (op. cit., blz. 193).

De tegenpartij stelt nu wel in de memorie van antwoord dat «de voor het ambt van gemeentesecretaris gestelde voorwaarden, waaronder de minimumleeftijd van 27 jaar, mede worden bepaald door de zorg een zo best en zo rijp mogelijk kandidaat in dit hoogste ambt te kunnen benoemen».

De administratieve overheid blijkt evenwel aan haar verplichting om haar beslissingen op wettelijk verantwoorde motieven te steunen te kort te komen, wanneer zij de beweegredenen van het optreden eerst gaan opzoeken en formuleren nadat een geding tegen dit optreden is ingespannen, m.a.w. wanneer, zoals ter zake, zij zulks doet om het jurisdictioneel toezicht van de Raad van State mogelijk te maken. In het arrest De Cordt, nr. 17.325, van 9 december 1975 heeft de Raad inderdaad gewezen dat de redenen, die voor het eerst voor hem worden aangevoerd, laatijds zijn.

Op grond van het voorafgaande besluiten wij tot de gegrondheid van het eerste middel.

(...)

Arrest

Gezien het verzoekschrift dat Robert De C. op 5 september 1974 heeft ingediend om de gedeeltelijke vernietig-

ging te vorderen van een besluit van 10 mei 1974 waarbij de gemeenteraad van Temse de voorwaarden vaststelt waaraan de kandidaten voor een benoeming tot het ambt van gemeentesecretaris moeten voldoen, de ingestelde vordering meer bepaald strekkende tot vernietiging van punt 6 van artikel 1, waarin de minimumleeftijd om voor benoeming in aanmerking te komen, op 27 jaar wordt gesteld ;

Overwegende dat de verzoeker, die in 1951 geboren werd, verklaart van de bestreden beslissing kennis te hebben gekregen door de oproep van de kandidaten die het gemeentebestuur van Temse in het Belgisch Staatsblad van 17 juni 1974 heeft doen verschijnen ; dat hij het vaststellen van de minimumleeftijd op 27 jaar beschouwt als een willekeurige beslissing omdat uit niets blijkt op welke gronden de gemeenteraad van Temse ertoe gekomen is precies 27 jaar als minimumleeftijd te stellen ; dat verzoeker het willekeurig karakter van die minimumleeftijd tracht aan te tonen door erop te wijzen dat de gemeenteraad bij de vaststelling van de benoemingsvoorwaarden getrouw de circulaire van de gouverneur van Oost-Vlaanderen van 18 januari 1972 volgt, maar dan precies van de daargestelde minimumleeftijd van 21 jaar afwijkt om er 27 jaar van te maken ; dat hij verder doet gelden dat die voorwaarden, tegen de normale praktijk in, werden vastgesteld in geheime zitting en dat nergens een stuk te vinden is waaruit blijkt waarom precies 27 jaar gekozen werd ; dat verzoeker zijn bezwaren tegen de aangevochten bepaling dan de vorm geeft in wat hij stelt twee middelen met onderdelen te zijn, een wat verwarde en kunstmatige formulering die niet zo heel duidelijk is, maar die geacht kan worden op het volgende neer te komen : 1° schending van de aan de gemeenteraad krachtens een algemeen zorgvuldigheidsbeginsel opgelegde motiveringsplicht, aangezien de gemeenteraad niet, in een formele redengeving, de motieven kenbaar gemaakt heeft die hem ertoe gebracht hebben de minimumleeftijd op 27 jaar te stellen, 2° schending van het beginsel dat iedere administratieve beslissing een wettige en uit stukken blijken de grondslag moet hebben, aangezien voor de aangevochten bepaling geen gebleken grondslag voorhanden is, 3° schending van het gelijkheidsbeginsel opgenomen in artikel 6 van de Grondwet, aangezien door willekeurig van de minimumleeftijd van 21 jaar af te wijken, de gemeenteraad zonder reden een hele reeks gegadigden heeft uitgesloten ;

Overwegende dat een gemeenteraad zijn beslissingen enkel formeel moet motiveren indien een voorschrift zulks oplegt ; dat geen voorschrift de gemeenteraad oplegt in een formele redengeving de motieven te doen kennen die hem ertoe brengen bepaalde benoemingsvoorwaarden, b.v. voor het ambt van gemeentesecretaris, te stellen ;

Overwegende dat een overheidsbeslissing inderdaad maar wettig genomen is indien die beslissing een wettige grondslag heeft en tevens blijkt — ook al is er geen formele motiveringsplicht — wat die wettige grondslag is ; dat wat een voldoende wettige grondslag is, bepaald wordt door de aard van de beslissing en de graad van discretionaire bevoegdheid waarover de overheid bij het nemen van haar beslissing beschikt ; dat de grondslag van een beslissing in beginsel uit een of ander stuk moet blijken dat de overheid, toen ze haar beslissing nam, in aanmerking heeft genomen en geacht kan worden haar opvattingen over de opportuniteit van de genomen beslissing te doen begrijpen ;

dat de strekking van sommige beslissingen echter van zodanige aard is dat het waarom ervan direct begrijpbaar is zodat die beslissingen geacht moeten worden in zichzelf hun rechtvaardiging te bevatten ;

Overwegende dat de gemeenteraad in 1974 over een zeer ruime beoordelingsvrijheid beschikte in verband met het vaststellen van de benoemingsvoorwaarden voor het ambt van gemeentesecretaris, en derhalve ook in verband met het bepalen van wat de leeftijd is die een kandidaat voor het hoogst belangrijke ambt van gemeentesecretaris moet hebben om behoorlijk zijn functies te kunnen vervullen ; dat het motief dat een gemeenteraad ertoe brengt een bepaalde leeftijd vast te stellen wettig is, van het ogenblik dat in redelijkheid kan worden aanvaard dat het inderdaad is ingegeven door de bezorgdheid de goede uitoefening van de functie waar het om gaat te bevorderen ;

Overwegende dat het vaststellen van de minimumleeftijd voor een gemeentesecretaris op 27 jaar behoort tot het soort beslissingen waarvan het waarom direct begrijpbaar is indien ermede rekening wordt gehouden dat het besluit van de gemeenteraad van Temse van 10 mei 1974 als benoemingsvoorwaarde ook stelt het bezit van universitaire diploma's, die men normaal niet vóór 22 jaar kan behalen ; dat 5 jaar de gelegenheid te hebben gehad om iets van het werkelijke leven te zien en om wat beroepspraktijk op te doen, een uit zichzelf begrijpelijke minimale voorwaarde is wanneer het erom gaat het administratief hoofd van een vrij belangrijke gemeente als Temse aan te stellen ; dat de verwerende partij derhalve als geloofwaardig voorkomt wanneer ze in haar memorie van antwoord aanvoert dat ze de minimumleeftijd op 27 jaar heeft gesteld omdat die leeftijd haar de minimale waarborg van een minimum aan noodzakelijke ervaring scheen te geven ; dat bijgevolg het vaststellen van de minimumleeftijd om tot secretaris van een gemeente als Temse te kunnen worden benoemd op 27 jaar, in redelijkheid direct begrijpbaar voorkomt en geenszins als willekeurig verschijnt ;

Overwegende dat de bevinding dat de bepaling, die 27 jaar als minimumleeftijd voor een benoeming tot het ambt van gemeentesecretaris te Temse voorschrijft, intrinsiek gefundeerd is, medebrengt dat in die bepaling geen schending van het gelijkheidsbeginsel gevonden kan worden ; dat het beroep derhalve iedere deugdelijke grondslag mist.

(...)

NOOT—Kan een jongere geen geschikt gemeentesecretaris zijn ?

Bovenstaand arrest is interessant in de mate waarin het een toetsing van de discretionaire bevoegdheid van de overheid — *in casu* de gemeenteraad — behelst.

Op 10 mei 1974 had de gemeenteraad van Temse de volgende voorwaarden inzake leeftijd vastgesteld waaraan de kandidaten voor een benoeming tot het ambt van gemeentesecretaris moeten voldoen : «Minimum 27 jaar, maximum 45 jaar. Voor diegenen die pensioengerechtigde diensten kunnen laten gelden welke door de Omslagkas voor Gemeentelijke Pensioenen in aanmerking worden genomen voor de vaststelling van het recht op pensioen ten laste van die kas, wordt de maximum leeftijdsgrens van 45 jaar verhoogd met de duur van die diensten.»

Het gemeenteraadsbesluit stelde geen voorwaarden m.b.t. de beroepservaring.

In 1974 bestonden ter zake nog geen bij koninklijk besluit vastgestelde algemene bepalingen. Thans wordt de materie, ter uitvoering van de artikelen 84, § 1, en 109, tweede lid, van de Gemeentewet, door het Koninklijk Besluit van 20 juli 1976 «tot vaststelling van de grens van de algemene bepalingen betreffende

de voorwaarden tot benoeming in de graden van gemeentesecretaris, adjunct-gemeentesecretaris en gemeenteontvanger» geregeld als volgt : «De minimumleeftijd mag niet lager zijn dan 21 jaar ; de maximumleeftijd mag niet meer bedragen dan die welke de kandidaat in staat zou stellen om, in geval van benoeming, het minimum vereiste aantal dienstjaren te tellen om aanspraak op een rustpensioen te maken.»

De *ratio legis* is duidelijk : de minimumleeftijd is die van de meerderjarigheid ; de maximumleeftijd houdt verband met het recht op pensioen, d.i. de zorg om de gemeentelijke financiën nietodeloos te bezwaren.

Merkwaardig is dat ook het K.B. van 20 juli 1976 geen voorwaarden m.b.t. beroepservaring stelt.

Alleszins was en is de gemeenteraad bevoegd om op discretionaire wijze over de minimumleeftijd te beslissen, in zover nu de benedengrens van 21 jaar in acht wordt genomen.

In casu had de gemeenteraad van Temse de minimumleeftijd van 27 jaar aangehouden, zonder motivering, noch formeel, noch inhoudelijk. De Raad van State aanvaardt in dit arrest de in de memorie van antwoord aangevoerde reden dat die leeftijd «de minimale waarborg van een minimum aan noodzakelijke ervaring scheen te geven» ; de Raad oordeelt dat «het vaststellen van de minimumleeftijd om tot secretaris van een gemeente als Temse te kunnen worden benoemd op 27 jaar, in redelijkheid direct begrijpbaar voorkomt.»

Deze stelling lijkt al te zeer afgestemd op het «quod plerumque fit».

Wanneer het juist is dat de doorsnee-student zijn universitair diploma niet behaalt vóór 22 jaar, dan zijn er toch — vroegrijpe (!) — uitzonderingen, zodat de vaststelling van de minimumleeftijd op 27 jaar niet «intrinsiek gefundeerd» is. En iemand die na zijn middelbare studies onmiddellijk begint te werken, en in de avondschool — (bv. het Hoger Instituut voor Bestuurs- en Handelswetenschappen) — of via de centrale examencommissie van de Staat zijn universitair diploma behaalt, bezit op de leeftijd van 22 of 23 jaar met het vereiste diploma ook reeds de door de Raad van State vooropgestelde vijf jaren beroepservaring.

Anderzijds zijn er heel wat studenten die op 22 jaar nog niet klaar zijn met hun universitaire studies, en/of aanvullende studies ondernemen, zodat zij op de leeftijd van 27 jaar nog geen vijf jaren beroepservaring bezitten.

De redenging van dit arrest is dus geenszins hermetisch. Het ware meer zinvol de leeftijdsvoorwaarde duidelijk te scheiden van de voorwaarde betreffende vereiste beroepservaring. De minimumleeftijd van 21 jaar moet dan worden toegepast, maar aangevuld met de voorwaarde van x jaren beroepservaring.

L.P. Suetens.

HOF VAN BEROEP TE GENT

9e KAMER — 10 JANUARI 1975

Voorzitter : de h. Beeckman

Raadsheren : de hh. Soetaert en Lamiroy

Advocaten : mrs. Van Eeckhout en Beernaert

Schenkingen—Openen van depositoboekjes ten name van een ander—Behoud van het boekje en van een volmacht—Geen schenking.

Het openen van een depositoboekje ten name van een andere persoon doch met behoud van het boekje en van een volmacht om bedragen af te halen, is geen schenking.

B. en V. t/ P.

Overwegende dat appellanten tijdig en op regelmatige manier in hoger beroep zijn gekomen van een vonnis gewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk, eerste kamer, dd. 7 februari 1974 ;

Overwegende dat geïntimeerde teruggave eist van 75.000 frank verhoogd met de sinds 29 augustus 1972 gelopen bankinterest en vanaf de dagvaarding de gerechtelijke rente ;

Overwegende dat geïntimeerde (geboren op 28.9.1897) op 29.8.1972 een bedrag van 85.000 frank liet plaatsen op een depositoboekje ten name van tweede appellante, doch het boekje zelf behield en volmacht had om bedragen af te halen ; dat zij een bedrag van 10.000 frank afhaalde in november 1972, doch appellante kort daarop de volmacht die zij aan geïntimeerde had gegeven introk ;

Overwegende dat geïntimeerde hierop klacht indiende en het politieel onderzoek aan het licht bracht dat de plaatsing van de geldsom op een rekening ten name van appellante geen schenking inhield ; dat het behoud van het boekje door de oude vrouw en het geven van de volmacht duidelijk van het tegendeel laten blijken ;

Overwegende dat zo geïntimeerde bedoelde haar spaarcenten te onttrekken aan haar zoon, dit niet een gifte aan appellante, haar pleegkind, insluit ; dat duidelijk naar het meest geschikte middel is gezocht, met de hulp van de bank, om dit kapitaal tijdens het leven en bij de dood van geïntimeerde te kunnen aanwenden voor haar behoeften en begrafeniskosten ;

Overwegende dat de intrekking van de volmacht door appellanten derhalve strijdig was met hetgeen onder partijen was overeengekomen, een poging inhield om zich in het bezit te stellen van het kapitaal en derhalve een fout is van die aard dat de overeenkomst moet worden ontbonden ten nadele van appellante ; dat zulks teruggave van hetgeen aan kapitaal restte na afhaling van 10.000 frank (75.000 frank) en de gelopen bankrente met zich brengt ;

Overwegende dat appellanten zich niet op een ondubbelzinnig bezit kunnen beroepen, gelet op de omstandigheden waaronder het depositoboekje tot stand is gekomen ;

Overwegende dat de roerende goederen door een der echtgenoten verkregen tijdens het huwelijk in de gemeenschap vallen ; dat appellant, die overigens aan de uitvoering van de opzet deelnam, als hoofd van de gemeenschap mede aansprakelijk is voor de teruggave en wel voor het geheel ;

Op deze gronden,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 ;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk maar slechts in de hierna bepaalde mate gegrond wat appellante betreft, ongegrond voor zover het appellante betreft ;

Bevestigt het bestreden vonnis met dien verstande dat appellant aansprakelijk is voor het geheel, als hoofd van de huwelijksgemeenschap ;

Verwijst appellanten in de kosten van beide instanties.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

Se KAMER — 25 APRIL 1977

Voorzitter : de h. Meers

Raadsheren : de hh. Janssens en van Gelder

Substituut-procureur-generaal : de h. Vandeplas

Inkomstenbelastingen—Beslissing van de directeur der belastingen—Kennisgeving.

Het bestaan van de beslissing van de directeur der belastingen komt niet in het gedrang door het feit dat ze niet aangetekend verzonden werd, daar de kennisgeving door aantekening ter post hoofdzakelijk dient om de termijn van beroep te doen lopen.

Nu ten deze bij ontstentenis van aangetekende verzending, uit niets kan worden afgeleid op welke datum de kennisgeving heeft plaatsgehad, moet het verzoekschrift worden geacht tijdig te zijn ingediend.

P. en L. t/ Belgische Staat

Gelet op het verzoekschrift tot voorziening, betekend bij exploit van 24 oktober 1974 aan de bevoegde directeur en ingediend ter griffie van het Hof van Beroep te Brussel op 25 oktober 1974 ;

Overwegende dat de directoriale beslissing niet bij aangetekend schrijven werd verzonden aan de belastingplichtige of in elke geval geen bewijs van zulke zending wordt voorgebracht (zie nochtans art. 276 W.I.B.) ;

Overwegende dat het bestaan van de beslissing hierdoor niet in het gedrang komt, daar de kennisgeving door aantekening ter post hoofdzakelijk dient om de termijn van beroep te doen lopen (Comm. I.B. 276/49) ;

Overwegende dat volgens artikel 280 W.I.B., het verzoekschrift en het origineel van de betekening op straffe van verval ter griffie van het hof neergelegd moet worden, binnen een termijn van veertig dagen, te rekenen van de kennisgeving van de beslissing aan de belanghebbende ;

Overwegende dat, daar uit niets afgeleid kan worden op welke datum deze kennisgeving in casu heeft plaatsgehad, het verzoekschrift geacht moet worden tijdig te zijn neergelegd ;

(...)

NOOT—De betekening van de beslissing aan de directeur der belastingen bij ter post aangetekende brief

1. Hoewel art. 276 W.I.B. uitdrukkelijk zegt dat de kennisgeving aan de belastingsschuldige van de met redenen omklede beslissing van de directeur der belastingen bij ter post aangetekende brief geschiedt, toch is deze pleegvorm niet op straffe van nietigheid voorgeschreven.

Het bestaan en de rechtsgeldigheid van de directoriale beslissing zijn niet afhankelijk gemaakt van de inachtneming van dit vormvereiste (Cass., 22 december 1953, R.W., 1953-54, 1907).

2. De kennisgeving is in de eerste plaats bedoeld om de schatplichtige op de hoogte te brengen van het eindbesluit bij de afsluiting van de administratieve fase. De bewering dat deze formaliteit uitsluitend in het belang van de contribuabelen wordt nageleefd, komt wel wat simplistisch over (Hof Luik, 24 juni 1953, *Rép. fisc.*, 1954, 280).

In feite wordt de beslissing bij ter post aangetekende brief verzonden omdat de wet het zo wil en omdat deze pleegvorm dan ook het gepaste middel is om op onbetwistbare wijze de termijn van de voorziening te doen lopen (Hof Luik, 28 november 1953, *Rev. fisc.*, 1955, 25).

3. Terecht poneert E. DRION DU CHAPOIS : "Si la recommandation à la poste n'est pas une formalité substantielle de la décision, elle est une formalité substantielle de la notification" (noot onder Hof Brussel, 16 november 1959, *Journ. prat. droit fisc.*, 1960, 123 ; cf. R. HAYOIT DE TERMICOURT, "Les réclamations en matière d'impôts sur les revenus", *J.T.*, 1958, 473).

Zolang de betekening niet is geschied in de door art. 276 W.I.B. voorgeschreven vorm, blijft de termijn van de voor-

ziening doorlopen (Hof Gent, 26 september 1950, *Journ. prat. droit fisc.*, 1951, 68, met noot van J. VAN BASTELAER).

De fiscus heeft ondertussen geen vat op de belastingschuldige, die nog steeds hoger beroep kan instellen zonder gevaar voor afwijzing wegens laattijdigheid (Hof Luik, 17 april 1954, *Journ. prat. droit fisc.*, 1954, 357).

A. Vandeplas

VREDEGERECHT TE DENDERMONDE

26 APRIL 1977

Rechter : de h. De Ridder

Advocaten : mrs. Grysolle en Verwilghen

Huwelijk—Ontvangstmachtiging (art. 221 B.W.)—Ver-eisten : bestaan van een huishouding ; onschuld van de eiser aan de feitelijke scheiding en het voortduren ervan.

Het vereiste voor het toekennen van ontvangstmachtiging (art. 221 B.W.), dat er tussen partijen een normale huishouding bestaat, werd niet opgeheven door de W. 14 juli 1976 (die het begrip «lasten van de huishouding» vervangt door het begrip «lasten van het huwelijk»).

Zelfs al neemt men een ruime interpretatie van het begrip huishouding dan toch kan van geen gezinshuishouding meer sprake zijn na zeven jaar feitelijke scheiding.

Inzake art. 221 B.W. rust op de eisende partij de bewijslast van het feit dat zij wegens geldige redenen de echtelijke verblijfplaats verliet en later iedere toenadering weigerde.

L. t/ H.

Overwegende dat de moeilijkheden tussen partijen blijkbaar sedert lang bestaan daar er door ons plaatsvervangende vrederechter reeds op 11 september 1970 een vonnis verleend werd, waarbij huidige eiser op verzet, veroordeeld werd om aan huidige verweerster op verzet met ingang van 1 september 1970 een maandelijks onderhoudsgeld van 5.000 frank te betalen, onder beding evenwel dat deze maatregel slechts gold voor een termijn van vier maand, d.i. tot en met december 1970 ;

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering van verweerster op verzet ingediend bij verzoekschrift ter griffie van het vredegericht op 30 juli 1976, klaarblijkelijk steunde op de toepassing van art. 221 B.W. ;

Overwegende dat verweerster op verzet in haar conclusie neergelegd ter zitting van 23 november 1976 dan ook ten onrechte om toepassing verzoekt van art. 218 B.W. ;

Overwegende dat rechtspraak betreffende het oude artikel 218, thans 221, vereist dat er een normale «huishouding» zou bestaan opdat men een onderhoudsgeld zou kunnen opvorderen ; deze bijkomende voorwaarde, die afgeleid werd uit de tekst van artikel 218 (oud) is niet opgeheven ten gevolge van de vervanging van het begrip «lasten van de huishouding» door «lasten van het huwelijk» ; inderdaad, niet de formele huwelijksband telt, maar wel het feit dat er nog van een «huishouding» in de zin van het behoud van zekere banden van materiële of affectieve aard, sprake is ;

Dat wanneer er geen «huishouding» meer aanwezig is, de onschuldige echtgenoot in feite alleen maar recht kan

laten gelden op een onderhoudsgeld voor zichzelf op basis van art. 213 B.W., of voor de kinderen op basis van art. 203 B.W. (in dit verband o.m. Hélène Casman en Moni Van Look, *Huwelijksvermogensstelsels*, uitgave Ced. Samsom, 1976 verbo «Wederzijdse rechten en plichten», 10. Bijdragen in de lasten van het huwelijk, blz. 11) ;

Overwegende dat aanlegger op verzet in zijn verzetsakte stelt :

«Vertoger blijft overigens beweren dat gedaagde op verzet oorzaak is van de huishoudelijke moeilijkheden. Sedert meer dan zeven jaar verliet zij de echtelijke woning en bleef stug iedere toenadering of hervatting van dit echtelijk leven weigeren. Intussen leeft zij samen met haar zuster en heeft sedert al die tijd goed verdiend met naaiwerk, waarvan zij nooit het juiste bedrag heeft medegedeeld.»

Overwegende dat verweerster op verzet in haar conclusie, neergelegd ter zitting van 23 november 1976, deze beweringen noch weerlegt noch betwist ;

Overwegende dat in casu verweerster op verzet dan ook niet bewijst dat haar echtgenoot aan zijn verplichtingen opgelegd door art. 221 B.W. niet voldoet en evenmin aantoon dat «toenaderingen» (van haar echtgenoot) om het echtelijk leven te herbeginnen niet oprecht gemeend zouden zijn of dat zij ernstige redenen heeft om niet in de echtelijke verblijfplaats te vertoeven, zoals thans het geval is (Cass., 12 februari 1959, *Pas.*, 1959, I, 600, evenals Cass., 18 oktober 1951, *R.W.* 1951-52, 506) ;

Overwegende bovendien dat de voorbereidende parlementaire werkzaamheden in verband met de toepassing van de huidige wetgeving op de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten, de nadruk leggen op het voorlopig karakter van de maatregelen die genomen kunnen worden op grond van de artikelen 221 en 223 van het B.W. ;

Overwegende inderdaad dat «voorlopige maatregelen» geen bestendige toestand kunnen of mogen scheppen ;

Overwegende dat de voor de toepassing van art. 221 B.W. noodzakelijke «huishouding» tussen partijen — zelfs aannemende een ruimere interpretatie van dit begrip, zoals in de gevallen waar de feitelijke scheiding nog zeer recent is of wanneer de verlaten echtgenoot nog verder in de echtelijke verblijfplaats woont (H. Casman en M. Van Look, *op cit.*, hierboven) — absoluut niet aanwezig is, daar verweerster op verzet reeds meer dan zeven jaar geleden de echtelijke verblijfplaats verlaten heeft ;

Overwegende dat er dan ook aanleiding toe bestaat om het verzet ontvankelijk en gegrond te verklaren en de loon-delegatie af te schaffen daar noch het voormalige art. 218 B.W., noch het huidige art. 221 B.W. tot doel hebben een feitelijke scheiding tussen partijen te bestendigen door aan een vrouw, zonder enige kinderlast een loon en inkomstendelegatie te blijven toekennen ;

(...)

NOOT—Gezinshuishouding vereist voor toepassing van art. 221 B.W. ?

1. In voorliggend geval waren er wellicht twee redenen die de rechter konden aanzetten de gevraagde ontvangstmachtiging te weigeren : a) de oorspronkelijke eiseres bewees niet dat zij aan het traditionele jurisprudentiële onschuldvereiste (geen schuld aan het ontstaan van de feitelijke scheiding en geen schuld aan het voortduren ervan) voldeed ; deze reden wordt door de rechter expliciet ingeroepen ; b) het is best mogelijk dat de bestaansmiddelen waarover de oorspronkelijke eiseres beschikte voldoende belang-

rijk waren om haar man te ontslaan van een geldelijke bijdrage (art. 221, 1e lid, B.W. verplicht beide echtgenoten *zonder onderscheid* naar evenredigheid van hun mogelijkheden bij te dragen in de lasten van het huwelijk); op deze reden wordt door de rechter nauwelijks ingegaan.

2. Daarentegen blijft de rechter uitvoerig stilstaan bij het (zonder meer duidelijke) ontbreken van een gezamenlijke huishouding. O.i. ten onrechte beschouwt hij het bestaan van een gezinshuishouding als een *conditio sine qua non* voor de toekenning van een ontvangstmachtiging.

Verliest hij niet uit het oog dat reeds vóór de W. 14 juli 1976 de rechtspraak deze voorwaarde, die al dan niet terecht door zekere rechtsleer het woord «huishouding» van het oude art 218 B.W. als wettelijke basis toebadacht kreeg, praktisch laten vallen had, en gereduceerd tot de (in wezen onderscheiden) voorwaarde van onschuld aan de feitelijke scheiding etc. (vnl. Cass., 28 maart 1969, R.W., 1969-70, 421, Arr. Cass., 1969, 713, Pas., 1969, I, 673; details: J. PAUWELS, *Rechten en plichten van gehuwden*, Leuven, Acco, 1977, nr. 112, pp. 96-97).

Ten overvloede kan men het verdwijnen van het woord «huishouding» uit art 221 B.W. inroepen. We komen niet onder de indruk van het feit dat de wetgever niet aan dit gevolg van zijn «formele» wijziging gedacht zou hebben. Inderdaad kwam de feitelijke scheiding ternauwernood aan bod bij de voorbereiding van de nieuwe artikelen 212 e.v. (alsof de wettelijke regeling niet in de eerste plaats voor dat soort hypothesen moet worden uitgewerkt), zodat de praktizijn louter op zichzelf is aangewezen.

Het bestaan van een gezinshouding is dus geen voorwaarde meer voor het toekennen van een ontvangstmachtiging, en de W. 14 juli 1976 innoveert op dit punt nauwelijks, zij bevestigt enkel (PAUWELS, l.c.).

3. Met deze oplossing kan ingestemd worden: heeft het zin ontvangstmachtiging te weigeren in gevallen waarin men onderhoudsgeld zou toekennen? Ontvangstmachtiging is enkel een uitvoeringstechniek om de naleving van plichten tot hulp, bijdrage etc. efficiënter af te dwingen. Waar alimentatie wordt toegekend moet ontvangstmachtiging toegekend kunnen worden. We begrijpen nauwelijks hoe men niet sinds lang reeds dit principe verwezenlijkt heeft in het positief recht.

Het voorgaande belet niet dat men bij het toekennen van ontvangstmachtiging de rechter een zekere discretionaire macht verleent (toepassing: «kan» in art. 301bis B.W.), indien men zou menen dat ontvangstmachtiging, waarbij een derde (werkgever vnl.) betrokken wordt, harder aankomt dan de veroordeling tot onderhoudsuitkering.

Prof. J. Pauwels

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN

3e KAMER — 7 DECEMBER 1976

Voorzitter: de h. D'Halleweyn

Rechters in sociale zaken: mevr. De Wael en de h. Kokken

Advocaten: mr. Nys loco mr. Lebacqz

Arbeidsovereenkomst bedienden—Beding van proeftijd—Verlenging van oorspronkelijke proeftijd na diensttreding—Onderling goedvinden—Niet-overschrijding van wettelijke maximumproeftijd—Onwettig.

Krachtens art. 3, § 1, van de gecoördineerde Bediendenwetten moet het beding van proeftijd op straffe van nietigheid schriftelijk vastgesteld worden uiterlijk op het tijdstip waarop de bediende in dienst treedt. Daaruit vloeit voort dat de oorspronkelijk overeengekomen proeftijd zelfs niet met onderling goedvinden na de in-

diensttreding verlengd kan worden, ook al wordt door die verlenging de wettelijke maximumduur van de proeftijd niet overschreden.

Van D. t/ N.V. M.

Overwegende dat de vordering ertoe strekt verweerster te horen veroordelen om aan aanlegger de som te betalen van 83.385 fr., onder voorbehoud van vermeerdering of vermindering in de loop van het geding;

(...)

Overwegende dat niet betwist wordt dat aanlegger van 2 mei 1975 tot 20 september 1975 als bediende in dienst was van verweerster;

Overwegende dat aanlegger betoogt dat verweerster op 20 september 1975 eenzijdig een einde maakte aan de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst zonder hierbij de opzegtermijn in acht te nemen, welke in geval van beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur aan de verbrekende partij wettig is opgelegd; dat verweerster uit dien hoofde aan aanlegger een verbrekingsvergoeding verschuldigd is ten bedrage van 83.385 fr.;

Overwegende dat verweerster hiertegen aanvoert dat aanlegger op 2 mei 1975 aangeworven werd met een proefbeding van drie maanden die op 31 juli 1975 zouden verlopen; dat zij op 24 juni 1975 een onderhoud had met aanlegger, nadat zij had vastgesteld dat betrokkene niet aan de gestelde en gehoopte eisen had voldaan; dat zij, met de bedoeling fair te handelen, aanlegger voorstelde om in plaats van deze laatste tijdens de bedongen proeftermijn af te danken, een hernieuwde proefperiode van drie maanden te bedingen; dat aanlegger zich hiermede akkoord verklaarde in een desbetreffend schrijven van 24 juni 1975; dat, toen de arbeidsprestaties van aanlegger uiteindelijk ontoereikend bleken, verweerster zich genoodzaakt zag aanlegger bij aangetekend schrijven van 12 september 1975 op te zeggen met een opzegtermijn, welke op 20 september 1975 verstreek, dus binnen de hernieuwde proeftermijn die eerst op 31 oktober 1975 zou verstrijken; dat, daar laatstbedoelde termijn in het belang van aanlegger werd overeengekomen en overigens de maximum toegelaten duur van zes maanden niet overschreed, hij geldig tussen partijen werd bedongen; dat verweerster derhalve terecht de overeenkomst met een opzegtermijn van zeven dagen beëindigde;

Overwegende dat een belangrijke rechtsleer en rechtspraak de mogelijkheid betwist om een oorspronkelijk bedongen proeftijd zelfs binnen de wettige maximumgrenzen te verlengen (Arbh. Brussel, 9 juni 1972, J.T.T., 1972, 219; Arbh. Brussel, 2 februari 1973, J.T.T., 1973, 152; Arbh. Luik, 21 mei 1975, T.S.R., 1976, 309; C. Wantiez, J.T.T., 1972, 87; M. Taquet en Wantiez, "La clause d'essai dans les contrats d'emploi à durée indéterminée", J.T.T., 15 en 31 mei 1970); dat, zelfs, indien zou worden aanvaard dat deze mogelijkheid zou bestaan, mits de verlenging door het belang van de werknemer gemotiveerd zou zijn, verweerster niet bewijst dat in casu aan deze voorwaarde voldaan werd; dat uit haar brief van 24 juni 1975 inderdaad kan worden afgeleid dat het motief van de verlenging verband hield met de onmogelijkheid waarin zij verkeerde om tijdens het res-

terende gedeelte van de oorspronkelijke termijn (24 juni tot 31 juli) de arbeidsprestaties van aanlegger te controleren, omdat de heer R. V., haar beheerder-directeur, tijdens die periode afwezig was; dat de wetbepalingen betreffende het proefbeding een afwijking uitmaken van een der primordiale doelstellingen van de wetten betreffende het bediendencontract, te weten het waarborgen van de vastheid van betrekking van de bediende; dat zij als zodanig op limitatieve wijze geïnterpreteerd dienen te worden; dat zij ertoe strekken de periode van onzekerheid, waarin de bediende tijdens zijn proeftermijn verkeert, tot een minimum te beperken; dat zij daarenboven, voor een geldig beroep op bedoeld afwijkingsregime, vereisen dat het proefbeding op voet van gelijkheid vóór het tijdstip waarop de bediende "in dienst treedt" overeengekomen wordt; dat, waar artikel 3, § 1, de partijen "op straffe van nietigheid" verplicht het beding van "proeftijd" schriftelijk vast te stellen, het impliciet vereist dat niet enkel de overwogen "proef" als zodanig, doch tevens de "tijd", gedurende welke het overwogen afwijkingsstelsel van kracht zal zijn, vóór de indiinstreding — dit is buiten elke gezagsdruk — vrij tussen partijen overeengekomen wordt; dat verweerster om al deze redenen niet heeft aangetoond dat zij zich, bij de afdanking van aanlegger, op de uitzonderingsbepalingen van artikel 3, § 4, van de wetten betreffende het bediendencontract kon beroepen; dat het bedrag van de door aanlegger gevorderde verbrekingsvergoeding als zodanig niet betwist wordt door verweerster; dat de vordering derhalve gegrond voorkomt;

(...)

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2^e Kamer), 9 april 1977

Verzekering—Motorrijtuigen—Eigen recht van de getroffene—Voorwaarde—Bestaande verzekeringsovereenkomst—Overeenkomst gesloten toen de schade reeds bestond—Regel van art. 28, Wet van 11 juni 1874.

De burgerlijke partij T., slachtoffer van een verkeersongeval dat door de verdachte L. werd veroorzaakt, had tegen eiseres tot cassatie, verzekeringsmaatschappij, een vordering tot bindendverklaring ingesteld. Het bestreden arrest (Hof Brussel, 30 juni 1971) heeft die vordering om de volgende redenen gegrond verklaard: dat de door eiseres ontwikkelde thesis behoort tot de contractuele rechtsverhoudingen die tussen haar en de verdachte L. bestaan in het gemene verzekeringsrecht, waarvan de kennisneming aan de bevoegdheid van de strafrechter ontsnapt; dat dezelfde thesis ondoeltreffend is t.a.v. de rechtsverhoudingen die tussen eiseres en de door het ongeval benadeelde derden ontstaan zijn; dat het onderscheid tussen die beide rechtsverhoudingen voortvloeit uit art. 1165 B.W. en ter zake van ongevallen met motorvoertuigen speciaal geregeld wordt door de wet van 1 juli 1956 op de verplichte verzekering; dat de benadeelde derden slechts kunnen vaststellen dat betreffende het voertuig waarmee het ongeval geschied is, er met eiseres een polis bestaat, waarvan de dekking ingaat op 29 oktober 1968 te nul uur, dit is enkele uren vóór het tijdstip van het ongeval; dat art. 11 van de

wet uitdrukkelijk zegt dat geen enkele nietigheid, exceptie of verval tegenstelbaar is aan de benadeelde derde; dat de derden enkel kunnen vaststellen dat er een toepasselijke polis in hun voordeel bestaat; dat niet beweerd wordt dat dit een vals stuk is en zelfs niet dat er enig geding ingeleid is om de beweerde nietigheid of het niet-bestaan van verzekering in rechte te doen vaststellen; dat eiseres voorts beweert dat de verzekering onbestaand geweest moet zijn ingevolge door haar beweerd bedrog vanwege de verdachte, die pas na het ongeval en zonder hiervan gewag te maken een aanvraag tot verzekering gedaan zou hebben bij de agent R. te L., die door eiseres ingewilligd werd; dat de benadeelde derden weliswaar het samentreffen opmerken tussen de datum van de aanvang van de dekking en die van het ongeval, maar dat zulks hun niet aangaat; dat eventueel bedrog vanwege de verzekeringsnemer hun niet kan worden tegengeworpen.

Het arrest wordt op de volgende gronden vernietigd:

«Overwegend dat het hof van beroep aldus op de conclusie van eiseres ten betoge dat vaststaat dat op het ogenblik van de aanrijding L. niet gedekt was door enige bestaande verzekeringspolis betreffende zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid als bestuurder, omdat hij pas na het ongeval een verzekering had gesloten en op 12 november een polis had ondertekend met terugwerking tot 29 oktober, nul uur, wat de dekking betreft, antwoordt, zonder het door eiseres gestelde te ontkennen, dat zowel het verweer van eiseres, volgens hetwelk de verzekeringsovereenkomst pas gesloten was na het ongeval, zij het dezelfde dag, als het verweer volgens hetwelk de aanvang van de dekking op nul uur van dezelfde dag was bepaald ten gevolge van bedrog (door de verzekeringsnemer), aan de benadeelde derden niet kan worden tegengeworpen;

«Overwegende dat het eigen recht, aan de benadeelde tegen de verzekeraar verleend bij artikel 6 van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, een bestaande verzekeringsovereenkomst vereist, die het betrokken risico dekt op het ogenblik van het ongeval;

«Overwegende dat landverzekering geen gevolg kan hebben wanneer de voorziene schade reeds bestond op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst; dat die regel, neergelegd in artikel 28 van de wet van 11 juni 1874 op de verzekeringen in het algemeen, aldus moet worden begrepen, dat de overeenkomst in dat geval, bij gebrek aan mogelijk risico, een bestaansvereiste van de verzekering mist;

«Overwegende dat de nietigheden, de excepties en het verval, uit de wet of uit de overeenkomst, die krachtens artikel 11, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956 door de verzekeraar aan de benadeelde niet kunnen worden tegengeworpen, en krachtens artikel 9, vierde lid, van dezelfde wet aan de kennisneming van de strafrechter onttrokken zijn, slechts die zijn welke strekken om de verzekeraar te ontheffen van zijn verplichtingen uit een bestaande overeenkomst, niet die welke het bestaan van de overeenkomst of haar draagwijdte of de bepaling van het gedekte risico betreffen;

«Overwegende dat het hof van beroep, nu het in het onzekere laat of de verzekeringsovereenkomst al dan niet na het ongeval was gesloten, de beslissing dat eiseres het niet-bestaan van een verzekering die het risico verbonden aan het betwiste ongeval dekte, aan de benadeelde niet kon tegenwerpen voor de strafrechter, niet naar de eis van de wet verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Wauters—Raadsheer-rapporteur: de h. Soetaert—Advocaat-generaal: de h. Krings—Advocaten: mrs. De Bruyn en Fally—In de zaak: N.V. A. t/ T., L. en Gemeenschappelijk Waarborgfonds.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 27 oktober 1976

Sociale Zekerheid Werknemers—Bijdragen—Niet tijdige betaling—Afstand van Bijdrageopslag en verwijlinteressen door R.M.Z.—Voorwaarde: betaling voor einde van het kwartaal volgend op dat waarop de bijdragen betrekking hebben—Tijdige overmaking aan sociaal secretariaat dat zelf overmaakt binnen twintig werkdagen na verstreken termijn—Tijdslimiet voor afstand van burgerlijke sancties niet gerespecteerd.

Gebruik makend van de bevoegdheid toegekend bij art. 55, § 1, K.B. 28 november 1969 besloot de R.M.Z. af te zien van bijdrageopslag en verzuimrenten mits de verschuldigde bijdragen betaald zouden zijn voor het einde van het kwartaal volgend op dat waarop ze betrekking hadden, *in casu* uiterlijk op 30 juni 1973.

De betrokken werkgever deed voor 30 juni 1973 het verschuldigde geworden aan zijn sociaal secretariaat dat op zijn beurt stortte aan de R.M.Z. op 18 juli 1973, op grond van het bepaalde bij lid 4 van art. 34 K.B. 28 november 1969 dat de sociale secretariaten een termijn van 20 werkdagen toekent voor het overmaken aan de R.M.Z. van de bijdragen voor het verstreken kwartaal.

Het Arbeidshof te Brussel, afd. Bergen, stelde in zijn arrest van 6 december 1974 dat de betrokken werkgever door zijn tijdige betaling aan het sociaal secretariaat de voorwaarde vervuld had om recht te hebben op vrijstelling van opslag en moratoire interest, terwijl het sociaal secretariaat zijnerzijds aan de R.M.Z. binnen de bij art. 34, lid 4, K.B. 28 november 1969 vastgestelde termijn de bijdragen overgemaakt had.

Op cassatieberoep van de R.M.Z. wordt het bestreden arrest vernietigd.

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerder, die de bijdragen over het eerste kwartaal van het jaar 1973 niet tijdig had betaald, volgens een brief van eiser van 21 juni 1973 die bijdragen mocht betalen 'uiterlijk op 30 juni 1973', in welk geval hij geen betaling zou moeten doen van de bijdrageopslag en van de verwijlinteressen die hij van rechtswege verschuldigd was krachtens artikel 54, lid 1, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 betreffende de maatschappelijke zekerheid van de arbeiders ;

«Dat verweerder het bedrag van die achterstallige bijdragen weliswaar vóór 30 juni 1973 heeft overgemaakt aan het sociaal secretariaat waarbij hij is aangesloten, doch dit bedrag echter pas op 18 juli 1973 bij eiser is toegekomen, dit is na het verstrijken van de termijn die eiser had toegestaan overeenkomstig artikel 55, § 1, 2e, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 dat ten deze van toepassing is ;

«Overwegende dat het arrest niettemin afwijzend beschikt over eisers rechtsvordering tot betaling van voornoemde bijdrageopslag en verwijlinteressen, op grond dat eiser wist dat verweerder bij een erkend sociaal secretariaat was aangesloten ; dat artikel 55, § 1, 2e, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 de bij artikel 34, lid 3, van dit koninklijk besluit voorgeschreven termijn van één maand, na het kwartaal waarvoor de bijdragen verschuldigd zijn, vervangt door een termijn van drie maanden ; dat er bijgevolg toepassing diende gemaakt te worden van lid 4 van hetzelfde artikel 34 dat aan de erkende sociale secretariaten een termijn van twintig dagen toekent om de Rijksdienst voor maatschappelijke zekerheid de bijdragen te doen geworden die zij van de werkgevers hebben bekomen en dat in het onderhavige geval die termijn van twintig dagen is ingegaan bij het verstrijken van het kwartaal volgend op het kwartaal waarop de bijdragen betrekking hadden, namelijk vanaf 30 juni 1973 ;

«Overwegende dat de sociale secretariaten niet de lasthebbers zijn van de Rijksdienst voor maatschappelijke zekerheid, doch alleen van hun aangeslotenen ;

«Dat artikel 34, lid 4, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, dat de erkende sociale secretariaten een termijn van twintig werkdagen toekent om de Rijksdienst voor maatschappelijke zekerheid de bijdragen te doen geworden die zij van hun aangeslotenen hebben bekomen, enkel doelt op het geval dat de werkgever zelf de wettelijke verplichting is nagekomen zijn bijdragen te betalen binnen de maand na het kwartaal waarop zij betrekking hebben ; dat deze bepaling van voormeld artikel 34, lid 4, uitzonderlijk is en derhalve een beperkte draagwijdte heeft, zodat ze niet bij analogie kan worden toegepast wanneer de Rijksdienst voor maatschappelijke zekerheid de werkgever de reeds uitzonderlijke termijn van drie maanden toekent waarvan sprake in artikel 55, § 1, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 ;

«Waaruit volgt dat het arrest de artikelen 28 van de wet van 27 juni 1969, 34, 54 en 55 van het koninklijk besluit van 28 november 1969 heeft geschonden ;»

(Voorzitter ; de h. Polet—Raadsheer-rapporteur : de h. Capelle—Advocaat-generaal : de h. Duchatelet—Advocaat : de h. De Bruin—In de zaak : R.M.Z. t/F.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 19 november 1976

Bewaargeving - 1. Restaurant-hotel—Klant die geen hotelgast is—Geen aansprakelijkheid van exploitant als hotelier—2. Bewaargeving uit noodzaak—Ontstentenis van vrijheid om niet in bewaring te geven—Beoordeling in concreto.

In februari 1972 dineerde de moeder van eiseres met enkele vriendinnen in het restaurant van verweerder. Haar bontmantel overhandigde ze aan de ober, die zich met de mantel naar de gang naast het restaurant begaf waar hij een kelner vroeg hem in de feestzaal te leggen ; na het eten bleek de mantel verdwenen te zijn. Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 24 maart 1975) heeft de eis tot betaling van 100.000 fr. die op een beweerde bewaargeving gebaseerd was, afgewezen. Het eerste middel, dat de miskenning van de bewijskracht van de conclusies en het gebrek aan motivering betreft, wordt verworpen met een aantal overwegingen, waarvan de laatste luidt :

«Overwegende dat, nu de rechter mocht oordelen dat de door verweerder aangehaalde feitelijke gegevens niet werden betwist, hij eveneens op deze feitelijke elementen mocht steunen om in feite en derhalve soeverein te beslissen dat het ten deze om een 'louter gedogen' ging en niet om een bewezen bewaargeving waarin verweerder stilzwijgend zou hebben toegestemd ; dat in zodanige motivering geen 'twijfel' schuilt ;

«Dat het middel niet kan worden aangenomen.»

In het tweede middel wordt aangevoerd, dat er bewaargeving uit noodzaak was, 1) daar er in het restaurant buitengewoon veel volk was en er geen plaats meer aan de kapstokken was, zodat de moeder van eiseres wel gedwongen was de mantel in bewaring te geven ; 2) daar verweerder tegelijk een restaurant en een hotel exploiteert. Beide onderdelen van het middel worden verworpen :

«Wat het tweede onderdeel betreft :

«Overwegende dat het feit dat verweerder ook een hotel exploiteert niet van die aard is dat hij daarom als bewaarnemer aansprakelijk zou zijn voor de zaken die alle personen die zijn inrichting bezoeken, zouden meebrengen ;

«Dat het arrest, hetwelk met de eerste rechter vaststelt dat de oorspronkelijke eiseres geen hotelgast was doch enkel gebruik maakte van het restaurant, daaruit wettelijk afleidt dat de artikelen 1952 en volgende van het Burgerlijk Wetboek geen toepassing vinden daar 'enkel de persoon die in het hotel logeert zich mag beroepen op de bewaargeving aan de hotelier en niet diegene die er enkel een eetmaal gebruikt' ;

«Dat het onderdeel naar recht faalt ;

«Wat het eerste onderdeel betreft :

«Overwegende dat het arrest, na te hebben beslist dat de verplichtingen van verweerder moeten worden beoordeeld rekening houdend met zijn hoedanigheid van exploitant van een restaurant en niet met die van hotelier, ook onderzoekt of er ten deze een bewaargeving uit noodzaak is geweest ; dat het desaanvaande vaststelt dat 'uit de feiten blijkt dat S. (de moeder van eiseres) geenszins gedwongen was zich van haar mantel te ontdoen in de mate en op de wijze waarop ze dit heeft gedaan' ;

«Overwegende dat de bewaargeving uit noodzaak, zoals omschreven in de artikelen 1348 en 1949 van het Burgerlijk Wetboek, onderstelt dat de bewaargever beroofd werd van de vrijheid om niet in bewaring te geven en om een andere bewaarnemer te kiezen ; dat zodanige beroving in concreto en op onaantastbare wijze door de feitenrechter wordt beoordeeld ;

«Overwegende dat door te verwijzen naar de feitelijke omstandigheden die bij het onderzoek van het eerste middel nader worden toegelicht, het arrest zijn beslissing over het gebrek aan noodzaak regelmatig motiveert ;

«Overwegende dat het onderdeel voor het overige erop neerkomt de feitelijke en derhalve soevereine beoordeling van de rechter kritiseren ;

«Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen.»

(Voorzitter : de h. de Vreese—Raadsheer-rapporteur : de h. Châtel—Advocaat-generaal : de h. Velu—Advocaat : mr. Houtekier—In de zaak : L. t/ I.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 29 november 1976

Verkeer—Art. 16-1 Wegverkeersreglement—Voorrang van de van rechts komende bestuurder die in verboden richting rijdt.

Het Hof van Cassatie vernietigt een vonnis van 30 april 1976 van Corr. Luik op de volgende gronden :

«Overwegende dat het vonnis van oordeel is dat eiser, die rechts van verweerder kwam, alleen aansprakelijk is voor het litigieuze ongeval, op grond dat hij, toen hij het kruispunt was opgereden uit een verboden richting, voor zijn verweerder, 'die aan het begin van de aan rechterzijde gelegen straat een verkeersbord nr. 62 zag en trouwens de plaats zeer goed kende', een onvoorzienbare hindernis is geweest ;

«Overwegende dat de aan de van rechts komende bestuurder toegekende voorrang niet ophoudt wanneer die bestuurder in verboden richting rijdt ;

«Overwegende dat, hoewel het verschijnen aan een kruispunt van een voertuig dat van rechts komt en in verboden richting rijdt, wegens de omstandigheden een onvoorzienbare hindernis kan zijn voor de bestuurder op de opgereden weg, de rechter echter het onvoorzienbaar karakter van een dergelijke gebeurtenis niet alleen kan afleiden uit de overwegingen dat eiser in verboden richting reed en dat verweerder een verkeersbord zag voor eenrichtingsverkeer op de genaderde weg en de plaats kende ;

«Dat het vonnis, door, op de enige grond die het ver-

meldt, te beslissen dat eiser alleen aansprakelijk is voor het ongeval en dat verweerder geen fout heeft begaan, zijn beslissing inzake de civielrechtelijke vorderingen niet wettelijk verantwoordt.»

(Voorzitter : baron Richard—Raadsheer—rapporteur : de h. Legros—Advocaat—generaal : de h. Velu—Advocaten : mrs. Dassel en Houtekier—In de zaak : G. e.a. t/ N. e.a.)

NOOT—Zie Cass., 14 februari en 16 mei 1966, *Pas.*, 1966, I, 760 en 1169. Het laatste arrest zegt dat in verboden richting rijden geen manoeuvre in de zin van art. 17 uitmaakt.

Hof Brussel, 16 maart 1971, *Pas.*, 1971, II, 192, legt het grootste deel van de aansprakelijkheid op een ziekenwagen die in een verboden richting reed zonder zijn speciaal geluidssignaal te doen werken.

Hof van Cassatie (2e Kamer), 30 november 1976

1. Schade en schadeloosstelling—Feitelijk gescheiden echtgenoten—Overlijden van de vrouw—Kans van bijdrage of verzoening—Beoordeling door de rechter—2. Arbeidsongeval—Rechten van het slachtoffer of zijn rechtverkrijgenden tegen de schuldige.—Subrogatie van de verzekeraar—Omvang.

Het bestreden arrest (Hof Gent, 6 april 1976) heeft de vordering afgewezen, waarbij eiseres van verweerder de terugbetaling vordert van het rentekapitaal dat zij als arbeidsongevallenverzekeraar heeft moeten vestigen ten gunste van een man wegens het overlijden van zijn vrouw, een werknemster, die door de schuld van verweerder om het leven is gekomen. De rechter heeft overwogen dat de getroffen gescheiden leefde van haar man, die noch uit haar loon noch uit haar economische waarde als huisvrouw enig voordeel haalde, dat er geen indicies zijn dat de echtgenoten zich met elkaar zouden verzoenen en dat de man in staat is zelf een behoorlijk inkomen te verwerven. Het middel, waarbij eiseres aanvoert 1) dat de man wel voordeel uit de inkomsten van de vrouw kon halen en een schade geleden heeft doordat een kans verloren is gegaan, 2) dat eiseres, in zijn rechten gesubrogeerd, de terugbetaling van het volledige rentekapitaal kon vorderen, wordt als volgt verworpen :

«Betreffende het eerste onderdeel :

«Overwegende dat het arrest, op grond van de in het middel overgenomen en ook van andere gegevens betreffende de bestaande feitelijke scheiding tussen het overleden slachtoffer van het arbeidsongeval en haar wettige echtgenoot, zonder tegenstrijdigheid, in feite en op onaantastbare wijze beslist dat er, naar redelijke verwachting, geen kans bestond dat de echtgenoot zijn echtgenote in de toekomst ooit zou hebben kunnen dwingen bij te dragen in zijn onderhoud en dat er geen indicies zijn om aan te nemen dat zij zich in de toekomst zouden hebben verzoend ; dat het arrest daaruit, eveneens zonder tegenstrijdigheid, in feite en op onaantastbare wijze heeft kunnen afleiden dat de echtgenoot geen schade heeft geleden door inkomstenverlies ten gevolge van het overlijden van zijn echtgenote, en aldus de conclusie van eiseres, die, overigens zonder aanvoering van feiten, staande hield dat de kans op schade wel bestond, beantwoordt ; dat het arrest niet behoefde in te gaan op de vraag of de echtgenoot schuld had aan de feitelijke scheiding, nu die vraag niet meer dienend was en door eiseres overigens niet was gesteld ;

«Betreffende het tweede onderdeel :

«Overwegende dat artikel 46, § 1, 4°, van de Arbeid-

songevallenwet van 10 april 1971 voor de getroffen of rechthebbenden het recht behoudt om, ongeacht de uit de Arbeidsongevallenwet voortvloeiende rechten, de rechtsvordering inzake burgerlijke aansprakelijkheid in te stellen tegen de personen die voor het ongeval aansprakelijk zijn, behalve de werkgever en zijn lasthebbers of aangestelden : dat artikel 47 van dezelfde wet aan de verzekeraar en het Fonds voor Arbeidsongevallen het recht verleent om de rechtsvordering waarvan sprake is in artikel 46, § 1, 4°, op eigen risico in te stellen, en bepaalt dat zij alsdan treden in de rechten welke de getroffen of zijn rechthebbenden hebben tegen de voor het arbeidsongeval aansprakelijke tot beloop van wat zij hun hebben betaald en van een bedrag gelijk aan het kapitaal dat de door hen verschuldigde waarde van de jaarlijkse vergoeding of rente vertegenwoordigt ;

«Overwegende dat de arbeidsongevallenverzekeraar die krachtens de genoemde wetsbepaling treedt in de rechten van de getroffen of diens rechthebbenden tegen een derde, geen andere rechten kan uitoefenen dan eerstgenoemden hadden kunnen uitoefenen en die strekken tot herstel van schade als door de arbeidsongevallenverzekering gedekt, ten deze schade geleden ten gevolge van verlies aan beroepsinkomen, ; dat de vordering die de getroffen of diens rechthebbenden hadden kunnen uitoefenen, steunt op het gemene recht en naar de regels van het gemene recht bewezen schade veronderstelt ;

«Overwegend dat het arrest derhalve, na in feite te hebben beslist dat de echtgenoot aan de getroffen geen schade had geleden wegens verlies van enig aandeel in het beroepsinkomen van de getroffen, daaruit overeenkomstig de in het middel genoemde wetsbepalingen heeft afgeleid dat eiseres geen verhaal kon uitoefenen ;

«Dat het middel niet kan worden aangenomen.»

(Voorzitter : de h. Wauters—Raadsheer—rapporteur : de h. Soetaert—Advocaat-generaal : de h. Lenaerts—Advocaten : mrs. Houtekier en Bayart—In de zaak : de Sociale Voorzorg t/ M.)

Arbh. Gent (1^e Kamer), 2 december 1976

Arbeidsongeval—Blijvende arbeidsongeschiktheid—Eis tot herziening—Vertrekpunt—Vonnis van consolidatie—Later vonnis over het basisloon irrelevant.

Zoals de eerste rechter beslist het Arbeidshof dat de herzieningstermijn begint te lopen vanaf de datum van het in kracht van gewijsde gegane vonnis omtrent de consolidatie en dat het feit dat het basisloon pas in een later vonnis werd vastgesteld ter zake niet dienend is.

«Overwegende dat nu in bedoeld vonnis, waartegen geen beroep werd ingesteld, de geconsolideerde toestand van getroffen vastgesteld werd het vertrekpunt van de termijn tot herziening vanaf de datum van dit vonnis is beginnen te lopen ;

«Dat echter het vonnis van de vrederechter van 17 mei 1972 slechts het basisbedrag bepaalde - weliswaar een noodzakelijk gegeven tot berekening van de vergoedingen, doch een element dat bij de herziening niet opnieuw kan ter sprake gebracht worden (Cass. 25 juni 1976, R.W. 1975-76, 1493) - en geen enkele beschikking bevat omtrent het blijvend karakter van de arbeidsgeschiktheid van getroffen waarvan de wijziging de enige rechtsgrond is tot herziening ;

«Dat geen enkele wetsbepaling de rechter het recht ontzegt over beide hoger genoemde elementen in afzonderlijke beslissingen te statueren ; dat integendeel zulks noodzakelijk gemaakt wordt door de partijen welke soms nalaten de

cijfers te verschaffen welke de berekening van het basisloon moet mogelijk maken ;

«Overwegende dat verder de verwijzing door appellante naar artikel 65 van de Arbeidsongevallenwet niet terzake is aangezien deze wetsbepaling handelt over de noodzakelijke bestanddelen van een overeenkomst tussen partijen welke voor homologatie dient voorgelegd, terwijl in casu het vonnis van 2 februari 1972 geen homologatie is van een overeenkomst.»

(Voorzitter : de h. De Sutter—Raadsheren in sociale zaken : de hh. Paeme en Verdonck—Eerste advocaat-generaal : de h. Vandermeersch—Advocaat : mr. Verschoore—In de zaak : N.V. Groep José t/ D.)

Arbh. Antwerpen (3e Kamer), 31 mei 1977

1. Hoven en rechtbanken—Verbod uitspraak te doen over niet gevorderde zaken—Arbeidsongeval—Blijvende ongeschiktheid die hulp van andere persoon vereist—Openbare orde - Akkoord van getroffen over percentage—Rechter kent meer toe—2. Berusting en bewilliging—Arbeidsongeval—Schadeloosstelling—Openbare orde—Akkoord van getroffen in eerste aanleg met bepaald percentage—Mogelijkheid verhoging te vorderen in hoger beroep.

Over het hoger beroep van de verzekeraar tegen een vonnis van Arbrb. Antwerpen, 23 december 1976, beslist het hof :

«Overwegende dat de deskundige wegens de noodzakelijkheid van hulp van derde tot het besluit komt dat de graad van blijvende arbeidsongeschiktheid op 115 % bepaald dient te worden ;

«Overwegende dat geïntimeerde zich op ondubbelzinnige wijze in zijn conclusie, neergelegd ter zitting van 2 december 1976 van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen, akkoord heeft verklaard met de deskundige en aan de rechtbank heeft gevraagd hem akte te verlenen van dit akkoord ;

«Overwegende dat geïntimeerde aldus zijn oorspronkelijke vordering, vervat in de dagvaarding en strekkende tot het verkrijgen van de vergoedingen op basis van 135% blijvende arbeidsongeschiktheid, had verminderd tot het verkrijgen van de vergoedingen op basis van 115% ; dat het, gelet op de bewoordingen van vermelde conclusie van 2 december 1976, niet opgaat te beweren dat het hier niet ging om een echt akkoord maar veeleer om een beslissing zich neer te leggen bij de wijsheid van de eerste rechter ; dat deze laatste trouwens eveneens vaststelt dat partijen akkoord waren over een percentage van 115% ;

«Overwegende dat de eerste rechter, niettegenstaande dit akkoord, de overeengekomen 115% heeft opgedreven tot 135% ; dat hij in dit verband vooropstelt dat de verplichting om de overeenkomst door de arbeidsrechtbank te laten bekrachtigen inhoudt dat, zelfs indien partijen akkoord gaan, de arbeidsrechtbank behoort te oordelen of het slachtoffer de vergoedingen krijgt waarop het aanspraak heeft en dat, daar de wet van openbare orde is, geen akkoord bekrachtigd kan worden dat klaarblijkelijk aan dit elementaire vereiste niet voldoet ;

«Overwegende dat deze redenering en zienswijze van de eerste rechter niet beaamd kunnen worden ;

«Overwegende dat de bepalingen van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, die de aan de getroffen toekomstige schadeloosstelling regelen, weliswaar de openbare orde raken (Cass., 9 april 1975, R.W., 1975-76, 95), maar de rechter niet meer kan toestaan dan wat gevraagd wordt, en de toestand van de verzekeraar niet mag

verzwaren, onverschillig of de aan het gerecht voorgelegde zaak al dan niet de openbare orde raakt (cf. Cass., 13 oktober 1966, R.W., 1966-67, 1423; Cass., 13 april 1972, Pas., 1972, I, 744; F. Rigaux, «L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé», R.C.J.B., 1973, 246);

«Overwegende dat de eerste rechter ter zake dan ook geen 135% voor de berekening der jaarlijkse vergoeding mocht toekennen, nu de partijen akkoord gingen over 115% en geïntimeerde zijn oorspronkelijke eis van 135% op 115% had teruggebracht;

«Overwegende dat echter dient te worden vastgesteld dat geïntimeerde in hoger beroep vraagt dat hem 135% wordt toegekend, overeenkomstig het vonnis a quo;

«Overwegende dat geïntimeerde gerechtigd is dit verzoek in hoger beroep te doen; dat, zoals hierboven is aangehaald, de bepalingen van de Arbeidsongevallenwet, die de aan de getroffen toekomende schadeloosstelling regelen, de openbare orde raken en geïntimeerde niet geacht kan worden, niettegenstaande zijn akkoord over 115% in eerste aanleg, afgezien te hebben van het recht om een hogere vergoeding te vragen in hoger beroep (cf. Cass., 9 april 1975, gec.).»

(Voorzitter: de h. Marcelis - Raadsheren in sociale zaken: de hh. Walraet en Raus - Advocaten: mrs. De Smet loco Engels en De Pourcq - In de zaak: N.V. D. t/ M.)

Rb. Brussel (14e Kamer), 20 april 1977

Echtscheiding—Op grond van bepaalde feiten—Bewijs—Verklaring van kind van partijen in strafrechtelijk vooronderzoek—Art. 931, lid 2, Ger. W.

Op de door de man ingestelde tegeneis staat de rechtbank met de volgende overwegingen *de plano* de echtscheiding ten nadele van de vrouw toe:

«Overwegende dat uit een strafrechtelijk onderzoek nr. . . . , afgesloten door een beschikking van buitenvervolginstelling van de raadkamer te Hasselt, blijkt dat verweerster op tegeneis, wonende te K., op 29 augustus 1976 te 5 uur te Z., . . . laan, nr. . . . , aangetroffen werd in de slaapkamer van de genaamde S.M. en bekende de nacht in het bed van laatstgenoemde, met wie ze bekende bevriend te zijn en af en toe in de weekends samen uit te gaan, te hebben doorgebracht, terwijl S.M. toegang op de canapé in de living te hebben geslapen;

«Overwegende dat uit het geseponneerd strafdossier nr. . . . , afdeling gezin van het parket van de procureur des Konings te Brussel, samengesteld op klacht van verweerster op tegeneis tegen haar minderjarige dochter Marie-Hélène De S., blijkt dat laatstgenoemde verklaarde dat voornoemde S.M. regelmatig de nacht doorbrengt in de slaapkamer en in hetzelfde bed als haar moeder, verweerster op tegeneis, en dat het reeds verschillende malen voorgevallen is dat haar moeder tijdens de weekends uit huis blijft;

«Overwegende dat verweerster op tegeneis zich tevergeefs op grond van art. 931, lid 2, Ger. W. verzet tegen de verklaring van Marie-Hélène De S.;

«Overwegende inderdaad dat laatstgenoemde wetsbepaling beperkt is tot de rechtspleging van het getuigenverhoor in burgerlijke zaken en niet betekent dat de rechter die in een burgerlijk geding uitspraak doet, de verklaringen welke bloedverwanten in nederdalende lijn aflegden in een strafrechtelijk vooronderzoek, niet als bron van inlichtingen in aanmerking zou mogen nemen in een geding tussen hun bloedverwanten in opgaande lijn (Cass., 27 september 1974, R.W., 1974-75, 753);

«Overwegende dat voormelde feiten ernstige grieven zijn voor eiser op tegeneis en het toestaan van de echtscheiding verantwoord ten laste van verweerster op tegeneis.»

(Voorzitter: de h. Van Malderen—Rechters: mevr. Viérin en Vaes—Openbaar ministerie: de h. Mahieu—Advocaten: mrs. Vandervondelen en Van de Velde—In de zaak: L. t/ De S.)

Rb. Antwerpen (kort geding), 16 februari 1977

Persoonlijkheidsrechten—Levensverzekering—Beweerde staat van dronkenschap bij overlijden door ongeval—Uitsluiting—Verzoek tot lijkschouwing—Kort geding.

Wijlen Alfons V., die met gedaagden samenwoonde, had bij eiseres een levensverzekering gesloten met beding van dubbele uitkering bij ongeval. Bij een verkeersongeval op 30 januari 1977 omstreeks 23.35 uur kwam hij om het leven. Eiseres, die beweert vernomen te hebben dat hij zijn wagen in staat van dronkenschap bestuurde, een omstandigheid die het verval van het recht op uitkering meebrengt, heeft op 11 februari 1977 de begunstigen in kort geding gedagvaard ten einde een deskundige te horen benoemen met opdracht, na hiertoe de administratieve machtiging te hebben gekregen, een lijkschouwing uit te voeren. De eis wordt om de volgende redenen als ongegrond afgewezen:

«Overwegende dat het recht op de onschendbaarheid van het lichaam een hoogst persoonlijk onvervreemdbaar recht is; dat na het overlijden dit recht overgaat naar de naaste familieleden, zodat slechts principieel tot lijkschouwing zou kunnen worden overgegaan, hetzij met instemming van de familieleden, hetzij wanneer een openbaar belang zulks zou vergen (Dierkens, *Lichaam en lijk*, nrs. 300 e.v.);

«Overwegende dat het in casu slechts gaat om een privé-belang van eisende partij die ter zake slechts vage vermoedens heeft met betrekking tot een mogelijke staat van dronkenschap van de overledene, vermoedens die door niets worden gestaafd;

«Overwegende dat het ons dan ook niet toekomt van de aflijvige een vaststelling af te dwingen in zijn nadeel, waartoe hij tijdens zijn leven nooit de toestemming gegeven zou hebben.»

(Voorzitter: de h. Kiebooms—Advocaten: mrs. Goossens en Dierckxsens—In de zaak: N.V. C. t/ V. en Van C.)

Vred. Westerlo, 17 november 1976

Huwelijk—Ontvangstmachtiging—Bewijs van arbeidsongeschiktheid van gerechtigde—Medisch attest—Deskundigenonderzoek.

De vordering strekt ertoe eiseres te doen machtigen om bij uitsluiting van haar echtgenoot rechtstreeks bij zijn werkgever een bedrag van 10.000 fr. per maand op de opbrengst van zijn arbeid in ontvangst te nemen als onderhoudsgeld voor haarzelf en haar kind.

«Overwegende dat eiseres een medisch attest overlegt, afgeleverd door dr. C. te H., waaruit blijkt dat zij volledig, bestendig en definitief arbeidsongeschikt is:

«dat deze gegevens ten stelligste betwist worden door de verwerende partij;

«Overwegende dat het in die omstandigheden nuttig en noodzakelijk blijkt een deskundige-geneesheer aan te stellen.»

De opdracht luidt : eiseres te onderzoeken en te bepalen of zij geschikt is tot werken, vast te stellen of de eventuele arbeidsongeschiktheid al dan niet volledig en blijvend is.

(Rechter : de h. Verhaert - Advocaten : mrs. Gilis en De Rycke - In de zaak : S. t/ G.)

BERICHTEN

Erratum

Het cassatiearrest dat gepubliceerd werd in R.W., 1976-77, 993, met een noot van H. Casman, draagt de datum van 22 april 1976, niet van 24 april 1976, zoals verkeerdelijk vermeld is.

Het statuut van de kandidaat-notaris Studiedag te Leuven op 25 november 1977

Op 25 november organiseert de onderwijscommissie notariaat van de Rechtsfaculteit te Leuven ten behoeve van haar oud-studenten en hun stagemeesters, en alle andere belangstellenden, een studiedag over «Het statuut van de kandidaat-notaris».

Nadere informatie alsmede de nodige inschrijvingsformulieren kunnen bekomen worden bij professor A. Van Hoestenbergh, Voorzitter Onderwijscommissie Notariaat, Ladeuzeplein 17, 3000 Leuven.

Interuniversitaire Studiedag voor Publiekrecht

Het Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht organiseert op 4 november 1977 een Interuniversitaire Studiedag voor Publiekrecht rond het volgende onderwerp : «De vrijheid van meningsuiting. Begrenzungen bij het gebruik van de middelen voor meningsuiting».

Vier rapporten zullen de discussies inleiden :

«Libres propos sur la liberté d'expression», door F. Delpérée (U.C.L.); «Vrije meningsuiting langs straten en pleinen», door K. Rimanque en J. De Jong (U.I.A.); «La communication audio-visuelle», door A. Vanwelkenhuyzen en M. Hanotiau (U.L.B.); «Enkele overwegingen over de vrijheid van drukpers», door J. De Meyer (K.U.L.)

Inschrijving en inlichtingen : Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht, Museumstraat 16, 1000 Brussel, tel. 02/511 44 05.

Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen - Studiedag

De Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen organiseert op 22 oktober e.k. haar jaarlijkse studiedag over het thema : «*een beter verdeling van de beschikbare arbeid*».

Het programma luidt :

- 9 u. 30 Verwelkoming, door prof. R. Blanpain, K.U.L., Voorzitter
- 9 u. 45 «Tewerkstellingsvooruitzichten in België tot 1980», door prof. V. Van Rompuy
- 10 u. 45 Koffiepauze

- 11 u. 00 «Tewerkstelling van vrouwen en jongeren», door M. Van Hemeldonck

- 12 u. 00 Lunch
Gedurende de lunch wordt het boek «30 jaar arbeidsverhoudingen in België» gepresenteerd door prof. Blanpain en het eerste exemplaar aangeboden aan minister De Backer

- 14 u. 30 Standpunten en reacties van de verschillende organisaties

V.B.O.	J. Van Holm
A.B.V.V.	De Batselier
A.C.L.V.B.	W. Waldack
A.C.V.	P. Matthijs

- 16 u. 00 Slottoespraak

De zittingen hebben plaats in de Aula Major van de Universitaire Instelling Antwerpen, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk.

De inschrijvingsprijs bedraagt : 800 fr. voor niet-leden ; 700 fr. voor leden. Dokumentatie en middagmaal zijn in deze prijs begrepen.

Studenten hebben gratis toegang. Voor het middagmaal dienen zij 275 fr. te betalen.

De betaling kan geschieden door storting op : bankrekening 033-9992825-65 van de U.I.A. voor rekening 8009 CA - 203 024 6 - Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk.

Inlichtingen en inschrijvingen : Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen, p/a Departement Rechten, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk ; tel. 031/28.25.28.

Belgische vereniging voor Europees Recht Algemene vergadering op 27 oktober 1977

De algemene vergadering van de Vereniging zal plaats hebben op 27 oktober 1977 (17.30 uur) in de lokalen van de Universitaire Stichting (Zaal A), Egmontstraat 11, 1050 Brussel.

Agenda :

1. Goedkeuring van het proces verbaal van de algemene vergadering van 21 oktober 1976.
2. Rapport van de werkzaamheden van de afdelingen.
3. Financieel verslag.
4. Vooruitzichten van de werkzaamheden in 1978.
5. Benoeming van 18 nieuwe beheerders.
6. Benoemingen van een commissaris, twee algemene secretarissen en een penningmeester.
7. Varia.

Het bestuur van de Vereniging zou het bijzonder op prijs stellen, moesten de belangstellende leden zich kandidaat willen stellen voor een mandaat van beheerder, commissaris, secretaris of penningmeester.

De laatste jaren kende de Vereniging een onbetwistbare bloei, die door de bijval van haar werkzaamheden bewezen werd.

Een verdere uitbouw is echter alleen mogelijk, indien de Vereniging bestendig op nieuwe krachten kan bogen.

Negen mandaten van beheerders zijn voorbehouden aan nederlandsstalige leden., terwijl een secretaris eveneens nederlandsstalig moet zijn.

Na de algemene vergadering houdt de Heer Claus Dieters EHLERMANN, directeur generaal van de juridische Dienst van de Commissie der E.G., een voordracht over het thema : «Le budget des Communautés pour 1978 : source d'une nouvelle crise?».

De zitting wordt besloten met een receptie, waartoe de leden hartelijk worden uitgenodigd.