

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

TOETSING VAN VERHOGINGSBEDINGEN — NAAR EEN BETERE BESCHERMING TEGEN ONEREUZE BEDINGEN IN STANDAARDCONTRACTEN ?

1. Het in dit nummer afgedrukt arrest van het Hof van Cassatie van 17 juni 1977 inzake D. en H. t/ N.V. O. wijst op een betreuenswaardige stilstand in de ontwikkeling van het Belgisch recht naar een betere bescherming van de zwakkere contractspartners (in hoofdzaak consumenten) tegen onbillijke contractsvoorwaarden. Het arrest betreft de problematiek der verhogingsbedingen, een vorm van schade/boetebedingen¹. Schade- en exonerationbedingen, die respectievelijk de aansprakelijkheid wegens wanprestatie van de belover verzwaren en die van de bedinger verlichten, vormen samen het (materiële) kernstuk² van de problematiek der «algemene verkoopsvoorwaarden». Op de termen «algemene verkoopsvoorwaarden», toetredings- of adhesiecontracten, standaardcontracten, onereuze of onbillijke contractsbedingen/-voorwaarden, kom ik straks nog terug. Ook de mogelijkheden voor een betere con-

sumentenbescherming³ op dit voorlopig vaag gehouden terrein, zullen straks in het kort met behulp van buitenlandse voorbeelden geadstrueerd worden.

Eerst zal ik even ingaan op het geciteerde cassatiearrest en op de problematiek der verhogingsbedingen in het Belgisch recht. Meteen zal reeds duidelijk worden waarom van een betreuenswaardige stilstand werd gewaagd.

I. Ongeoorlooftheid van verhogingsbedingen

2. Strafbedingen houden sinds lang de juridische gemoederen bezig⁴. Daar de problematiek van en de

¹ In navolging van de in de wet (art. 1229 B.W.) en de literatuur gangbare terminologie zal ik, behalve waar het onderscheid wordt gemaakt, ter aanduiding van zowel schadebedingen (= schadeforfaitariserende bedingen) als van boetebedingen (= contractuele strafbedingen) de term *strafbeding* gebruiken. Zoals Y. SCHOENTJES-MERCHJERS («Strafbeding-Boetebeding», T.P.R., 1969, 52) terecht opmerkte, is de term *boetebeding* eigenlijk correcter (de «straf» is steeds een geldsom). Deze term heeft zich evenwel niet doorgezet (tenzij in de Beneluxtekst; zie *infra*).

² Andere frequent voorkomende (van het gemene recht afwijkende) standaardbedingen zijn arbitrale en rechterlijke competentiebedingen, prijsverhogingsbedingen, eigendomsvoorbehoudsbedingen, wijzigingsvoorbehoud- en annulatiebedingen (zie ook andere voorbeelden in de §§ 10 en 11 Duitse AGBG, *Contractenrecht*, VII (Hondius), nrs. 290-311, en R. OVEREEM, *Consumentenkoop*, Groningen, 1976, pp. 29-30).

³ Wat men het *algemeen deel* van het (materiële) consumentenrecht zou kunnen noemen (over de term «consumentenrecht» zie de inleiding bij mijn artikel «Recente ontwikkelingen in het Zweedse consumentenrecht. Stof tot nadenken voor de Belgische wetgever», te verschijnen in T.P.R., 1977) bestrijkt benevens de bescherming i.v.m. de inhoud van contracten (o.a. standaardbedingen), ook de *wijze* waarop de contracten tot stand komen (agressieve verkoopmethoden en reclame, organisatie van de distributie), de *veiligheid* en *kwaliteit* der produkten en diensten (warenwetgeving, produktenaansprakelijkheid) en de *informatie* van de consument (o.a. prijs- en hoeveelhedaanduiding, etikettering). Tot het formele recht behoren de instellingen (zoals een consumentenombudsman of een raad voor het verbruik) en rechtsmiddelen («small claims»-procedure, vordering tot staken...).

⁴ Voor een overzicht van de controverse rond dit instituut vóór het cassatiearrest van 17 april 1970, zie de grondige studie van I. MOREAU-MARGRÈVE, «Une institution en crise : la clause pénale», R.C.J.B., 1972, 459-504. Voor een bespreking van de recentere rechtspraak, zie E. WYMEERSCH, «Toetsing van verhogingsbedingen», R.W., 1976-77, 135-146. Naar aanleiding van laatstgenoemd artikel kwam het (zij het slechts over een aspect) zelfs tot een wetenschappelijke polemiek — een vrij zeldzaam genre in de Vlaamse rechtsliteratuur — tussen de auteur en W. VAN GERVEN (zie R.W., 1976-77, 1379-1381).

jurisprudentie over strafbedingen, o.a. in dit tijdschrift, recent⁵ reeds voldoende aan bod zijn gekomen, kan ik kort zijn.

Het fenomeen kan als volgt worden omschreven. Ten einde bewijsmoeilijkheden i.v.m. de schade bij niet-uitvoering van een overeenkomst te vermijden, wordt de vergoeding door één der partijen (meestal de toetredende tot een vóórgedrukt contract) bij niet- (of te late) nakoming van zijn verbintenis(sen) te betalen, forfaitair *ex ante* bepaald door een speciaal beding in het contract. Een dergelijk *schadebeding* wordt meestal uitgedrukt in een procentuele verhoging van de voor geleverde prestatie te betalen prijs (*verhogingsbeding*) of in een percentage van de prijs in geval van verbreking van een nog niet uitgevoerd contract (*annulatievergoeding*). In principe kan een dergelijk schadebeding in het voordeel van beide partijen zijn: de bedinger vermijdt bewijsmoeilijkheden (zowel i.v.m. het bestaan van de schade — die krachtens overeenkomst bij nader omschreven wanprestatie van de belover automatisch geacht wordt in te treden — als i.v.m. de hoegrootheid van de schade); de belover kent met grote zekerheid het risico dat hij draagt bij wanprestatie.

De werkelijkheid is nochtans anders: meestal overtreffen de in schadebedingen bedongen bedragen in sterke mate de gemiddelde te verwachten schade⁶. De bedinger zal er, zo mag men aannemen, naar streven de vergoeding op het hoogst te verwachten niveau vast te leggen. Het schadebeding krijgt aldus een sterk dissuasief effect: de belover weet in een dergelijk geval, dat (ook bij een kleinere transactiewaarde) de bedinger zijn eventuele wanprestatie veel minder gemakkelijk zonder (rechterlijk) gevolg zal laten. Meteen is ook de grens bereikt van het *strafbeding* s.s.: het beding heeft als eigenlijke functie de tegenpartij van wanprestatie af te schrikken door de wanprestatie te belasten met een bedrag dat hetzij buiten elke verhouding staat met de bij de contractsluiting voorzien schade, hetzij onverminderd schadevergoeding verschuldigd is. Natuurlijk is in de praktijk het onderscheid niet zo eenvoudig te trekken⁷. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat de auteurs van de Code Napoléon beide begrippen door mekaar halen. Art. 1226 B.W. definieert het «strafbeding» als «een beding waarbij een persoon, om de uitvoering van een overeenkomst te verzekeren, zich

voor het geval van niet-uitvoering tot iets bepaalds verbindt» (een ruime definitie die zowel het schade-(vergoedingsforfaitariserend)-beding als het (privé)-straf-/sanctiebeding omvat. Volgens art. 1229 daarentegen «vergoedt (het strafbeding) de schade die de schuldenaar lijdt ten gevolge van het niet-nakomen van de hoofdverbintenis»⁸.

3. Er wordt gezegd dat veel misbruik wordt gemaakt van strafbedingen⁹. Wat daar precies mee bedoeld is, is niet steeds duidelijk: wordt het strafbeding misbruikt zodra het meer dan een indemnitaire functie heeft, wordt het dat pas wanneer het vergoedende karakter in sterke mate wordt verlaten, of ligt het misbruik in de uitbuiting van de machtspositie die men t.a.v. de toetredende wederpartij heeft, of in het feit dat vanaf het moment waarop de bedinger op de uitvoering van het strafbeding veeleer dan op de uitvoering van de hoofdverbintenis speculeert? Hoe het ook zij: het Hof van Cassatie acht, sinds zijn arrest van 17 april 1970¹⁰, de regel der onveranderlijkheid van contractuele bedingen (art. 1152) niet van toepassing op bedingen waarvan de feitenrechter heeft vastgesteld dat ze geen vergoeding van schade kunnen zijn¹¹. Dergelijke bedingen zijn in strijd met art. 6 B.W. Wymeersch vat deze regel kernachtig samen met «strafbedingen zijn verboden, schadebedingen niet».

4. De ongeoorloofdheid van «penale» strafbedingen wordt noch in het arrest van 1970 noch in de latere arresten¹² geëxpliciteerd. Er wordt enkel verwezen naar art. 6 B.W. (strijd met wetten die de openbare orde en goede zeden raken). Volgens Wymeersch¹³ is de door het Hof niet vermelde reden voor de ongeoorloofdheid dat de Belgische openbare orde zich verzet tegen het opleggen van burgerlijke straffen. Deze veronderstelling is zeer plausibel. Wel dient, met Moreau-Margrève¹⁴, te worden opgemerkt dat het Hof ondanks het feit dat niets hem in

⁵ Zie vorige voetnoot.

⁶ De schade kan benevens uit gerechtskosten (inclusief honoraria voor advocaat) en renteverlies o.m. nog bestaan uit inningen en andere administratiekosten, muntontwaarding, niet tijdig kunnen beschikken over gelden, uitbetaling van commissies, ontreding van het financieel beheer, enz. ... (voorbeelden ontleend aan E. WYMEERSCH, *t.a.p.*, 141).

⁷ Het beding heeft dan de drievoudige door Y. SCHOENTJES-MERCHIERS (*t.a.p.*, p. 55) aangeduide functie: 1) de uitvoering van een verbintenis verzekeren; 2) elke betwisting omtrent het bestaan van schade, in geval van niet-uitvoering, gebrekkige of te late uitvoering, vermijden; 3) elke betwisting omtrent het bedrag van de schadevergoeding voorkomen.

⁸ I. MOREAU-MARGRÈVE, *R.C.J.B.*, 1972, 480-481, noemt het systeem van het B.W. (art. 1226 e.v. en art. 1152, waarin de reduceerbaarheid van het schadebeding — ook het boetebeding? — wordt uitgesloten) een «syncrétisme boiteux» tussen het Romeins recht waarin het strafbeding wel een penaal karakter had en de leer van Pothier waarin het beding een exclusief vergoedende functie werd toegemeten. Dezelfde stipt ook de dubbelzinnigheid ter zake van het ontwerp Beneluxregeling aan (*J.T.*, 1976, 641).

⁹ Cf. WYMEERSCH, *t.a.p.*, 135.

¹⁰ *Arr. Cass.*, 1970, 754.

¹¹ WYMEERSCH, *t.a.p.*, 140 e.v. geeft enkele richtlijnen voor de vergelijking met de gemeenrechtelijke (potentiële) schade. MOREAU-MARGRÈVE, («*Pour un certain pouvoir de révision des clauses pénales*», *J.T.*, 1976, 638) merkt m.i. terecht op dat de casatierechtspraak nog ruimte laat voor conventionele verwijlsinteressen die hoger liggen dan de wettelijke interestvoet.

¹² 24 november 1972, *R.W.*, 1973-74, 2477; 1 februari 1974, *Pas.*, 1974, I, 576; 8 februari 1974, *R.W.*, 1973-74, 2429, noot E. WYMEERSCH, 11 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 1002, en 17 juni 1977, in dit nummer afgedrukt.

¹³ *T.a.p.*, 139.

¹⁴ *T.a.p.*, 494.

de weg stond¹⁵ om zich uitdrukkelijk tegen (conventionele) burgerlijke straffen uit te spreken, zulks niet gedaan heeft, en dat art. 9 Grondwet¹⁶ dat doorgaans als grondslag voor het verbod van burgerlijke straffen wordt ingeroepen, enkel de bescherming van de burgers tegen de overheid op het oog heeft. Het enige¹⁷ mij bekende cassatiearrest¹⁸ dat over de horizontale werking van art. 9 Grondwet uitspraak heeft gedaan, geeft hieromtrent geen uitsluitsel: de bescherming van art. 9 Grondwet werd (zij het in zeer uitdrukkelijke termen) ontzegd i.v.m. een burgerrechtelijke regeling waarvan het schadevergoedend karakter buiten kijf stond¹⁹. Tenslotte moge worden opgemerkt dat het ontwerp van Beneluxverdrag inzake boetebeding (van 26 november 1973) het strafbeding definieert door verwijzing naar zijn schadevergoedend én penaal karakter (art. 2). De rechter mag op billijkheidsoverwegingen het beding matigen zonder dat hij minder kan toekennen «dan de op grond van de wet verschuldigde schadevergoeding». Hieruit volgt dat een meer dan vergoedend boetebeding niet, zoals in de jurisprudentie van het Hof van Cassatie, *per se* ongeoorloofd is.

5. Het cassatiearrest van 17 juni 1977 betekent ongetwijfeld een bevestiging van de vroegere jurisprudentie die buitensporige verhogings- (en andere straf-)bedingen in de mate waarin ze geen louter schadevergoedend karakter bezitten, ongeoorloofd acht. Het brengt echter nog steeds geen duidelijk antwoord op de vraag waarin deze ongeoorloofdheid precies bestaat (ontneemt de veronderstelling dat de ongeoorloofdheid verband houdt met het karakter van conventionele straf ook niet alle grond) en het laat de praktisch belangrijker vraag wat het rechtsgevolg van die ongeoorloofdheid (m.a.w. de sanctie op het verbod) is, volledig open.

De normale sanctie op een verbod dat de openbare orde en/of de goede zeden raakt is de absolute nietigheid. Bovendien het feit dat de rechter deze nietigheid ambtshalve mag uitspreken²⁰ houdt het karakter van absolute nietigheid o.m. in dat het niet vatbaar is voor bevestiging. In de zaak die tot het cassatiearrest van 17 juni 1977 aanleiding heeft gegeven, was het

hof van beroep van mening dat het verhogingsbeding van 20 % (ter vergoeding van de schade voortvloeiend uit het niet tijdig kunnen beschikken over de verschuldigde sommen en de inningskosten), daar het door eiser (de belover) ten tijde van de ontvangst van de facturen waarop het beding voorkwam, niet was gecontesteerd, geacht moest worden door laatstgenoemde aanvaard te zijn — en dus ook voor aanvaarding vatbaar — en bijgevolg zijn volle uitwerking moest hebben. De gewettigde hoop dat het Hof van Cassatie, in antwoord op het tweede onderdeel van het middel (onderdeel dat de vatbaarheid voor aanvaarding of bekrachtiging van het absoluut nietige beding bestreed) iets meer zou hebben gezegd in de discussie over de aard van de sanctie, werd niet ingelost. Het Hof vergenoegde er zich mee het arrest te vernietigen omdat het in het *onzekere* liet of het uit het uitblijven van enig protest een (impliciete) erkenning van het niet-buitensporig karakter van het beding door de belover afleidde dan wel een gebonden zijn van de belover aan het beding ondanks de vaststelling dat het buitensporig was. Wel blijkt het Hof van Cassatie zich (enkel) over de onwettelijkheid van het tweede alternatief uit te spreken²¹. Hieruit kunnen echter geen conclusies i.v.m. de geldigheid (mogelijkheid) van aanvaarding van een exorbitant beding worden getrokken. Men kan nog alle kanten op. In een eerste extreme interpretatie kan men in de veroordeling van slechts één van beide alternatieven een goedkeuring van het andere zien, wat zou betekenen dat het Hof tendeert naar een opvatting die weliswaar de mogelijkheid van aanvaarding van een exorbitant beding bestrijdt maar het aan de individuele belover overlaat op het moment van de aanvaarding van het contractaanbod de daarin vervatte bedingen (zelfs impliciet en eventueel in strijd met de manifeste werkelijkheid) als niet bezwarend te erkennen. Het artificiële van een dergelijk onderscheid maakt de diametraal tegenovergestelde gevolgtrekking dat het Hof door het ene alternatief te veroordelen meteen ook het andere heeft veroordeeld plausibel, maar evenmin zeker. M.a.w. we staan niet verder dan in 1970, toen het Hof van Cassatie²² het meer dan vergoedend schadebeding (dus het strafbeding s.s.) in strijd achtte met art. 6 B.W. Integendeel: de tot nu toe vrij algemeen verspreide opvatting²³ dat de nietigheid van het boetebeding *absoluut* is (en niet vatbaar voor aanvaarding) kan zich minder dan ooit op een duidelijk standpunt van ons

¹⁵ M.a.w. de formulering van het aangevochten arrest liet zulks toe.

¹⁶ Nulla poena sine lege («Geen straf kan worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de wet»).

¹⁷ Verwezen wordt o.m. naar ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. III, nr. 148, en J. CONSTANT, *Manuel de droit pénal*, t. I, 1959, nr. 37.

¹⁸ 15 maart 1883, *Pas.*, 1883, I, 65.

¹⁹ I.c. ging het om een dwangsom door de rechter op verzoek van een van tafel en bed gescheiden vrouw toegekend ter handhaving van het in dezelfde vordering geclaimde bezoekrecht (het kind was bij de uitspraak van de scheiding aan de vader toegekend). Het vrij hoog bedrag (1.000 fr.), ter vergoeding (?) van louter morele schade, roept toch de vraag op of hier niet een typische vorm van een burgerrechtelijke straf voorlag.

²⁰ Cf. W. VAN GERVEN, «Matiging van verhogingsbedingen I», *R.W.*, 1976-77, 1382.

²¹ De laatste zinsnede uit de centrale (tweede) overweging «in welk geval het arrest zijn beslissing niet wettelijk verantwoordt» verwijst kennelijk naar het tweede (vlak voor de geciteerde zinsnede vermelde) alternatief.

²² In zijn geciteerd arrest van 17 april 1970.

²³ I. MOREAU-MARGRÈVE, *t.a.p.*, p. 474; W. VAN GERVEN, *t.a.p.*, 1382; E. WYMEERSCH (aarzelend, vooral t.a.v. het ambtshalve inroepen van de nietigheid door de rechter:) *R.W.*, 1976-77, 1391 (maar toch principieel voor absolute nietigheid:) *R.W.*, 1976-77, 1384.

hoogste gerechtshof beroepen. Wat de wenselijkheid van een absolute eerder dan een relatieve nietigheid betreft, kan worden opgemerkt dat de mogelijkheid tot aanvaarding van een exorbitant beding (of van het niet-exorbitante van het beding) alleszins dient te worden uitgesloten (absolute nietigheid), omdat anders de beschermingsgedachte volledig kan worden ondermijnd, maar dat anderzijds toch sterk dient getwijfeld te worden aan de noodzaak van een ambtshalve inroepen van de nietigheid door de rechter. M.a.w. de door Wymeersch²⁴ bepleite noodzaak van rechtsverfijning in het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid kan geheel worden onschreven. Anders dan Van Gerven²⁵ acht ik het criterium «openbare orde — particuliere belangen» niet richtinggevend voor het (zoals gezegd) te absolute onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid. I.c. kan immers moeilijk worden beweerddat de bescherming van particulieren tegen onereuze standaardbedingen tot de openbare orde behoort²⁶ en toch zou een louter relatieve nietigheid hier te zwak zijn. Het openbare-orde-karakter van de nietigheid van strafbedingen s.s. afleiden uit het verbod van private straffen, een verbod dat wel tot de openbare orde zou behoren²⁷, brengt m.i. geen oplossing: afgezien van de praktische overweging dat het niet eens zeker is dat althans het Hof van Cassatie de ongeoorloofdheid van dergelijke bedingen uit het (openbare orde) verbod van conventionele straffen afleidt, kan worden opgemerkt dat in alle andere gevallen van benadeling via exorbitante bedingen een beroep op een regel van openbare orde veel twijfelachtiger is.

7. Een globalere en minder ambiguë oplossing voor de rechterlijke toetsing van straf- en andere bedingen die een flagrante onevenredigheid veroorzaken tussen de wederzijdse verbintenissen van partijen bij een wederkerig contract, dient m.i. te worden gezocht in de regels der quasi-delictuele aansprakelijkheid. Met name A. De Bersaques²⁸ heeft op overtuigende en uitvoerige wijze aangetoond dat een tot (flagrante) onevenwichtigheid tussen de wederzijdse prestaties leidende uitbuiting door één der contractspartijen van de zwakkere positie van zijn tegenpartij een door art. 1382 geviseerde *culpa in*

contrahendo uitmaakt²⁹. De sanctie is, zoals steeds in het aansprakelijkheidsrecht, vergoeding in natura (beter: in specifieke vorm³⁰), m.a.w. een (met aan het geval aangepast) herstel in de toestand waarin partijen zich bij afwezigheid van de fout zouden hebben bevonden. Een dergelijk resultaat, aldus De Bersaques, wordt bereikt door de ook door Van Gerven³¹ bepleite reductie van het beding. M.a.w. het exorbitant verhogingsbeding wordt op grond van art. 1382 B.W. met een partiële nietigheid getroffen.

II. Naar een betere bescherming inzake standaardbedingen

A. Problematiek en noodzaak tot wetgevend ingrijpen

8. Indien hierboven de stelling werd verdedigd dat *de lege lata* de bestrijding van (overdreven) verhogings- en andere strafbedingen best via art. 1382 gebeurt, dan betekent dit niet dat *de lege ferenda* niet gezocht dient te worden naar een preciezere rechtsbescherming. Het aantal misbruiken met standaardbedingen is te groot (geworden)³² om de bestrijding ervan geheel over te laten aan de eerder toevallige samenloop van omstandigheden dat een consument zich van de ongeoorloofdheid van een beding bewust is, hij bovendien de toegang tot het recht vindt, hij én zijn advocaat het sop de kool waard vinden en tenslotte de rechter overtuigd kan worden van het foutkarakter van het inlassen van het bestreden beding in het contract³³.

T.a.v. strafbedingen bestaat een ontwerp van Beneluxregeling³⁴. Hierover zal ik het niet hebben. Belangrijker vanuit consumentenstandpunt lijkt het mij even stil te staan bij de mogelijkheden en voorstellen

²⁵ Meteen worden de moeilijkheden i.v.m. een beroep op de artt. 1131 en 1133 B.W. t.a.v. het problematische van het oorzakbegrip geëcarteerd (zie DE BERSAQUES, *t.a.p.*, nr. 20; anders, R. VANDEPUTTE, *De Overeenkomst*, p. 94).

³⁰ Zie J. RONSE, *Schade en schade-loosstelling*, A.P.R., (passim).

³¹ *T.a.p.*, 1381.

³² Ondanks het ontbreken van precieze gegevens over de omvang van het probleem bestaat in de literatuur eigenlijk weinig controverse over de ernst van de misbruiken.

³³ Cf. het vertrouwen dat I. MOREAU-MARGRÈVE («Les conditions générales de vente», in *Renaissance du phénomène contractuel*, Luik, 1971, 259 e.v. (i.z. p. 307 e.v.) heeft in het bestaande recht om de misbruiken te bestrijden. De reële onmacht van ons recht ter zake wordt er op een nogal lichte wijze door een summier vergelijking met weinig geslaagde buitenlandse beschermingsstelsels (zoals het Italiaanse, in kringen van consumentenrechtbeoefenaars bekend als hét slechte voorbeeld) van de hand gewezen. Hiermee wil niet gezegd zijn dat ik wel onvoorwaardelijk voorstander van een door Moreau-Margrève bestreden interventionistische regeling ben. Zie infra.

³⁴ 25 juni 1970, R.W., 1973-74, 1740. Cf. de bij Wymeersch (*t.a.p.*, 145-146) en Moreau-Margrève (*J.T.*, 1976, 642-643) kort besproken Franse wet nr. 75-597 van 9 juli 1975 (*J.O.*, 10 juli 1975) en het voorstel van Moreau-Margrève in *J.T.*, 1976, 643, tot invoering van een tweede lid in art. 1152 B.W., waarin aan de rechter expliciet de bevoegdheid zou worden gegeven, zelfs ambtshalve het strafbeding (waarvan ook in ruime mate het penaal karakter zou dienen te worden erkend) te matigen.

²⁴ *T.a.p.*, 1384.

²⁵ *Algemeen Deel*, pp. 435-438; zie echter de kleine tekst op p. 439 waar toegegeven wordt dat in een aantal gevallen waar voor relatieve nietigheid werd geopteerd (wilsgebreken, bescherming van economisch zwakken) «sterke argumenten voorhanden zijn die wijzen in de richting van absolute nietigheid».

²⁶ In dezelfde zin: MOREAU-MARGRÈVE, *t.a.p.*, p. 474-475.

²⁷ Cf. W. VAN GERVEN, R.W., 1976-77, 1382.

²⁸ «La lésion qualifiée et sa sanction», noot onder Kh. Brussel, 20 februari 1970, R.C.J.B., 1977, 10-37. Zie ook reeds dezelfde, «L'abus de droit en matière contractuelle», nr. 24, R.C.J.B., 1969, 530, i.v.m. de problematiek der strafbedingen reeds door E. WYMEERSCH, *t.a.p.*, 1383, geciteerd.

voor een betere bescherming van de consument tegenover onereuze standaardbedingen in het algemeen.

9. Voor consumenten bezwarende contractsvaarden of -bedingen³⁵ zijn in hoofdzaak het gevolg van drie verschijnselen die alle verband houden met een gebrek aan evenwicht in (economische) macht tussen verkoper³⁶ en consument: het aanwenden van een bedrieglijke of agressieve verkooptechniek³⁷, het misbruik maken van de individuele noodtoestand van een welbepaald consument en tenslotte het opleggen aan alle contractanten van voorgedrukte en niet (of slechts in beperkte mate) voor onderhandeling vatbare contractbedingen. De beïnvloeding via agressieve verkoopmethoden tot het aanvaarden van onereuze bedingen en het als systeem zonder bijkomende drukuitoefening laten ondertekenen van niet genegocieerde contracten (probleem der toetredingscontracten, «*contrat d'adhésion*») hebben dit gemeen dat daarbij meestal gebruik wordt gemaakt van *standaardbedingen* (of standaardvoorwaarden, vaak «algemene verkoopvoorwaarden» genoemd).

Toetredingscontracten en contracten die weliswaar standaardbedingen inhouden, maar het voorwerp hebben uitgemaakt van onderhandelingen of een weerspiegeling zijn van een reële belangenafweging — men denke aan de resultante van klassieke verkooptvoorwaarden en zgn. «consumentenvoorwaarden» — kunnen samen *standaardcontracten* («*contrats-type*») worden genoemd.

Hieronder zal ik het over de bescherming van de consument tegen hem bezwarende bedingen in toetredingscontracten hebben. Dergelijke bedingen kunnen standaardbedingen, maar soms ook speciale (individuele) bedingen zijn. De juridische regulering van bezwarende bedingen vindt zijn oorsprong in het bestrijden van standaardbedingen, maar is vaak ook toepasselijk op niet gestandaardiseerde (= niet aan een reeks contracten gemene) bedingen.

10. De vraag die onmiddellijk rijst is of door regulering (het invoeren van dwingende wetsbepalingen) op dit terrein een verbetering van de rechtspositie van de consument kan worden verwacht, een verbetering die niet zou kunnen worden bereikt door

het spel van vrije contractsvorming, eventueel ondersteund door een aanmoediging van de concurrentie en een feitelijke versteviging van de onderhandelingspositie van de consumenten³⁸. De kosten verbonden aan het instandhouden van het controle- en beschermingsapparaat zouden alsdan onverantwoord zijn. Vooral vanuit de Amerikaanse «*Law and Economics*»-school³⁹ wordt de mening geopperd dat, behoudens in een monopolie-situatie, op het eerste gezicht «onereuze» bedingen (zoals strafbedingen, de niet-tegenstelbaarheid van excepties tegenover de financier) het in feite niet zijn. De afschaffing ervan zou een prijsverhoging inhouden (bijv. krediet wordt duurder bij verbod van wisselbrieven). De kosten verbonden aan het vervolgen van slechte debiteuren wordt op deze wijze gespreid over alle klanten, goede zowel als slechte betalers. Macro-economisch gezien kan zo'n gang van zaken ongewenst zijn. En ook voor de financieel zwakke consumenten als groep kan een verbod van drastische bedingen nadelig zijn: op een markt waar kredietgevers geen contractuele waarborgen mogen inbouwen kunnen zij wellicht überhaupt geen krediet krijgen. Alvorens tot de globale maatschappelijke inopportunititeit van zo'n verbod te besluiten lijkt het mij echter noodzakelijk ook andere waarden in de beoordeling te betrekken. Met name zou uit sociologisch onderzoek⁴⁰ kunnen blijken dat in de praktijk vooral economisch zwakke consumenten, door omstandigheden, slechte betalers respectievelijk het slachtoffer van contractuele wanprestatie worden. Overwegingen van «*distributive justice*» zouden dan weer pleiten voor een verbod van strafbedingen en wisselbrieven, in de mate — maar dit hangt dan grotendeels van sociaalpolitieke overwegingen af⁴¹ — waarin een dergelijk verbod niet elke kredietverkrijging voor bepaalde bevolkingslagen onmogelijk maakt.

Tenslotte is het probleem van onereuze (standaard)-bedingen vooral een zaak van misbruik van economische machtspositie, m.a.w. van handelen op een niet-competitieve markt⁴². Zolang een anti-trustpoli-

³⁸ Bijv. door het aanmoedigen van onderhandelingen tussen beroepsverenigingen en consumentenverenigingen met het oog op het sluiten van collectieve overeenkomsten.

³⁹ Zie R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1972, p. 54. Zie voor een (voor zover ik kan zien de eerste) toepassing van een economische analyse (in de in de V.S. gebruikelijke betekenis) van een Belgische rechtstak: H. COUSY, «*Produktenaansprakelijkheid — Proeve van een juridisch-economische analyse*», *T.P.R.*, 1976, 995, e.v.

⁴⁰ Cfr. D. CAPLOVITZ, *The Poor pay more*, New York, 1967.

⁴¹ Zo kan men het ongewenst vinden dat aankopen enkel kunnen worden verricht omdat de verkoper, ondanks de manifeste insolventie van de consument, toch bereid is krediet te geven omdat hij hem bij dwanguitoefening (meestal via loonbeslag), dank zij een strafbeding, toch zwaar kan doen betalen voor het feit dat de betalingen niet op de contractueel vastgestelde tijdstippen (kunnen) gebeuren. M.a.w. moet de vrijheid tot consumeren ook ten koste van financiële ellende worden geëerbiedigd?

⁴² De machtspositie kan het gevolg zijn van een monopolie, van het feit dat de verkopers van substitutieproducten dezelfde of even

³⁵ De term «bedingen» is te verkiezen. Hiermee wordt m.i. duidelijker uitgedrukt dat ook die bepalingen uit een contract worden bedoeld die wegens hun gering belang of hun aard (uitvoering, keuze van rechtsmacht, enz. ...) geen «voorwaarde» (in de letterlijke) zin van het woord zijn.

³⁶ Met verkoper wordt hier bedoeld: de persoon die de consument aanbiedt onder bepaalde voorwaarden (die eventueel door een derde of in afspraak met een derde — bijv. een professionele groepering — werden vastgesteld) met hem een contract te sluiten m.b.t. de levering van een produkt of een dienst.

³⁷ Zo zal de bij hem thuis door een colporteur overrompelde consument meestal gemakkelijker te overhalen zijn tot het ondertekenen van ongunstige voorwaarden, dan de consument die met het oog op dezelfde aankoop een winkel bezoekt.

tiek niet meer dan marginaal de concurrentie kan bijsturen dient dus ook niet te hard te worden gerekend op een contractueel evenwicht als resultante van een spel van «vraag en aanbod van bedingen».

B. Welk beschermingssysteem?

a) Overzicht

11. Hierboven werd, zo hoop ik, aangetoond dat de bescherming van de consument tegen bezwarende contractsbedingen, althans tot op zekere hoogte, aan het gemene contractenrecht dient te worden onttrokken en in een eigen regelsysteem dient te worden gevat. Maar welk regelsysteem: rechterlijke toetsing aan een algemene (billijkheids-, fatsoens- of andere) norm, een administratieve controle, een gedetailleerde burgerrechtelijke regeling van dwingend recht of wat anders nog? Hierbij kan vanuit rechtssystematisch oogpunt al het volgende worden aangestipt. Bij een keuze voor de eerste mogelijkheid zou de reglementering van standaardbedingen, zoals in Zweden⁴³ sterk verbonden zijn met die der handelspraktijken. Een administratieve controle zou nog verschillende wegen kunnen opgaan (voorafgaande goedkeuring van standaardbedingen, richtlijnen en aanbevelingen uitgaande van een speciale dienst — bijv. een ombudsman — of algemeen verbindend verklaren van «collectieve» overeenkomsten gesloten tussen beroeps- en consumentenverenigingen). Tenslotte moet bij een keuze van een gedetailleerde burgerrechtelijke regeling (lijst van verboden clausules) een keuze worden gemaakt voor een inlassing in het Burgerlijk Wetboek — wat de overzichtelijkheid van het contractenrecht ten goede komt — dan wel in een aparte wet — wat de systematiek van het Burgerlijk Wetboek onaangetast laat — en kan de gedetailleerde regeling ofwel door de wetgever zelf ofwel door de hiertoe gemachtigde regering worden getroffen. Vanuit rechtstheoretisch en rechtspolitiek oogpunt is de keuze tussen optreden van wetgevende, rechterlijke of uitvoerende macht belangrijk. Hieraan zal ik straks even aandacht schenken.

12. Uit een recente rechtsvergelijkende studie van de bescherming van de consument tegen ongeoorloofde standaardbedingen in de lid-staten van de E.G.⁴⁴ blijkt hoezeer in de afgelopen jaren nationale

stringente bedingen aanwenden of nog — en dit zal m.i. heel vaak voorkomen — van de onevenredigheid tussen de moeite die de consument moet doen (een kost) om een verkoper met gunstiger voorwaarden te vinden en het voordeel dat hij hieruit kan trekken (aldus E. VON HIPPEL, hieronder geciteerde bijdrage, p. 238).

⁴³ Zie U. BERNITZ, «Consumer protection and standard contracts», *Scand. Stud. Law*, 1973, 13-50; J. STUYCK, «Recente ontwikkelingen in het Zweedse consumentenrecht», *t.a.p.*, nr. 8.

⁴⁴ E. VON HIPPEL, «Der Schutz des Verbrauchers vor unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den EG-Staaten», *RabelsZ*, 1977, 237-280.

wetgevers, literatuur en Europese instanties (Raad van Europa en E.G.) met deze problematiek begaan zijn geweest. Binnen de Gemeenschappen hebben nu de Bondsrepubliek (1977)⁴⁵, Denemarken (1974)⁴⁶ en Groot-Brittannië (1973)⁴⁷ een specifieke wetgeving op standaardbedingen⁴⁸. In België, maar vooral in Frankrijk, hebben de rechtbanken in mindere of meerdere mate op indirecte wijze tot de bescherming van de consument tegen onereuze bedingen bijgedragen door restrictieve interpretatie en strenge vereisten inzake inlassing van algemene voorwaarden in het contract⁴⁹. Bovendien is in beide landen door een kopervriendelijke interpretatie van regels van kooprecht uit de Code Napoléon, een vrij strenge houding t.a.v. exoneratie-clausules waar te nemen⁵⁰. De Nederlandse consument riskeert, zolang de desbetreffende bepalingen van het NBW niet van kracht zijn⁵¹, in een weinig benijdenswaardige positie te blijven: inzake de totstandkoming van standaardovereenkomsten stelt de rechtspraak geen hoge eisen: wel is er een inhoudelijk vrij bescheiden controle van standaardbedingen via de goede-trouw-norm⁵².

Ook het ministercomité van de Raad van Europa⁵³ en de raad van ministers van de E.G.⁵⁴ hebben resoluties genomen waarin een betere bescherming van

⁴⁵ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), B.G.B.I. 76 I 3317.

⁴⁶ Wet 14 juni 1974 (marketingpraktijken) en Wet nr. 250 van 12 juni 1975 (nieuw art. 36 overeenkomstenwet).

⁴⁷ Fair Trading Act 1973 en Supply of Goods Implied Terms Act 1973.

⁴⁸ Volledigheidshalve zij nog art. 341 II Italiaanse C. civ. genoemd, waarvan de ineffectiviteit evenwel notoir en patent is (zie VON HIPPEL, *t.a.p.*, p. 263-266).

⁴⁹ E. VON HIPPEL, *t.a.p.*, pp. 258 en 260; voor Frankrijk verder: BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, 2e ed., Parijs, 1976. (Men merke op dat de twee monografieën over consumentenrecht in Frankrijk: D. NGUYEN THANH, *Techniques juridiques de protection des consommateurs*, Parijs, 1969 en D. BAUMANN, *Droit de la consommation*, Parijs, 1977, de problematiek enkel i.v.m. exoneratieclausules aansnijden.) Voor België: S. DAVID-CONSTANT, «Contrat-type et contrat d'adhésion en droit belge», *t.a.p.*; I. MOREAU-MARGRÈVE, «Les conditions de vente», *t.a.p.*; M. FONTAINE, «Protection du consommateur en Belgique», *RabelsZ* 1976, 623-625; R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen», nrs. 70 en 76-78, *T.P.R.*, 1975, 439 e.v.

⁵⁰ Frankrijk: D. BAUMANN, *a.w.*, p. 117 e.v.; België: KRUIHOF e.a., *t.a.p.*, nrs. 76-78; T. BOURGOIGNIE, *Le traitement des produits défectueux en droit belge: Pratique et perspectives*, U.C.L. — Unité de Droit Economique, 1976, p. 36 e.v.

⁵¹ Art. 6.5.1.2. (standaardregelingen). Zie hierover A. BRACK, *Kernpunten van het consumentenrecht*, Groningen 1975, pp. 20-21.

⁵² E.H. HONDIUS, *Konsumentenrecht*, p. 41, en *Contractenrecht*, VII, p. 138 e.v.; R. OVEREEM, *Consumentenkoop*, p. 23 e.v.

⁵³ Resolutie van 16 november 1976 (geciteerd door VON HIPPEL, *t.a.p.*, 240; zie ook het «Consumer Protection Charter» van de Consultatieve Vergadering = resolutie 543 (1970), punt A (6), afgedrukt bij VON HIPPEL, *Verbraucherschutz*, Tübingen, 1974, 254 (in het Engels) en bij E.H. HONDIUS, *a.w.*, p. 142 e.v. (in het Frans).

⁵⁴ Resolutie van 14 april 1975 betreffende een eerste programma van de E.E.G. voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de konsument, *Pb.*, 25 april 1975, nr. C 92/1 (afgedrukt bij E.H. HONDIUS, *a.w.*, p. 130 e.v. (punt 19 i)).

de consument tegen (o.a.) standaardbedingen wordt bepleit.

b) Belgische realisaties

13. Zoals gezegd ontwikkelde de Belgische rechtspraak, ondanks het ontbreken van een wettelijke regeling van standaardbedingen, toch een zekere bescherming tegen standaardbedingen. De technieken waarmede door onze rechtbanken de toepassing van onereus geachte bedingen wordt verzacht kunnen als volgt worden geresumeerd:

1° Onderzoek naar de aanwezigheid van de *toestemming* van de consument: vooral t.a.v. een niet-professionele koper⁵⁵ dient de verkoper voldoende duidelijk de aandacht te hebben gevestigd op algemene voorwaarden. Deze regel werd t.a.v. bestellingen met aanbetalings wettelijk vastgelegd. Krachtens art. 4, § 3, 3e lid, Wet Handelspraktijken jo. art. 5 K.B. 10 juli 1972 (prijsaanduiding) moet elk voorbehoud voortvloeiend uit «algemene of bijzondere voorwaarden» op de voorzijde van de verplicht af te leveren bestelbon voorkomen⁵⁶.

Andere concretisering van het vereiste van duidelijke verwijzing naar (wijzen op) algemene voorwaarden zijn het niet aanvaarden van kleine lettertjes, van op een ongewone plaats afgedrukte algemene voorwaarden⁵⁷ of van clausules gesteld in een taal die niet die van de belover is⁵⁸. Vanzelfsprekend is het afwezig achten door de rechtspraak van toestemming ter zake van bedingen voorkomend op na de contractssluiting afgeleverde documenten⁵⁹.

2° Eveneens op het vlak van de totstandkoming van het contract ligt een marginale afweging van de zwaarte van de wederzijdse verbintenissen via de figuur van de gekwalificeerde *benadeling*⁶⁰.

⁵⁵ R. VANDEPUTTE, *De Overeenkomst*, Brussel, 1977, p. 55; M. FONTAINE, *t.a.p.*, pp. 623-624; KRUIHOF e.a., *t.a.p.*, nrs. 76 en 77; MOREAU-MARGRÈVE, *t.a.p.*, pp. 292-295; en de verwijzingen bij de twee laatstgenoemde auteurs.

⁵⁶ Het vereiste dat op de voorzijde van het document op zijn minst verwezen wordt naar standaardbedingen die op de achterkant staan afgedrukt, blijkt reeds langer in de rechtspraak te zijn ingeburgerd (zie MOREAU-MARGRÈVE, *t.a.p.*, pp. 288).

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Kh. Brussel, 19 oktober 1961, R.W., 1961-62, 809; Rb. Hasselt, 14 mei 1969, J.C.B., 1969, 556.

⁵⁹ Wordt soms wel tot impliciete instemming van de kant van de belover besloten dan kan dit althans tussen professionelen, verantwoord worden in de mate waarin het beding het karakter van een gebruik vertoont (cf. MOREAU-MAGRÈVE, *t.a.p.*, p. 282).

⁶⁰ Zie supra nr. 7 en A. DE BERSAQUES, *t.a.p.* De toepassingen in de rechtspraak betreffen de reductie van een overdreven (makelaars)prijs (zie voor een recente toepassing: Kh. Brussel, 24 juli 1975, B.R.H., 1976, 220). Bij standaardbedingen — behalve het beding dat ten grondslag ligt aan een abusief makelaarsloon — is het principieel niet anders: benadeling (op grond van de artt. 1131 of 1382 B.W.) is steeds gezien als *misbruik van omstandigheden* (waartoe ook externe factoren zoals een feitelijke machtspositie worden gerekend: zie W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nr. 111). Het Nederlands standaardarrest inzake misbruik van omstandigheden betrof precies algemene voorwaarden («BO-VAG») (H.R., 11 januari 1957, N.J., 1959, nr. 37). Over het

3° Op het vlak van de *interpretatie* bestaat er een tendens tot restrictieve interpretatie en een actief gebruik van de regel uit het kooprecht (art. 1602 B.W.) dat ieder duister of dubbelzinnig beding tegen de verkoper wordt uitgelegd.

4° Op het vlak van de *uitvoering* van het contract kan wel eens aan de toepassing van een onereus beding worden ontsnapt door de regel dat contracten *te goeder trouw* dienen te worden uitgevoerd (1134, lid 3, B.W.)⁶¹.

5° Exoneratiebedingen worden door de rechtspraak als *ongeldig* beschouwd indien ze tot gevolg hebben dat het contract van iedere objectieve inhoud wordt beroofd.

6° Tot de *ongeeoorlooftheid* van een beding wordt soms ook geconcludeerd op grond van strijd met de openbare orde of goede zeden (artt. 6 en 1131 B.W. — cf. het hierboven gesproken strafbeding) of wegens strijd met dwingendrechtelijke wetsbepalingen. Hier dient vooral de aandacht te worden gevestigd op de wet afbetalingsovereenkomsten van 9 juli 1957 (afkoelingsperiode, verbod van uitdrukkelijke ontbindende voorwaarden, enz...), art. 2 van het K.B. 22 april 1974 (i.v.m. «weigerings- en terugnemings-clausule» — elk daarmee strijdig beding is nietig), de huurprijsreglementering (i.v.m. indexering en beëindiging van het contract)⁶², de wet van 9 juli 1971 op de woningbouw en de verkoop van in aanbouw zijnde woningen⁶³ (i.v.m. prijswijzigingsclausules, eigendoms- en risico-overdracht, leveringstermijn ...) en tenslotte de verzekeringssector⁶⁴.

c) Wat nu ?

14. Al bij al blijven de resultaten geboekt met de bovenbeschreven technieken bescheiden. Men kan ook niet verwachten dat de redacteurs van standaardcontracten sterk onder de indruk komen van toetsingscriteria waarvan de toepassing op drie onzekere gebeurtenissen berust: dat de consument weet heeft van het bestaan van rechtsmiddelen, dat hij het wenselijk en nuttig acht hiervoor een vrij zware en dure procedure aan te vatten en tenslotte dat de

onderscheid tussen (benadeling door) misbruik van omstandigheden (= benarde toestand) en «undue influence» (= misbruik van de psychische zwakte van de tegenpartij, waar het bij agressieve verkoopmethoden vaak om te doen is), zie mijn *Agressieve Verkoopmethoden*, Leuven, 1975, p. 800.

⁶¹ H. DE PAGE, *Traité II*, p. 540, die van de rechter een grote terughoudendheid inzake toetsing van onereuze bedingen verwacht, wil deze toetsing enkel op deze regel baseren.

⁶² Wet 10 april 1975 (*Staatsblad*, 16 april 1975) en de «harde» en «zachte» herstellwetten van 30 maart en 24 december 1976 (art. 36, resp. art. 3).

⁶³ «Wet Breynen» (*Staatsblad*, 11 september 1971). Zie hierover Y. HANNEQUART, *Droit de la construction*, Brussel, 1974, pp. 149-184.

⁶⁴ Modelpolissen gelden inzake aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (wet 1 juli 1956) en brandverzekering. Ook de levensverzekeringswet (25 juni 1930) bevat bepalingen m.b.t. de inhoud van contracten: zie M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Brussel, 1975, p. 27.

bevoegde rechter tot dat deel van de rechtspraak behoort waarin een strengere houding t.a.v. standaardbedingen ingang heeft gevonden (meestal wordt hij immers niet door een uitdrukkelijke wetsbepaling tot verwerping van het onereuze beding gedwongen).

1) De kennis van het bestaan van rechtsmiddelen tegen onereuze bedingen kan benevens uit een verbetering van de consumenteninformatie ook resulteren uit de afkondiging van een specifieke wet op de bescherming van de consument tegen standaardbedingen. Een dergelijke wet zal door de justitiabelen (en de media) gemakkelijker begrepen worden (dan de huidige wirwar van gemeenrechtelijke bepalingen). Men kan nog verder gaan : door een administratieve controle op standaardbedingen⁶⁵ en/of door het realiseren van collectief genegocieerde (en eventueel algemeen verbindend verklaarde)⁶⁶ standaardbedingen de noodzaak van een individuele (tijdrovende) waakzaamheid uitsluiten of verminderen. Acht men een «administratieve» aanpak ongewenst of ondoenbaar, en pleit men voor een (zuiver) justitiële aanpak, dan blijven beide in vorige alinea gesignaleerde problemen nog op te lossen : de moeilijke toegang tot het recht, resp. de rechterlijke beoordeling van standaardbedingen.

2) De toegang tot het recht is een algemeen probleem.

Inzake consumentenbescherming komt de problematiek evengoed aan de orde wanneer een individuele consument het slachtoffer is of dreigt te worden van een agressieve verkoopmethode⁶⁷ of van misleidende reclame⁶⁸. T.a.v. onereuze standaardbedingen in het bijzonder lijkt mij een oplossing te kunnen worden gezocht via een (kosteloze, vlugge en informele) «small claims»-procedure — bijv. voor de

vrederechter — naar Engels⁶⁹ en Zweeds⁷⁰ voorbeeld.

3) Tenslotte blijft dan de vraag op basis van welk criterium c.q. welke criteria de rechter standaardbedingen terzijde moet kunnen schuiven. Volgens van Hippel⁷¹ zijn er drie mogelijkheden :

1° scherpere eisen i.v.m. de inlassing van standaardbedingen in het contract ;

2° een algemene norm («Generalklausel») ;

3° verbod of vermoeden van onbillijkheid van bepaalde bedingen.

De eerste techniek wordt in de Belgische rechtspraak reeds toegepast door vanwege de verkoper een minimum aan duidelijkheid bij de verwijzing naar standaardcontracten te eisen⁷². Het was echter o.m. de te grote onzekerheid en de te geringe doortastendheid van een dergelijke aanpak die aanleiding gaven tot een onderzoek naar andere remedies. In een systeem waar de rechter de nietigheid van het beding moet vaststellen blijft dan de keuze tussen een algemeen vaag gehouden verbod, een gedetailleerde lijst verboden clausules en een combinatie van de twee.

Bij een keuze van het eerste alternatief wordt voor een sterke regelgevende activiteit van de rechter geopteerd⁷³.

Bij het tweede alternatief is de beleidsbepaling door de wetgever uiteraard belangrijker.

Gezien de aard van de problematiek en het rijpingsstadium van de discussie lijkt mij een combinatie van de twee eerste alternatieven (= het derde) momenteel het meest geschikt⁷⁴. Dit is overigens de

⁶⁹ Administration of Justice Act 1973 (country court procedure met mogelijkheid — in bepaalde gevallen — van verwijzing naar arbitrage ; meer details bij HONDIUS, a.w., pp. 59-61.

⁷⁰ Wet 1 juli 1974 «betreffende een vereenvoudigde procedure inzake vorderingen van geringe waarde». Zie hierover J. STUYCK, «Recente ontwikkelingen in het Zweedse consumentenrecht», T.P.R., 1977 (te verschijnen), nr. 18 met talrijke verwijzingen.

⁷¹ T.a.p., p. 243.

⁷² Zie supra, nr. 13, 1°

⁷³ Dit ligt in de door W. VAN GERVEN («De ontwikkeling van de sociaal-economische rechtsorde in E.G.-verband», in *Waarheen gaat onze Sociaal-Economische Orde?*, Baarn, 1976, p. 91 ; «Een en ander over rechtsvorming», in *Liber Amicorum Mgr. Onclin*, Gembloux, 1976, p. 39) aangeduide band dat er bij materies zoals bijv. de bescherming van enkelingen of groepen van zwakken, tegen economische machtsposities die steunen op de vrijheids- en gelijkheidsgedachte, een verschuiving van de regelgevende activiteit naar de rechter toe is.

⁷⁴ De problematiek ligt a.h.w. zowat tussen het tweede en derde door VAN GERVEN (t.a.p., pp. 392-394) gereveleerde situatie-type bij rechtsvorming, m.n. aanwezigheid van belangrijke maar voor het ogenblik niet of nauwelijks ter discussie gestelde waardeoordelen die een verdere uitwerking en ontwikkeling vereisen (tweede type), in welk geval de voorkeur dient te worden gegeven aan algemene regels vanwege de wetgever maar met voldoende interpretatieruimte — en anderzijds de aanwezigheid van nieuwe belangrijke waardeconflicten (derde type), in welk geval het vaststellen van een algemene regel (ook door het hoogste gerechtshof) best wordt uitgesteld. Hier ligt dan een taak voor de rechtbanken : door pragmatische beslissingen het terrein effenen voor een principiële beslissing. Cf. E.H. HONDIUS, a.w., p. 40 : «Regering en Parlement kunnen eerst de kat uit de boom kijken, de rechter moet erin klauteren — art. 13 Wet AB (= art. 5 Ger. W.) verplicht hem hiertoe».

⁶⁵ In Zweden (zie i.p.v. velen : U. BERNITZ, «Consumer Protection and Standard Contracts», *Scandinavian Studies in Law* 1973, 13-50 ; dezelfde, «Schwedisches Verbraucherschutzrecht», *RabelsZ.*, 1976, 593-613) en Denemarken (zie E. VON HIPPEL, t.a.p. p. 278) onderhandelt een consumentenombudsman met het bedrijfsleven over de inhoud van standaardcontracten. Indien nodig vordert hij voor de Marktrechtbank (resp. het Zee- en Handelsrecht) de nietigverklaring van «onbillijke» bedingen. Het Scandinavisch model is, zoals men ziet *gemengd* administratief-civilrechtelijk.

Het civielrechtelijke karakter blijkt overigens ook uit de algemene clauseule (art. 36) van de Scandinavische overeenkomstenwet (hieronder besproken onder nr. 15). Een verder doorgedreven preventieve inhoudelijke controle van standaardbedingen (goedkeuring door een administratief orgaan) wordt door E. VON HIPPEL, t.a.p., pp. 247-248, verdedigd. Hij acht een dergelijk systeem zelfs in de door P. ULMER (bij hem geciteerd) verdedigde afgezwakte vorm (verplichting tot registratie waarbij alleen absoluut ontoelaatbare bedingen worden geweigerd) in Europa niet realiseerbaar.

⁶⁶ Cf. de op basis van het K.B. nr. 62 van 13 januari 1935 getroffen K.B. 20 juni 1935 tot inwilliging van een verzoekschrift betreffende de contracten gesloten tussen de leveranciers en kleinhandelaars in brandstoffen en smeermiddelen in de verkooppunten (*Staatsblad*, 19 augustus 1975).

⁶⁷ Zie J. STUYCK, *Agressieve Verkoopmethoden*, Leuven 1975, 865 e.v.

⁶⁸ Zie J. STUYCK, «De misleidende reclame», T.P.R., 1976, 606.

keuze die de Duitse wetgever verleden jaar heeft gemaakt. Het op 1 april 1977 in werking getreden «Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)»⁷⁵ bevat benevens een «Generalklausel» (§ 9) — bedingen die tegen «Treu und Glauben» de belover buiten mate benadelen zijn nietig⁷⁶ — een lijst verboden clausules. Deze lijst is dubbel: aan de ene kant bedingverboden met waarderingsmogelijkheid voor de rechter (§ 10), aan de andere kant verboden zonder deze mogelijkheid⁷⁷.

Een variante van het tweede alternatief is een systeem waarbij een algemene bepaling verder kan worden geconcretiseerd door de hiertoe gemachtigde administratie (de Koning of de minister, eventueel op voorstel van een speciale dienst, zoals de Director-General of Fair Trading in Groot-Brittannië). Een systeem zoals voorgesteld in het voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken: een beperkte lijst verboden bedingen gevolgd door een blancovolmacht aan de Koning gegeven per sector of per produkt deze lijst aan te vullen, lijkt mij echter niet zo gelukkig. De rechtszekerheid wordt meer dan nodig opgeofferd aan de beschermingsidee en aan de noodzaak in dit soort materies het regelvormingsproces snel te laten verlopen: naar Duits voorbeeld is een verdere concretisering *in de wet* ook in België hic et nunc mogelijk. Een getrappt systeem (algemene norm en verbodsbepalingen met respectievelijk (praktisch) zonder beoordelingsruimte biedt veel mogelijkheden.

15. Op de vraag welke bedingen wettelijk verboden dienen te worden kan hier niet meer worden ingegaan. Men zal daarvoor vanuit verschillende gebieden (aansprakelijkheidsrecht, procesrecht, handelsrecht, ...) de specialisten bij elkaar moeten brengen. Hervormingen op deelterreinen zoals produktenaansprakelijkheid, verkoop op afbetaling, huur van woningen, enz... kunnen de lijst van te verbieden bedingen overigens mettertijd doen afnemen.

Het is geen eenvoudige zaak een algemene norm te vinden. De invoering van een vage billijkheidsstandaard, niet als meta- of vóór-juridische norm, maar

als rechtsregel zelf is vrij problematisch. Het Amerikaanse voorbeeld moge hiervan getuigen. T. Bourgoignie komt in een recente studie over het begrip «unconscionability» in het Amerikaanse standaardbedingenrecht⁷⁸ tot de conclusie dat het begrip «unconscionability» (moeilijk te vertalen — iets als onbehoorlijk, onbillijk) gebleken is te weinig specifiek te zijn: de meeste situaties waarop de «unconscionability»-regel uit art. 2-302 UCC werden toegepast hadden ook met toepassing van andere algemene normen (redelijkheid, goede trouw, enz. ...) kunnen worden opgelost⁷⁹.

In de Scandinavische landen daarentegen, meer bepaald in Zweden, lijkt de billijkheidsnorm («oskäligh») bevredigender te werken. Althans art. 1 van de wet onbillijke contractvoorwaarden 1971, dat de consumentenombudsman de bevoegdheid geeft tegen «onbillijke contractbedingen» op te treden, gaf (in zijn pragmatische en administratiefrechtelijk georiënteerde toepassing) geen aanleiding tot ontvreemding⁸⁰. Het begrip werd overigens in Zweden en Denemarken⁸¹ overgenomen in art. 36 Scandinavische Overeenkomstenwet dat de rechter de bevoegdheid geeft een beding geheel of partieel te vernietigen indien het, rekening houdend met de omstandigheden van de totstandkoming, omstandigheden na de contractssluiting of andere omstandigheden, onbillijk is t.o.v. de consument⁸².

16. Voor België kan bij de formulering van een algemene norm inzake onereuze standaardbedingen gegrepen worden naar een van de volgende begrippen: goede trouw, goede zeden⁸³ en gekwalificeerde benadeling. Bij een keuze voor het laatste⁸⁴ kan men

⁷⁸ «Clauses abusives et le concept d'unconscionability en droit américain: une arme juridique efficace au service des consommateurs?», *Rev. Dr. Int. et de Dr. Comp.*, 1977, 21-52.

⁷⁹ Verder verdienen de extreem-liberale overwegingen van Richard A. EPSTEIN (Harvard) («Unconscionability: a critical reappraisal», *The Journal of Law and Economics*, Vol. XVIII (1975), 293-315 de aandacht. Vanuit een sterk geloof in contractsvrijheid (niet méér te beperken dan strikt noodzakelijk) beschouwt hij elke reden voor niet-afdwingbaarheid van een overeenkomst ongewenst tenzij een gebrek in de toestemming (zij het bedrog, overdreven druk of onbehoorlijke beïnvloeding) of (maar dan binnen enge grenzen) een of andere incompetentie in hoofde van de partij t.a.v. wie de overeenkomst wordt afgedwongen. De «unconscionability»-doctrine kan de rechter beide soorten problemen efficiënter helpen oplossen. Maar, wordt de doctrine in een zelfstandige dimensie gebruikt, aldus Epstein, dan dient zij enkel om de contractsvrijheid te beperken op een wijze die maatschappelijk gezien meer kwaad dan goed doet. Dit laatste wordt dan aan de hand van enkele voorbeelden uit de rechtspraak aange- toond.

⁸⁰ Zie J. STUYCK, «Recente ontwikkelingen...», nr. 8.

⁸¹ Zie E. VON HIPPEL, *t.a.p.*

⁸² Aldus de Zweedse versie (zie J. STUYCK, *t.a.p.*, nr. 12).

⁸³ De Nederlandse Hoge Raad (19 mei 1967, N.J., 1967, 261, Saladim/H.B.U.) heeft «waarschijnlijk de knoop doorgehakt ten gunste van de goede-trouw-constructie, zonder overigens de goed-zeden-constructie te verwerpen», aldus E.H. HONDIUS, *Contractenrecht*, VII, nr. 138.

⁸⁴ Naar huidig recht te funderen op art. 1382 B.W. (aldus A. DE BERSAQUES); zie *supra*, nr. 7.

⁷⁵ BGBl. 76 I 3317.

⁷⁶ § 9 geeft daar zelf twee concretisering van. In geval van twijfel dienen als buiten mate benadelend te worden beschouwd: bedingen die niet te verenigen zijn met de grondidee van de wettelijke regeling waarvan wordt afgeweken, resp. bedingen die essentiële rechten en plichten die uit de natuur van de overeenkomst voortspuiten, zodanig inperken dat het bereiken van het doel van de overeenkomst in het gedrang komt. Men vergelijke hiermee de hierboven onder nr. 13, 5°, aangestipte jurisprudentie t.a.v. exoneratieclausules in België.

⁷⁷ Zie over deze wet P. SCHLOSSER, D. COESTER, WALTEN en H.U. GRABA, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bielefeld, 1977; J. SCHWAPPACH, *Gesetz zur Regelung der AGB*, Berg-Gladbach, 1976, en in het kort, E. VON HIPPEL, *t.a.p.*, pp. 256-257.

zich laten inspireren door de anti-woeker-bepaling van art. 1907ter B.W. en § 9 AGBG. Een beding zou dan nietig kunnen worden verklaard in de mate waarin de belover als gevolg van een (economisch of ander) machtsvervalscht van de bedinger benadeeld is in een mate die met het vereiste van goede trouw *bij de totstandkoming van contracten*⁸⁵ onverenigbaar is.

III. Besluit

17. Strafbedingen, exoneratieclausules en andere onereuze bedingen in (standaard-)contracten vergen vanuit de economisch en technisch relatief zwakkere positie van grote groepen toetreders tot deze bedingen (in hoofdzaak consumenten)⁸⁶ een wetgevend ingrijpen. In de huidige stand van rechtspraak en rechtspolitieke discussie komt de invoering van een

⁸⁵ Het goede-trouw-vereiste in deze benadelingsconstructie kan vervangen worden door het beginsel dat geen misbruik mag worden gemaakt van de contractsvrijheid of door het beginsel dat een rechtmatige verwachting van de wederpartij niet mag worden beschaamd (zie A. DE BERSAQUES, *t.a.p.*, nr. 23, met verwijzing).

⁸⁶ Over de wenselijkheid van een bescherming voor kleine handelaars tegen onereuze bedingen: O. LANDO, «Who should be protected against unfair contract clauses?», Second International Congress on Private Law, Rome 9-15 september 1976, en dezelfde «The Scope of Application of Statutes on Unfair Contract Clauses», Symposium Law and Economics, Lund, Augustus 1977 (beide papers nog niet gepubliceerd).

gemengd systeem gewenst voor: een algemene (evenredigheids-)norm en een relatief open lijst verboden bedingen. Een dergelijk systeem kan wellicht efficiënter worden gemaakt door de mogelijkheid in te voeren voor een op te richten administratief (lieft nogal zelfstandig) orgaan om van de bedrijfswereld consumentvriendelijkere standaardbedingen te bedingen of zo het moet — in rechte — af te dwingen of door overleg tussen vertegenwoordigers van beide belangengroepen aan te moedigen en desnoods een mogelijkheid tot reglementaire bekrachtiging ervan te geven⁸⁷. Tenslotte kan het tot stand brengen van dwingende regels op deelreinen de problematiek wel aanzienlijk in belang doen afnemen. Bovendien de in het vooruitzicht gestelde (Benelux-)regeling van strafbetingen en de (op E.E.G.-vlak) geharmoniseerde regeling van o.m. exoneratieclausules inzake produktenaansprakelijkheid, kan hier worden gedacht aan een autonoom consumentenkooprecht dat niet louter reactief en defensief is, maar principiële gedragsverplichtingen in hoofde van de deelnemers aan een handelaar/verbruiker-ruilverhouding voorschrijft⁸⁸.

J. STUYCK

⁸⁷ Dit laatste veronderstelt evenwel representatieve consumentenverenigingen.

⁸⁸ In deze zin (voor Duitsland) N. REICH-K. TONNER, «AGB-Gesetz und Verbraucher-Kaufverträge», *J.A.*, 1977, 150.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 1 DECEMBER 1976

Voorzitter-rapporteur: de h. Naulaerts

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Bützler en Simont

Werkloosheid—Bedrag der werkloosheidsuitkering—Gemiddeld dagloon—Begrip—Uurloon—Raming van het aantal verloren arbeidsuren—Wettig toegelaten overschrijding van de vastgestelde arbeidsduur—Feitelijke kwestie.

De werkloosheidsuitkering bedraagt 60 pct van het normaal loon dat de werknemer zou genieten krachtens de wetgeving op de feestdagen indien de eerste werkloosheidsdag een wettelijke feestdag was.

Voor de werknemers die per uur worden betaald is het loon voor de wettelijke feestdag gelijk aan het uurloon vermenigvuldigd met het aantal verloren arbeidsuren.

Bij de vaststelling van het normaal loon moet de feitenrechter nagaan of een wettelijk toegelaten over-

schrijding van de bij c.a.o. bepaalde maximumarbeids-tijd in concreto al dan niet zou hebben plaatsgehad indien de werkloze verder tewerkgesteld was geweest. Er mag niet worden uitgegaan van het aantal uren dat de werkloze werkelijk arbeid heeft verricht in de periode voorafgaand aan de werkloosheid.

M. t/ Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening

Gelet op het bestreden arrest, op 5 december 1974 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 160, §§ 2, 3 en 7, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, ingevoegd bij artikel 5 van het koninklijk besluit van 13 oktober 1971, 83^{quater}, § 1, van het ministerieel besluit van 4 juni 1964 inzake werkloosheid, ingevoegd bij artikel 2 van het ministerieel besluit van 18 oktober 1971 en aangevuld bij artikel 2, 1^o en 2^o, van het ministerieel besluit van 28 juni 1973, en 4 van het besluit van de Regent van 2 april 1947 tot uitvoering van de besluitwet van 25 februari 1947 op de betaalde feestdagen,

doordat, na te hebben aangehaald dat, krachtens artikel 160, §§ 2, 3 en 7, van het koninklijk besluit van

20 december 1963, het bedrag van de dagelijkse werkloosheidsuitkeringen op grond van het gemiddeld dagloon berekend wordt, hetgeen volgens artikel 83^{quater}, § 1, van het ministerieel besluit van 4 juni 1964 het normaal loon is dat de werknemer zou genieten indien de eerste werkloosheidsdag een wettelijke feestdag was en indien de voorwaarden om daarop aanspraak te hebben, geacht werden te zijn vervuld, welk normaal loon overeenkomstig artikel 4 van het besluit van de Regent van 2 april 1947, bepaald wordt door vermenigvuldiging van het uurloon met het getal verloren arbeidsuren, het arbeidshof oordeelt dat met dit laatste getal niet de arbeidsduur vóór de aanvang maar wel die na de aanvang van de werkloosheid beoogd wordt, op grond van de redenen dat "weliswaar wat betreft de bepaling van dit normaal uurloon op 1 september 1973, opgemerkt dient te worden dat de normale arbeidsduur die 43 werkuren per week mag bedragen, in het hotelbedrijf ingevolge de beslissing van het paritair comité van 9 mei 1972 in de maand juni en de maand september met zes werkuren per week mag worden overschreden in de badplaatsen; dat het dienvolgens niet in strijd zou zijn met de wettelijke bepalingen dat eiseres in de loop van de maand september 49 uren per week zou mogen werken; dat nochtans de toestand van (ciscres) bij haar werkgever van die aard was dat er zeker geen sprake kon zijn van het opdrijven van de normale werkuren in de loop van de maand september, vermits, juist omdat de werkgever gebrek aan werk voor (eiseres) voorzag, hij haar daarom slechts voor een korte duur had aangeworven uiterlijk tot 31 augustus 1973; dat in deze omstandigheden de motivering van de eerste rechter moet worden gevolgd waar hij de normale arbeidsduur van 43 werkuren per week heeft in aanmerking genomen",

terwijl de oorzaak van de aanvang van de werkloosheid in geen geval enige invloed op het bedrag van de toe te kennen werkloosheidsuitkering kan uitoefenen; immers, het gemiddeld dagloon, door artikel 160, §§ 2, 3 en 7, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 als grondslag van berekening opgelegd, wordt bepaald door het normaal loon dat verschuldigd zou zijn, indien de eerste dag van werkloosheid, verre van een stopzetting van de bestaande dienstbetrekking, integendeel een wettelijke feestdag zou zijn, uiteraard in het kader van een voortdurend dienstverband, krachtens artikel 83^{quater}, § 1, van het ministerieel besluit van 4 juni 1964; aldus, met het oog op de berekening van de werkloosheidsuitkering, abstractie dient te worden gemaakt van het intreden zelf van de werkloosheid en derhalve de in acht te nemen arbeidsduur, voor de toepassing van artikel 4 van het besluit van de Regent van 2 april 1947, die is welke zou zijn opgelegd, indien de redenen tot stopzetting van de indienstneming niet bestaan zou hebben; bijgevolg, bij het vaststellen van voornoemde normale arbeidsduur geen rekening gehouden kan worden met de vermindering van de arbeid die de werkgever door zijn werknemer laat verrichten, en met de daaruit gebeurlijk voortvloeiende vermindering van de arbeidsduur, daar deze de oorzaken zelf zijn van de beëindiging van het dienstverband en daar deze stopzetting volgens artikel 83^{quater}, § 1, van het ministerieel besluit van 4 juni 1964 moet worden verondersteld niet te zijn tussengekomen; zodat het ar-

beidshof, door bij de bepaling van de aan eiseres toekomende werkloosheidsuitkering rekening te houden met de oorzaken van de stopzetting van haar indienstneming, dit wil zeggen met de oorzaken van haar werkloosheid, de wettelijke berekeningswijze, krachtens welke van de veronderstelling moet worden uitgegaan dat geen werkloosheid ontstaan is, miskent en de in het middel aangehaalde bepalingen schendt:

Overwegende dat, ingevolge artikel 160, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, het bedrag van de dagelijkse werkloosheidsuitkeringen voor de werknemers-gezinshoofden en voor de andere werknemers op 60 t.h. van het gemiddeld dagloon wordt vastgesteld; dat, krachtens artikel 160, § 7, van hetzelfde besluit, de minister het gemiddeld dagloon, de wijze van berekening en de loonschijven waarop de uitkeringen worden berekend, bepaalt;

Overwegende dat artikel 83^{quater}, § 1, van het ministerieel besluit van 4 juni 1964 inzake werkloosheid het gemiddeld dagloon omschrijft als het normaal loon dat de werknemer zou genieten krachtens de besluiten genomen ter uitvoering van de besluitwet van 25 februari 1947 betreffende het toekennen van het loon aan de werknemers voor een bepaald aantal feestdagen per jaar, indien de eerste werkloosheidsdag een wettelijke feestdag was en indien de voorwaarden om daarop aanspraak te hebben, geacht werden te zijn vervuld;

Overwegende dat artikel 4 van het ten deze toepasselijke besluit van de Regent van 2 april 1947 tot uitvoering van de besluitwet van 25 februari 1947 bepaalt dat, wanneer het loon van de arbeider per uur wordt berekend, hij voor elke feestdag aanspraak mag maken op de betaling van zijn uurloon vermenigvuldigd met het getal verloren arbeidsuren;

Overwegende dat er ten deze geen betwisting bestaat over het uurloon dat 61 frank bedraagt; dat het geschil enkel gerezen is wat betreft de raming van het aantal verloren arbeidsuren;

Overwegende dat naar luid van het arrest de wekelijkse arbeidsduur 43 uren bedroeg; dat deze duur werd vastgesteld door de collectieve arbeidsovereenkomst van 9 mei 1972, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 21 september 1972; dat deze overeenkomst evenwel met ingang van 1 mei 1973 vervangen werd door de collectieve arbeidsovereenkomst van 12 april 1973 gesloten in het nationaal paritair comité voor het hotelbedrijf betreffende de verkorting van de arbeidsduur, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 18 oktober 1973; dat luidens artikel 2 van deze overeenkomst de maximumgrens van de wekelijkse arbeidsduur, vastgesteld bij artikel 19 van de Arbeidswet van 16 maart 1971, vanaf 1 mei 1973 wordt verkort tot 42 uren gemiddeld over het jaar;

Overwegende dat in de badplaatsen, luchtkuuroorden en toeristische centra, ingevolge artikel 4 van het koninklijk besluit van 9 september 1967 handelend over de arbeidsvoorwaarden in de ondernemingen welke onder het Nationaal Paritair Comité voor het hotelbedrijf ressorteren, de werknemers evenwel de vastgestelde arbeidsduur mogen overschrijden naar rata van zes uren gedurende de maanden juni en september, naar rata van

twaalf uren onder meer gedurende de maanden juli en augustus ;

Overwegende dat eiseres, die tijdens de maanden juli en augustus 1973 gedurende 9 uren per dag heeft gewerkt, staande houdt dat het aantal werkuren in aanmerking te nemen voor de schatting van haar normaal loon inzake de wetgeving met betrekking tot de feestdagen, het aantal uren is gedurende welke zij effectief heeft gewerkt in de loop van de weken die aan haar werkloosheid voorafgingen ;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiseres met een contract voor beperkte duur aangeworven was als werkster in een hotelbedrijf te Middelkerke van 1 juni tot 31 augustus 1973 ;

Overwegende derhalve dat de 12 overuren toegelaten in deze bepaalde sector gedurende de maanden juli en augustus, niet in aanmerking kunnen komen om de verloren arbeidsuren in september te ramen, nu de eerste dag van de werkloosheid viel in een periode gedurende welke zodanig aantal overuren niet toegelaten was ;

Overwegende dat weliswaar de normale arbeidsduur in september, ingevolge de hogervermelde afwijkende bepalingen, met 6 uren mocht worden overschreden en aldus 48 uren per week kon bedragen ;

Overwegende dat deze overschrijding evenwel niet verplicht is en aan het oordeel van de werkgever wordt overgelaten ;

Dat derhalve de feitenrechter behoort, alle omstandigheden eigen aan de zaak in acht genomen, na te gaan of deze overschrijding al dan niet zou hebben plaatsgehad ;

Overwegende dat het arrest dienaangaande in feite, en derhalve op onaantastbare wijze, oordeelt dat de toestand van eiseres bij haar werkgever van die aard was dat er zeker geen spraak kon zijn van het opdrijven van de normale werkuren in de loop van de maand september vermits, juist omdat de werkgever gebrek aan werk voor eiseres voorzag, hij haar daarom slechts voor een korte duur had aangeworven, uiterlijk tot 31 augustus 1973 ;

Overwegende dat het arrest zodoende bij de bepaling van de arbeidsduur geen rekening houdt met de oorzaken van de stopzetting van het dienstverband, maar de arbeidsduur schat gedurende welke eiseres werkelijk zou hebben gewerkt indien het contract na 31 augustus 1973 had voortgeduurd ;

Overwegende dat het arrest derhalve wettig gerechtvaardigd is, in zoverre het geen rekening houdt met het aantal uren gedurende welke eiseres tijdens haar tewerkstelling tot 31 augustus 1973 werkelijk arbeid heeft verricht ;

Dat het middel naar recht faalt ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 3 MEI 1977

Voorzitter : de h. Perrichon

Raadsheer-rapporteur : de h. Capelle

Advocaat-generaal : de h. Velu

Advocaat : mr. De Bruyn

Koop—Vrijwaring voor uitwinning—Last die bij de koop niet werd opgegeven.

De koper kan zich in de regel slechts beklagen over het bestaan van een last die de verkochte zaak bezwaart als deze last bij de verkoop niet werd aangegeven (art. 1626 B.W.).

Ten deze blijkt niet alleen dat de koper persoonlijk op de hoogte was van het bestaan en van de aard van de last die het onroerend goed dat hij wilde kopen bezwaarde, en bijgevolg van het risico dat hij nam, maar ook dat deze last bij de verkoop behoorlijk (in de voorlopige koopovereenkomst) door de verkoper werd opgegeven.

C. t/ V. en T.

Gelet op het bestreden arrest, op 9 februari 1976 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 1134, 1135, 1626, 1628, 1629, 1630, 1636 en 1638 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het bestreden arrest, bij wijziging van het vonnis van de eerste rechter op het hoger beroep van tweede verweerder, eisers rechtsvordering tot ontbinding van de litigieuze verkoop wegens gedeeltelijke uitwinning van de verkochte zaak heeft afgewezen, hem heeft veroordeeld in de kosten van beide aanleggen en tot betaling van 10.000 frank schadevergoeding aan tweede verweerder wegens roekeloos geding, op grond dat eiser «wist en moest weten dat T. titularis was van een landpacht ; ... dat zijn in subsidiaire orde ingestelde vordering, op grond van artikel 1636 van het Burgerlijk Wetboek, wegens de gedeeltelijke uitwinning waarvan hij beweert het slachtoffer te zijn, niet gegrond is ; dat de aangevoerde bepaling betrekking heeft op een bezitsontzetting en niet, zoals betoogd, op het bestaan van een niet opgegeven last, welke hypothese in aanmerking wordt genomen door artikel 1638 van het Burgerlijk Wetboek ; dat enkel de persoon die niets afwist van het bestaan van die last zulks kan uitvoeren ; dat, om de vorenvermelde redenen, zulks niet het geval is van de eerste geïntimeerde (thans eiser) ; dat de onverschoonbare dwaling van laatstgenoemde aan de basis ligt van de bekritiseerde rechtspleging ...»,

terwijl, nu artikel 1636 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat indien slechts een gedeelte van de zaak tegen de koper wordt uitgewonnen, en dat gedeelte, in verhouding tot het geheel, zo belangrijk is dat de koper zonder het uitgewonnen gedeelte niet zou hebben gekocht, hij de koop kan doen ontbinden, deze bepaling geen materiële bezitsontzetting veronderstelt van een gedeelte van de zaak doch in alle gevallen van toepassing is, buiten het geval van de niet zichtbare erfdienstbaarheden bedoeld bij artikel 1638, waarin een derde beweert enig recht te hebben op de zaak, zelfs zoals ten deze een persoonlijk recht van huur,

en terwijl in ieder geval, zowel in de hypothese van artikel 1636 als in die van artikel 1638, de persoonlijke wetenschap die de koper bij de koop kon of moest hebben omtrent het bestaan van een last niet volstaat om de vrijwaring uit te sluiten, bij gebrek aan een desbetreffende

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 4 MEI 1977

Voorzitter : de h. Naulaerts

Raadsheer-rapporteur : de h. Janssens

Advocaat-generaal : de h. Lenaerts

Advocaten : mrs. Van Ryn en Simont

1. Rente—Wettelijke rentevoet—Bedrag—2. Hoven en rechtbanken—Verbod uitspraak te doen over niet gevorderde zaken.

1. *De rentevoet van de wettelijke interest is vastgesteld op 4,5 % tot 30 juni 1970, 6,5 % tot 30 oktober 1974 en 8 % vanaf 1 november 1974.*

Als een partij zonder de rentevoet te bepalen vergoedende en gerechtelijke interesten vraagt, verwijst zij noodzakelijk naar de wettelijke rentevoet.

2. *De rechter heeft geen uitspraak over niet gevorderde zaken gedaan en niet meer toegekend dan gevraagd werd, als blijkt dat het totaal van de door de eiser gevorderde hoofdsom met vergoedende en gerechtelijke interesten, berekend tot de dag van de uitspraak, hoger is dan het toegekende bedrag waarop slechts vanaf de dag van de uitspraak interesten werden toegekend.*

N.V. I. e.a. t/ Van P.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 februari 1976 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen ;

Gelet op de beslissing van de Eerste Voorzitter van het Hof van Cassatie van 5 april 1977, waarbij bevolen wordt dat de onderhavige zaak zal worden behandeld door de derde kamer ;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek en van het algemeen rechtsbeginsel, neergelegd in artikel 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, volgens hetwelk de rechter geen uitspraak mag doen over niet gevorderde zaken en niet meer mag toekennen dan er gevraagd is,

doordat het arrest, dat het beroepen vonnis op dit punt wijzigd, het bedrag van het door verweerster geleden inkomstenverlies van 465.895 frank verhoogt tot 2.333.533 frank,

terwijl verweerster, bij conclusie waarbij zij incidenteel beroep instelde, op grond van de stelling dat de schade bepaald dient te worden op het ogenblik van de uitspraak, als netto-inkomstenverlies, na aftrekking van de vergoeding voor arbeidsongeval, een bedrag vorderde van slechts 1.969.022 frank, zodat het arrest aldus uitspraak doet over niet gevorderde zaken en meer toekent dan er gevraagd werd ;

Overwegende dat het middel niet aanduidt waarin de schending van de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek zou bestaan ; dat in dit opzicht het middel niet ontvankelijk is ;

Overwegende dat het dodelijk ongeval zich heeft voorgedaan op 5 december 1969 ; dat de dagvaarding van 4 november 1970 is ; dat de rentevoet van de wettelijke interest vastgesteld is op 4,5 % tot 30 juni 1970, op 6,5 % tot 30 oktober 1974 en op 8 % vanaf 1 november 1974 ;

uitdrukkelijke verklaring van de partijen ; zodat het arrest, dat aldus uitspraak doet op grond van de vorenvermelde redenen en zonder vast te stellen dat de litigieuze verkoop een uitdrukkelijk beding van niet-vrijwaring omvat zou hebben wegens het bestaan van een landpacht ten voordele van de tweede verweerder, de in de aanhef van het middel geciteerde wetsbepalingen, betreffende de vrijwaring waartoe de verkoper in geval van uitwinning gehouden is, schendt, en inzonderheid de artikelen 1626, 1629, 1636 en 1638 van het Burgerlijk Wetboek ;

Overwegende dat uit de aan het Hof voorgelegde stukken blijkt dat eiser van eerste verweerder een eigendom heeft gekocht, «domaine de Berchiwé» genaamd, om er persoonlijk aan visteelt te doen ; dat tweede verweerder krachtens een huurcontract dat vóór de verkoop werd gesloten het verkochte goed betrok en er eveneens aan visteelt deed ; dat de rechtbank van eerste aanleg te Aarlen op 14 april 1970 in zake van deze partijen een vonnis in hoger beroep heeft gewezen dat kracht van gewijsde verkregen heeft en waarin werd beslist dat tweede verweerder titularis van een landpacht was ;

Overwegende dat het arrest wettelijk beslist dat het bestaan van een dergelijke huur, die een pand bezwaart bij de verkoop aan een derde, een last voor de verkrijger is ;

Overwegende dat krachtens artikel 1626 van het Burgerlijk Wetboek, de koper zich in de regel slechts kan beklagen over het bestaan van een last die de verkochte zaak bezwaart wanneer deze last bij de verkoop niet werd opgegeven ;

Overwegende dat het arrest zonder dienaangaande bekritiseerd te worden vaststelt dat eiser en tweede verweerder regelmatig contact met elkaar hadden ; dat deze verweerder, vóór de aankoop van het goed door eiser, aan laatstgenoemde een associatie heeft voorgesteld om op het litigieuze goed aan visteelt te doen ; dat in de voorlopige koopovereenkomst tussen eiser en eerste verweerder melding werd gemaakt van de huur en de aard ervan ; dat het arrest, eveneens zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, daarenboven beschouwt dat eiser, ingevolge zijn beroep van viskweker en als voorzitter van de Belgische viskwekers, moest weten dat de huur van een onroerend goed om er aan visteelt te doen, een landpacht was ;

Dat aldus uit de motivering van het arrest niet enkel blijkt dat eiser persoonlijk op de hoogte was van het bestaan en van de aard van de last die het onroerend goed dat hij wilde kopen bezwaarde, en, bijgevolg, van het risico dat hij nam, doch eveneens dat deze last bij de verkoop behoorlijk door eerste verweerder werd opgegeven ;

Overwegende derhalve dat, zelfs al zouden bepaalde motieven van het arrest onjuist zijn, het bestreden beschikkende gedeelte wettelijk verantwoord zou blijven ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening ;

Veroordeelt eiser in de kosten.

Overwegende dat het beroepen vonnis aan verweerster, in eigen naam, voor inkomstenverlies 465.895 frank heeft toegekend, «te vermeerderen met de vergoedende interesten vanaf 5 december 1969 à 4,5 % tot 30 juni 1970 en à 6,5 % vanaf 1 juli 1970, en de gerechtelijke interest» ;

Overwegende dat in haar tweede conclusie in hoger beroep verweerster incidenteel beroep instelde en voor inkomstenverlies 1.969.022 frank vorderde «te vermeerderen met de vergoedende interest vanaf 5 december 1969» en de gerechtelijke interest ;

Overwegende dat het arrest aan verweerster 2.333.533 frank toekent voor inkomstenverlies, maar voor de berekening van de interest een onderscheid maakt ; dat enerzijds 465.895 frank toekomt aan verweerster met de interest zoals die in het beroepen vonnis werd omschreven en door verweerster in haar tweede conclusie in hoger beroep werd gevorderd ; dat verweerster anderdeels nog 1.867.638 frank bekomt, maar dat op deze som geen andere interest wordt toegestaan dan de gerechtelijke en dan nog pas vanaf de uitspraak van het arrest op 2 februari 1976 ;

Overwegende dat uit wat voorafgaat blijkt dat moet onderzocht worden of, per 2 februari 1976, de door het hof van beroep toegekende 1.867.638 frank, zonder enige afzonderlijk toegestane interest tot die datum, méér tegenwoordigt dan de door verweerster in haar conclusie gevraagde $1.969.022 - 465.895 = 1.503.127$ frank, doch dit bedrag, overeenkomstig die conclusie, vermeerderd met vergoedende interest vanaf het ongeval op 5 december 1969 en de gerechtelijke interest berekend tot 2 februari 1976 ;

Overwegende dat, nu verweerster vergoedende en gerechtelijke interesten vroeg zonder de interestvoet te bepalen, zij noodzakelijk naar de wettelijke interestvoet verwees ;

Dat nog maar tegen 6,5 % de interest vanaf de dagvaarding van 4 november 1970 tot 2 februari 1976, dus gedurende meer dan vijf jaar, $1.503.127 \text{ frank} \times 6,5 \% \times 5 = 488.516$ frank overtreft ; dat derhalve het gevorderde op dit punt meer bedraagt dan $1.503.127 \times 488.516 = 1.991.643$ frank en dus ruimschoots de door het hof van beroep toegekende 1.867.638 frank te boven gaat ;

Dat het middel, in zoverre het is afgeleid uit de schending van artikel 1138, 2°, van het Burgerlijk Wetboek, feitelijke grondslag mist ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening ;

Veroordeelt de eisers in de kosten.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 17 JUNI 1977

Voorzitter : de h. de Vreese

Raadsheer-rapporteur : de h. Sury

Advocaat-generaal : de h. Declercq

Advocaten : mrs. De Gryse en Bayart

Boetebeding—Verhogingsbeding van 20 pct.—Verwerping—Motivering.

De rechter die beslist dat een partij, indien ze destijds van oordeel was dat een verhoging van 20 pct. overdreven was en de wederpartij een groter voordeel verschafte dan de door haar geleden schade, bij de ontvangst van de facturen onmiddellijk had moeten protesteren, quod non, en dat derhalve het «kwestieus aanvaard beding», dat de overeenkomst van de partijen vormt, zijn volle uitwerking moet hebben, laat zodoende in het onzekere of hij oordeelt dat die partij, bij gebrek aan protest tegen het strafbeding bij de ontvangst van de facturen, erkend heeft dat dit beding geen buitensporig karakter vertoonde, dan wel of, zelfs indien dit buitensporig karakter vaststond, de partij niettemin, bij gebrek aan tijdig protest, door dit beding gebonden is, in welk geval de beslissing niet wettelijk verantwoord is.

D. en H. t/ N.V. O.

Gelet op het bestreden arrest, op 14 april 1976 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 6, 1131, 1133, 1152, 1226, 1229 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat, na te hebben vastgesteld dat het betwiste strafbeding niet strijdig is met artikel 1023 van het Gerechtelijk Wetboek «daar de vermeerdering eisbaar wordt onafhankelijk van het instellen of niet van een rechtsvordering» en het beding «geenszins tot doel heeft een voorziening in rechte te beletten, maar enkel de schade te dekken voortspruitende uit het onbetaald blijven van facturen», het arrest besluit tot de geldigheid en het bindend karakter van het strafbeding om de redenen dat het strafbeding «evenmin dubbel gebruik met de rechtsplegingsvergoeding vormt, vermits het een andere schade dan de rechtsplegingsvergoedingskosten dekt», namelijk «de commerciële schade die voortspruit uit het feit dat de schuldeiser niet te gelegener tijd kan beschikken over de gelden die hem nochtans onbetwistbaar toekomen en, daarenboven, uit de administratieve onkosten die de wanbetalingen noodzakelijkerwijze met zich slepen» en omdat anderzijds indien de eisers «destijds van oordeel waren dat een verhoging van 20 pct. overdreven was» en aan verweerster «een groter voordeel verschafte dan de door haar geleden schade, ze bij de ontvangst van kwestieuze facturen onmiddellijk hadden moeten protesteren, quod non» en «dat derhalve kwestieus aanvaard beding, dat de overeenkomst van partijen vormt, zijn volle uitwerking moet hebben»,

terwijl, eerste onderdeel, het arrest aldus niet antwoordt op het door de eisers in conclusie ingeroepen verweer dat het strafbeding «overdreven» was daar «de schade die wordt opgevorderd een voordeel zou verschaffen die buiten alle verhouding is met de schade die eventueel zou kunnen zijn ontstaan», en het arrest derhalve niet regelmatig is gemotiveerd (schending van artikel 97 van de Grondwet),

tweede onderdeel, in zoverre het arrest heeft willen zeggen dat het «overdreven» karakter van het betwist beding irrelevant is omdat het beding, hoe overdreven het ook moge zijn, bij gebrek aan tijdig protest, aanvaard moet worden geacht, de overeenkomst van de partijen vormt en volle uitwerking moet hebben, de beslissing niet wettelijk is gerechtvaardigd, en schending inhoudt van de artikelen 6, 1131, 1133, 1152, 1226 en 1229 van het Burgerlijk Wetboek, krachtens welke een strafbeding dat aan de bedin-

gende partij een voordeel oplevert dat buiten verhouding staat tot de schade die eventueel uit de niet-uitvoering van de overeenkomst zou kunnen ontstaan, geen geldig strafbeding is omdat het geen louter schadevergoedend karakter heeft en bijgevolg nietig is als strijdig met de openbare orde en derhalve niet vatbaar is voor aanvaarding of bekrachtiging door de partijen :

Overwegende dat het arrest oordeelt dat, indien de eisers destijds van oordeel waren dat een verhoging van 20 pct. overdreven was en aan verweerster een groter voordeel verschafte dan de door haar geleden schade, ze, bij de ontvangst van de kwestieuze facturen, onmiddellijk hadden moeten protesteren, quod non, en dat derhalve «kwestieus aanvaard beding», dat de overeenkomst van de partijen vormt, zijn volle uitwerking moet hebben ;

Dat het arrest zodoende in het onzekere laat of het beschouwt dat de eisers, bij gebrek aan protest tegen het strafbeding bij de ontvangst van de facturen, erkend hebben dat dit beding geen buitensporig karakter vertoonde dan wel of, zelfs indien dit buitensporig karakter vaststond, de eisers niettemin, bij gebrek aan tijdig protest, door dit beding zijn gebonden, in welk geval het arrest zijn beslissing niet wettelijk verantwoordt ;

Dat het arrest, dat met dubbelzinnigheid is aangetast, geen passend antwoord geeft op de in het middel vermelde conclusie ;

Dat het middel gegrond is ;

Om die redenen,

Vernietigt het bestreden arrest ;

Beveelt dat van onderhavig 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 Antwerpen.

NOOT—Zie in dit nummer de bijdrage van J. Stuyck, Toetsen van verhogingsbedingen. Naar een betere bescherming tegen oneeruze bedingen in standaardcontracten ?

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER — 11 JUNI 1976

Voorzitter : de h. Weyens

Raadsheren : de hh. Lebeer en De Peuter (rapporteur)

Advocaat-generaal : de h. Vervliet

Advocaten : mrs. Van Lennep en Verbeke loco Lens

Geneeskunst—Onwettige uitoefening—Acupunctuur.

De in art. 2 van het K.B. nr. 78 van 10 november 1967 beschreven daden, nl. het onderzoeken van een menselijk lichaam en het daadwerkelijk aanwenden op dit lichaam van middelen ter bestrijding van een kwaal waaraan dat lijdt, zijn volgens de Belgische wetgeving strafbaar, als ze door een onbevoegde gesteld worden, ongeacht de beginselen waarop de dader steunt, ongeacht zijn opvatting over de oorzaak van de kwaal, ongeacht de vraag of hij die

oorzaak meent te vinden in andere redenen dan waar de westerse geneeskunde ze zoekt.

Welke waarde de acupunctuur ook moge hebben, mag een onbevoegde, d.i. een persoon die niet aan de in België vereiste voorwaarden van art. 2 K.B. nr. 78 van 10 november 1967 voldoet, geen daden stellen die volgens hem tot de acupunctuur behoren, als die daden tevens overeenstemmen met die welke in voornoemd art. 2 omschreven zijn.

S. en S.

Overwegende dat de hoger beroepen regelmatig zijn naar de vorm en tijdig werden ingesteld, zodat ze ontvankelijk voorkomen (Corr. Rb. Antwerpen 27 juni 1974) ;

Overwegende dat de verjaring van de publieke vordering gestuit werd door de akte van hoger beroep aangetekend op 2 juli 1974 door de procureur des Konings te Antwerpen (stuk 30) ;

Betreffende eerste beklaagde

A. Overwegende dat uit het onderzoek ter terechtzitting van het Hof gehouden en uit het dossier gebleken is dat eerste beklaagde geen bezitter is van het wettelijk diploma van doctor in de genees- heel- en verloskunde, te behalen in overeenstemming met de wetgeving op het toekennen van de academische graden en het programma van de examens ; dat beklaagde hiervan evenmin vrijgesteld is ; dat hij eveneens de voorwaarden gesteld bij artikel 7 van het K.B. van 10 november 1967 niet vervult ;

Overwegende dat verder gebleken is dat eerste beklaagde aanvankelijk niet zo veel, naderhand ongeveer een vijftiental patiënten per dag ontving ; dat hij overigens zelf een vrij aanzienlijk aantal namen van patiënten opgegeven heeft ; dat velen onder hen genezing zouden hebben bekomen ;

dat volgens zijn eigen verklaring, eerste beklaagde de polsslag van de patiënten voelde, aldus de stoornissen opspoorde en dan ter bestrijding daarvan overging tot het inplanten van een, naar gelang de vastgestelde kwaal, wisselend aantal naalden in diverse lichaamsdelen van de patiënt ; dat sommigen één, anderen meerdere malen behandeld werden ; dat onder meer hoofdpijn verdreven werd (stuk 1) ;

dat beklaagde hierbij handelingen stelde die tot doel hadden of werden voorgesteld tot doel te hebben, bij een menselijk wezen, hetzij het onderzoeken van de gezondheidstoestand, hetzij het opsporen van ziekten of gebreken, hetzij het stellen van een diagnose, hetzij het instellen en uitvoeren van een behandeling van een fysische of psychische, werkelijke of vermeende pathologische toestand ;

B. Overwegende dat eerste beklaagde in beroepsbesluiten beweert dat de door hem gestelde handelingen, zo ze kunnen overeenstemmen met de materiële daden gesteld door een geneesheer, niet strafbaar zijn omdat ze niet onder de vigerende wetgeving vallen doordat de door hem beoefende acupunctuur steunt op beginselen die vreemd zijn aan de westerse geneeskunde ;

dat het K.B. nr. 78 van 10 november 1967 alleen maar de westerse geneeskunde bedoelde en geenszins de oosterse disciplines ; dat deze wetgeving alleen maar tot doel had

degenen te sanctioneren die de westerse geneeskunde usurperen bij gebreke aan diploma's ;

dat hij ook een uitspraak van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België aanhaalt ; dat volgens hem het stellen van diagnose een daad van westerse geneeskunde is die onvergelykbaar is in haar opzet en doel met de daarop gelijkende handelingen van de acupuncturist ;

dat ten slotte eerste beklagde alleen zou optreden uitsluitend op voorschrift van een westers geneesheer ;

C. 1. Overwegende dat de daden beschreven in artikel 2 van het K.B. nr. 78 van 10 november 1967, namelijk het onderzoeken van een menselijk lichaam en het daadwerkelijk aanwenden op dit lichaam van middelen ter bestrijding van een kwaal waaraan dat lijdt, zo ze door een onbevoegde gesteld worden, strafbaar zijn volgens de Belgische wetgeving, ongeacht de beginselen waarop de steller ervan steunt, ongeacht zijn opvatting over de oorzaak van de kwaal, ongeacht de vraag of hij die oorzaak meent te vinden in andere redenen dan waar de westerse geneeskunde ze zoekt ;

2. Overwegende dat in de conclusie van eerste beklagde verward worden, enerzijds het praktiseren van de acupunctuur door een geneesheer — zoals woordelijk gezegd in de door hem aangehaalde uitspraak van de Academie voor Geneeskunde — en anderzijds het beoefenen van de acupunctuur door een in België onbevoegd persoon, namelijk een persoon als hij die aan de in België vereiste voorwaarden, beschreven in art. 2 K.B. nr 78 van 10 november 1967, niet voldoet ;

dat ongeacht de waarde die de acupunctuur kan hebben, aangelegenheid waarover het Hof niet te oordelen heeft, eerste beklagde in ieder geval geen daden mocht stellen die volgens hem tot de acupunctuur behoren, wanneer die daden tevens overeenstemmen met die welke beschreven zijn in voornoemd artikel 2 van het K.B. nr 78 van 10 november 1967 ;

3. Overwegende dat in tegenstelling met wat eerste beklagde in zijn beroepsconclusie voorhoudt, de wettelijke bepalingen betreffende het uitoefenen van de geneeskunde tot doel hebben een essentieel belang van de gemeenschap te beveiligen, namelijk de openbare gezondheid (Cass., 29 januari 1951, *Pas.*, 1951, I, 350) ;

4. Overwegende dat in tegenstrijd met de conclusie van eerste beklagde hij de gewraakte daden ten tijde bedoeld in de tenlastelegging op eigen gezag stelde en geenszins op voorschrift van een bevoegd geneesheer ; dat eerste beklagde ter terechtzitting van het Hof precies uitlegde hoe hij aan het handelen op eigen gezag precies een einde maakte toen onderhavig onderzoek een aanvang genomen had ;

Overwegende dat bijgevolg de feiten ten laste van eerste beklagde gelegd bewezen zijn gebleven ; dat door de eerste rechter een wettelijke en voldoende betugelende straf werd uitgesproken ;

Betreffende tweede beklagde :

Overwegende dat de feiten ten laste van tweede beklagde gelegd niet bewezen zijn gebleven ;

(...)

NOOT—Bovenstaand arrest bekrachtigt Corr. Antwerpen, 27 juni 1974, R.W., 1974-75, 1057, met noot van Kris Schutyser. Het cassatieberoep tegen het arrest, waarbij de verdachte geen enkel middel opwierp, werd verworpen bij arrest van 7 december 1976.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER — 20 DECEMBER 1976

Voorzitter : de h. Rauws

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Boeykens en Trekker

Advocaten : mrs. Bastaens en Stappers

Arbeidsovereenkomst bedienden—Overdracht van onderneming—Gevolg voor de arbeidsovereenkomst—Voortbestaan der arbeidsrelatie—Voorwaarden.

In se maakt de cessie of fusie van een onderneming geen contractbreuk uit en de werknemer kan niet weigeren voor de nieuwe werkgever te arbeiden voor zover aan de essentiële arbeidsvoorwaarden niet geraakt wordt.

De werkgever die zijn onderneming en een arbeidsovereenkomst overdraagt zonder instemming van de werknemer blijft in beginsel persoonlijk aanspreekbaar voor lonen en andere sommen.

Z. t/ Van T.

1. Ten aanzien van de feiten

Het is niet betwist dat appellant Z. op 1 januari 1974 zijn handelsactiviteit staakte en dat hij tevoren zijn handelszaak had overgedragen aan de firma E.

Het staat ook vast dat de nieuwe firma een aantal personeelsleden, onder wie geïntimeerde, overnam : cf. de ontwerpen van bediendencontract ; het deurwaardersexploot op 28 december 1973 door Van T. betekend aan Z. ; de getuigenverklaringen van Van L., D., A. en M. ; de aangetekende brief van 2 januari 1974 door mr. Bastaens gericht aan geïntimeerde.

Van T. heeft evenwel geweigerd het contract te tekenen dat haar in de week tussen Kerstmis 1973 en Nieuwjaar 1974 door de overnemende firma werd voorgelegd (getuigenverklaring Van R., Van L. en A. ; zie ook ontwerp-contract, stuk 2 dossier geïntimeerde).

Op 28 december 1973 betekende Van T. aan Z. een deurwaardersexploot waarin zij verklaarde te weigeren te aanvaarden dat haar bediendencontract met laatstbedoelde een einde zou nemen op 1 januari 1974 door overgang naar de firma E., en waarbij zij aanzegde en stelde dat Z. contractbreuk pleegde door de bediendenovereenkomst die hem aan geïntimeerde bond, zonder opzegging een einde te laten nemen.

Op 2 januari 1974 werd Van T. bij aangetekend schrijven van mr. Bastaens aangemaand haar werkzaamheden in de nieuwe firma te gaan uitoefenen.

Op 3 januari 1974 schreef mr. Bastaens aan mr. Wegge, raadsman van geïntimeerde, dat Van T. ak-

koord was gegaan met een bepaalde regeling en dat haar dienstcontract geen einde nam.

Op 6 januari 1974 antwoordde mr. Wegge dat zijn cliënte op geen enkel ogenblik officieel of officieus in kennis werd gesteld van de overgave van de zaak en dat zij enkel Z. als werkgever erkende.

Op 11, 18, 23 en 29 januari, alsmede op 6 en 8 februari 1974, bevestigen de raadslieden van partijen officieel hun standpunt m.b.t. de overname van de arbeidsovereenkomst door de firma E.

Van T. stelt in conclusie dat er na 1 januari 1974 bij Z. nog een zekere administratieve bedrijvigheid was die zij moest uitvoeren en ook uitvoerde tot ze op 5 januari 1974 ziek werd. Z. verwierp dit standpunt in de brieven welke zijn raadsman op 9 en 18 januari 1974 richtte tot mr. Wegge.

2. Ten aanzien van het recht

2.1. Geconstateerd moet worden dat Van T. een dubbelzinnig standpunt huldigt. Enerzijds beweert zij dat Z. contractbreuk pleegde door te weigeren het loon voor vier dagen in januari 1974 en het daarop aansluitend gewaarborgd maandloon wegens ziekte te betalen, terwijl zij anderzijds stelt dat Z. contractbreuk pleegde door per 1 januari 1974 zijn commerciële activiteit te staken en zijn handelszaak over te dragen.

Weliswaar betoogt geïntimeerde dat zij pas in tweede orde de staking der activiteit en de overdracht van de handelszaak als grond voor contractbreuk inroept, maar feitelijk en in rechte komt dit middel in hoofdorde omdat Van T. Z. reeds op 28 december 1973 bij deurwaardersexploot officieel aanzegde dat zij de overdracht van haar bediendencontract per 1 januari 1974 aan de firma E. als een onregelmatige beëindiging van haar dienstbetrekking beschouwde, en omdat, in zover deze overdracht in rechte een contractbreuk inhield, er voor een latere contractbreuk wegens wanprestatie geen grond meer aanwezig kan zijn.

Derhalve dient in de eerste plaats onderzocht te worden of de overdracht van de handelszaak aan de firma E. en de overname door deze firma van de arbeidsovereenkomst welke geïntimeerde aan Z. bond, inderdaad een contractbreuk uitmaakte.

Te dien aanzien houdt Van T. staande dat zij nooit in dienst getreden is van voornoemde nieuwe werkgever aangezien er met deze nooit een akkoord tot stand is gekomen omtrent de overname van de arbeidsovereenkomst daar geïntimeerde niet kon instemmen met de haar voorgestelde arbeidsvoorwaarden.

Naar het oordeel van het hof is inderdaad, en in strijd met de stelling van Z., in casu niet afdoende bewezen dat geïntimeerde werkelijk en onvoorwaardelijk haar instemming heeft betuigd met haar overgang naar de firma E., noch met de arbeidsvoorwaarden die deze firma haar aanbood.

Wel hebben de getuigen Van L., A. en M. het tegendeel verklaard, maar de getuigenissen van Van R., Van V. en W. maken dit dubieus en daarbij is, naar het oordeel van het hof, decisief dat geïntimeerde finaal geweigerd heeft het haar voorgelegde contract te tekenen.

Daaruit vloeit evenwel niet voort dat Z. door de

staking van zijn activiteit en de overdracht van zijn handelszaak met inbegrip van de arbeidsovereenkomst die hem aan geïntimeerde bond, de dienstbetrekking van laatstbedoelde op onregelmatige wijze beëindigd heeft.

De rechtspraak en het hof aanvaarden immers, conform de huidige sociologische en sociaal-economische opvattingen omtrent de onderneming, dat de werknemer bij cessie of fusie van de onderneming niet kan weigeren voor de nieuwe werkgever te arbeiden en dat de overdracht van de onderneming en van de arbeidsovereenkomst geen contractbreuk uitmaakt voor zover de arbeidsvoorwaarden niet op essentiële punten worden gewijzigd (Cass., 26 mei 1961, *Pas.*, 1961, I, 1030; Cass., 6 juni 1973, *J.T.T.*, 1973, 203; Arbh. Brussel, 18 december 1974, *J.T.T.*, 1975, 297).

Geïntimeerde beweert dat de arbeidsvoorwaarden geheel anders waren bij de firma E., met name dat meer uren gepresteerd dienden te worden, ook op zaterdag en zondag; overuren zonder vergoeding; minder rustpauze tijdens de middag en dat geweigerd werd al deze bepalingen in een contract om te zetten.

Uit het laatste ontwerp-contract, dat door de echtgenoot van geïntimeerde werd meegenomen en dat bestemd was om door Van T. ondertekend te worden, (stuk 2, dossier geïntimeerde), blijkt dat belanghebbende over zou gaan met behoud van haar anciënniteit; dat haar vast maandloon geïndexeerd was en 24.000 fr. bedroeg, terwijl haar vast loon bij Z. blijkens haar eigen vordering slechts 22.495 fr. bedroeg; dat haar commissieloon en een dertiende maandloon toekwam en dat de bepalingen van de bediendencontractwetten en van de paritaire overeenkomsten van de patronale groepering van de handels- en scheepvaartbureaus te Antwerpen toepassing zouden vinden.

M.b.t. de prestaties tijdens de weekends bepaalt punt 5 van het ontwerp-contract dat geïntimeerde om de veertien dagen een halve dag moest werken, in ruil waarvoor zij een halve dag vrijaf naar keuze mocht nemen. Op dit punt blijkt o.m. duidelijk uit de brief met bijlage van 11 januari 1974, uitgaande van haar raadsman mr. Wegge, dat geïntimeerde bij Z. regelmatig elke zaterdag werkte.

Dat Van T. ook gewoonlijk zondags zou dienen te werken is niet aangetoond; dat zij overuren zonder overloon zou moeten presteren wordt weerlegd door de verwijzing in het laatste ontwerp-contract naar de c.a.o.'s gesloten in het paritair comité voor de maritieme kantoren (stuk 2 dossier geïntimeerde).

De getuigenissen van Van V. en B., waarnaar geïntimeerde verwijst, hebben o.a. wel betrekking op een betwisting welke tussen geïntimeerde en Z. en de overnemende firma bestond inzake de uurregeling en de vergoeding daarvoor, maar waarop deze betwisting juist sloeg is door de getuigen niet gepreciseerd. Enkel de echtgenoot van geïntimeerde heeft verklaard dat de dagelijkse arbeidstijd van 7,5 uur op 10 uur gebracht zou worden; over de andere werktijdprestaties die Van T. inroept is ook door haar man niet gesproken. Deze getuigenis is dan ook niet decisief.

Uit het geheel van de feitelijke bestanddelen voorgebracht door partijen concludeert het hof dat de essentiële arbeidsvoorwaarden die Van T. bij haar overgang

naar de firma E. werden voorgesteld ten minste gelijkwaardig waren met die waarop geïntimeerde bij Z. werkte.

Er zijn derhalve geen gronden aanwezig om te beslissen dat de overdracht van zijn handelszaak door Z. jegens Van T. contractbreuk uitmaakte.

2.2. In zover geïntimeerde contractbreuk inroept wegens de weigering van appellant om het loon voor de gepresteerde dagen in januari 1974, het gewaarborgd maandloon en het vakantiegeld te betalen, alsmede wegens zijn weigering om het inlichtingsblad voor het ziekenfonds af te leveren, stoelt de oorspronkelijke vordering van Van T. op de stelling dat de overdracht van de handelszaak en van haar arbeidsovereenkomst aan de firma E. haar niet tegenstelbaar was en dat zij dientengevolge ook na 1 januari 1974 zonder meer in dienst van Z. is gebleven (cf. de officiële brieven van haar raadsman van 6, 11, 23 en 29 januari 1974). In haar conclusie voert geïntimeerde daarbij nog aan dat ondanks het feit dat appellant zijn handelsactiviteit had gestaakt er nog enige administratieve bedrijvigheid bleef die zij diende te vervullen, zodat zij niet zoals sommige andere personeelsleden vanaf januari 1974 overging naar de nieuwe firma.

In dit opzicht zij, met verwijzing naar de consideransen onder 2.1., herhaald dat Z. wel gerechtigd was geïntimeerdes verplichting om te arbeiden over te dragen aan de overnemende firma. De thesis van Van T. dat zij na 1 januari 1974 niet voor de firma E. diende te werken en dat appellant onverminderd haar werkgever bleef is dan ook ongegrond.

Z. heeft trouwens dit standpunt van geïntimeerde steeds afgewezen, ook met betrekking tot de drie dagen dat laatstbedoelde in januari 1974 nog prestaties heeft verricht in de lokalen aan de St.-Aldegondiskaai (cf. de brieven van mr. Bastaens van 2, 9, 18 en 23 januari 1974).

Het argument dat Z. tenslotte in december 1974 toch overging tot betaling van het gevorderde loon en vakantiegeld en tot aflevering van het inlichtingsblad, faalt eveneens in rechte, omdat de kwestieuze betaling en aflevering gebeurde onder uitdrukkelijk voorbehoud van alle rechten (brieven van mr. Bastaens van 4 en 10 december 1974).

Onder de concrete omstandigheden van de zaak maakte de weigering van Z. om het gevorderde loon en vakantiegeld te betalen en het inlichtingsblad-Z.I.V. af te leveren dan ook geen contractbreuk uit.

2.3. Naar het oordeel van het hof neemt het bovenstaande evenwel niet weg dat Z., ondanks de overdracht van zijn handelszaak en van de litigieuze arbeidsovereenkomst, persoonlijk schuldenaar is gebleven van de bezoldiging en de andere sommen die Van T. toekwamen. Inderdaad, in de mate dat de overdracht van de arbeidsovereenkomst aan de firma E. betrekking had op loonschulden en op andere pecuniaire verplichtingen, heeft Z. zich niet eenzijdig kunnen bevrijden, gelet op het feit dat de weigering van Van T. evident ook op dit aspect sloeg (Cass., 26 mei 1961, *Pas.*, 1961, I, 1030).

Ermede rekening houdend dat geïntimeerde tot 4

januari 1974 — zij het in rechte niet voor rekening van Z. — verder gearbeid heeft, dat zij vanaf 5 januari werkongeschikt was, en dat zij nadien geen arbeidsprestaties meer geleverd heeft, vormde de betaling van loon en vakantiegeld welke Z. in december 1974 deed de kwijting van schulden waartoe hij, op grond van bovenstaande consideransen, gehouden was.

Op die gronden,

Het Hof,

Vernietigt het vonnis op 8 juni 1976 gewezen door de Arbeidsrechtbank te Antwerpen.

Opnieuw wijzende :

Verklaart de oorspronkelijke vordering van Lucienne Van T. ongegrond in de mate dat zij ertoe strekt een veroordeling tot schadevergoeding wegens contractbreuk te krijgen.

(...)

NOOT—Voortbestaan van de arbeidsrelatie bij overdracht van onderneming

1. De beslissing van het Arbeidshof te Antwerpen wijkt niet af van de gevestigde rechtspraak, wel integendeel; het arrest komt deze jurisprudentie kracht bijzetten. De grote meerderheid van de Belgische arbeidsgerechten, ogenschijnlijk gesteund door het Hof van Cassatie, huldigt het principe dat de cessie of de overdracht van de onderneming het bestaan van de arbeidsovereenkomst niet aantast en dat de wijziging in de juridische toestand van de werkgever of de wijziging van werkgever zonder meer, tegenstelbaar is aan de werknemers. De toestemming van deze laatste is niet nodig. In twee gevallen echter staat de jurisprudentie afwijkingen toe: de arbeidsovereenkomst blijft niet voortbestaan, wanneer naar aanleiding van de overdracht een of meer essentiële voorwaarden van de arbeidsovereenkomst worden gewijzigd; de cessie heeft eveneens de beëindiging van de overeenkomst tot gevolg, wanneer deze was aangegaan "intuitu personae" (J. STEYAERT, *De arbeidsovereenkomst*, A.P.R., 1973, nr. 718).

De oplossing die de rechtscolleges (of althans de meerderheid ervan voor het probleem van de gevolgen van de cessie van de onderneming op de individuele arbeidsovereenkomst hebben uitgedacht, is ongetwijfeld sociaal de rechtvaardigste. Dit neemt niet weg dat het de gebezigde jurisprudentiële regel o.i. aan een soliede juridische grondslag ontbreekt. Een en ander moge blijken uit een beknopte analyse van de uitspraken waarnaar het Arbeidshof te Antwerpen in bovenstaand arrest verwijst.

a. *Het arrest van het Hof van Cassatie van 26 mei 1961 (Pas., 1961, I, 1030)*

Het Hof handhaaft het principe afgeleid uit art. 1690 B.W. dat geen enkele overdracht van schuld mogelijk is zonder de goedkeuring van de schuldeiser. Bijgevolg betekent zulks dat de werkgever die zijn onderneming overdraagt aan een derde, enkel met de toestemming van de arbeider of bediende met wie hij door een arbeidsovereenkomst verbonden is, zich van zijn verbintenissen jegens hen kan bevrijden. Het Hof was echter van oordeel dat in het geval, waarover het uitspraak diende te doen, de werkgever zonder de toestemming van de werknemer een schuldvordering (met betrekking tot de te presteren arbeid) kon overdragen, daar het contract niet was aangegaan *intuitu personae*; evenmin kon er sprake zijn van een wijziging van de essentiële arbeidsvoorwaarden.

Het beschikkend gedeelte van het arrest luidt :

"Attendu, certes, qu'aucune cession de dette ne peut s'opérer sans le consentement du débiteur; que, partant, les héritiers Myncke ne pouvaient, sans le consentement du demandeur, se libérer des obligations qui leur incombaient en vertu du contrat d'emploi;

"Mais attendu que suivant les constatations de la sentence attaquée, le demandeur, pour ne pas entrer au service du cessionnaire, ne fit point état de la prétention des défendeurs de se considérer comme libérés de leurs obligations mais se borne à invoquer son âge et son mauvais état de santé ;

"Attendu que le demandeur ne pouvait point s'opposer à la cession de créance faite par les défendeurs et ne pouvait, uniquement en raison de cette cession de créance, refuser ses prestations, le contrat, suivant les constatations de la sentence, n'étant pas conclu intuitu personne et les conditions de travail restant les mêmes."

b. *Het arrest van het Hof van Cassatie van 6 juni 1973* (Arr. Cass., 1973, 966 ; J.T.T., 1973, 203)

Voor het probleem dat ons aanbelangt is vooral het tweede onderdeel van het eerste middel van belang ; de tekst van dit onderdeel luidt als volgt : "en terwijl, tweede onderdeel, indien het bestreden arrest impliciet beslist had dat verweerster de verplichting om persoonlijk een werk gelijk aan het overeengekomene te verschaffen kon overdragen aan een ander, het de regel zou hebben geschonden dat een schuldenaar zijn schuld niet kan overdragen zonder toestemming van zijn schuldeiser (schending van de voormelde artikelen van het Burgerlijk Wetboek)."

Het Hof is echter van oordeel dat dit onderdeel van het eerste middel niet kan worden aangenomen : "Overwegende dat het arrest vastgesteld heeft enerzijds dat, niettegenstaande de overdracht van haar onderneming, verweerster eisers wedde persoonlijk schuldig bleef en anderzijds dat de wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden niet de essentiële bestanddelen van de overeenkomst raakten, zodat dit onderdeel van het middel niet kan worden aangenomen."

Met deze uitspraak, kan men o.i. twee kanten uit : er zijn inderdaad aanwijzingen voorhanden dat het rechtscollege voor de oplossing zou hebben geopteerd van de niet-toepassing van art. 1690 B.W. op de ons interesserende materie ; maar zijn er indicaties die wijzen op een ondubbelzinnige uitsluiting van de toepassing van de regel, onder meer in boven vermeld artikel vervat ? We menen ons te kunnen aansluiten bij de opvatting van L. FRANÇOIS en P. HALLET, "A propos de la cession de l'entreprise : un arrêt sibyllin", J.T.T., 1976, 97 e.v., die na een gedetailleerde analyse van het cassatiearrest, concluderen dat het Hof "niet" zegt dat de overdracht van schuld (de schuld van de werkgever arbeid te verschaffen aan de werknemer) zonder de toestemming van de schuldeiser (de betrokken werknemer) mag geschieden.

In elk geval ontbreekt in dit arrest, net als in het vorige, ieder begin van juridische fundering van de stelling als zou bij cessie van onderneming de arbeidsovereenkomst normaal blijven voortbestaan, in afwijking van de civielrechtelijke regel betreffende schuldoverdracht.

c. *Het arrest van het Arbeidshof te Brussel van 18 december 1974* (J.T.T., 1975, 297)

De arbeidsrelatie, aldus het arrest, moet worden beschouwd als een "deelneming" aan de onderneming. Deze relatie omvat een geheel van elementen geordend met het oog op een bepaald doel. Dit geheel (de onderneming) is een sociologische realiteit, die op een hoger niveau staat dan de persoon van de werkgever. In het raam van een dergelijke opvatting (over de onderneming), aldus nog steeds het arrest, heeft de vervanging van een werkgever door een andere tot gevolg dat de verplichtingen ontstaan uit de overdracht, inzonderheid de verplichting het loon uit te betalen, automatisch ten laste van de nieuwe werkgever vallen, zonder dat daartoe de toestemming van de werknemer vereist is en buiten elke kennisgeving van de opgetreden wijziging om.

d. Enkele opmerkingen

Uit de beknopte ontleding van bovenvermelde arresten blijkt onder meer :

— dat het Hof van Cassatie in de kwestie van overdracht van ondernemingen en de weerslag ervan op de arbeidsovereenkomsten geen duidelijk standpunt heeft ingenomen ; mocht het zijn dat het Hof opteert voor het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst bij cessie, dan moet

toch worden opgemerkt dat de arresten geen enkel element verschaffen dat het mogelijk maakt aan deze stelling een juridische grondslag te verlenen ;

— dat het Arbeidshof te Brussel er evenmin in geslaagd is met juridische argumenten bovenvermelde thesis te staven, wat uiteraard niets wegneemt van de waarde van de door het arbeidsgerecht aangevoerde argumentatie.

2. Aard en dimensie van de problematiek

In eerste instantie spruiten de moeilijkheden voort uit het stilzwijgen van de wet. In tegenstelling tot andere Europese arbeidsovereenkomstwetten, regelt de Belgische wetgeving niet op een specifieke wijze de gevolgen van wijziging in de juridische toestand van de werkgever op de arbeidsovereenkomst. Zo bepaalt o.m. de Franse Code du travail in art. 23, lid 8, van het eerste boek : "S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds mise en société, tous les contrats de travail en cours subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise". Het stilzwijgen van de wet stelt de rechter doorgaans niet voor onoverkomelijke problemen, ook de arbeidsrechter niet, wanneer hij, zoals in het onderhavige geval, geconfronteerd worden met een leemte in de wetgeving. Een arbeidsrechter kan dan doorgaans bij wijze van analogie een beslissing nemen ofwel terugvallen op de regels van het civiel recht, die dan gepromoveerd worden tot bepalingen van gemeen recht. Beroerd wordt de situatie pas wanneer blijkt dat deze normen niet kunnen bijdragen tot het vinden van een maatschappelijk aanvaardbare oplossing.

Zo biedt het invoeren van de civielrechtelijke regels geen uitweg, wanneer het erom gaat de toestand van de arbeidsovereenkomst te omschrijven in geval van overdracht van een onderneming. De arbeidsovereenkomst, als wederkerig contract, is voor beide partijen ter zelfder tijd bron van rechten en van plichten. Zowel de werkgever als de werknemer zijn schuldeiser en schuldenaar (zie o.m. A. LE NAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, 1973, p. 97 e.v.). De werkgever die zijn onderneming (personeel inclusief) wil overdragen aan een derde, moet een aantal schulden en schuldvorderingen overdragen. Het civielrechtelijk principe dat deze toestand regelt, stelt dat geen enkele overdracht van schuld kan plaatsvinden zonder de toestemming van de schuldeiser (zie R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, II, 1971, nr. 501). Voor de werkgever-cedent betekent zulks dat hij, wil hij het plegen van contractbreuk vermijden, de cessie moet onderwerpen aan de voorafgaande toestemming van iedere werknemer afzonderlijk. Anderzijds bestaat de theoretische mogelijkheid dat de cessionaris zich niet gebonden acht door de overeenkomsten afgesloten tussen de cedent en zijn personeel. De cessionaris zou dus kunnen weigeren het personeel verder in dienst te houden. Het hoeft geen betoog dat de toepassing van het burgerlijk recht weinig bevorderlijk is voor de vastheid van betrekking (zie STEYAERT, *op. cit.*, nr. 712).

Rechtspraak en rechtsleer verdedigen thans vrij algemeen de stelling dat de overdracht van de onderneming geen einde maakt aan de arbeidsovereenkomst. Hoofdargumenten hierbij zijn de betekenis van de arbeidsverhouding in de onderneming, de ware bedoeling van de partijen die tot de cessie overgaan en de huidige sociaal-economische context van het bedrijfsleven. Bij fusie of cessie wordt een werkgever door een andere vervangen ; een nieuwe werkgever treedt in de functie van de vorige, niet enkel als schuldeiser of schuldenaar maar ook en vooral als *werkleider en ondernemingshoofd*. Het doel waarvoor de onderneming was bestemd, wordt verder nagestreefd. Tot het wezen van de onderneming behoren ook de arbeidsverhoudingen. De werkelijke betekenis en de oorzaak van de arbeidsverhouding ligt niet in de verhouding werkgever - werknemer, maar in de verhouding onderneming - werknemer. Een en ander heeft tot gevolg dat de werkgever niet het recht bezit de arbeidsovereenkomst als beëindigd te beschouwen en dat de werknemer niet het recht bezit de onderneming te verlaten wanneer hij verneemt dat ze voortaan tot een andere financiële groep behoort, juridisch van statuut is veranderd, genationaliseerd werd of onder sekwester werd gesteld (zie STEYAERT, *op. cit.*, nr. 715).

O.M. t/ S. e.a.

Finaal komt de hierboven geschetste redenering erop neer dat jurisprudentie en doctrine het "contractueel" concept onderneming willen inruilen voor een "institutioneel", althans voor wat de ons aanbelangende problematiek betreft (zie FRANÇOIS en HALLET, *art. cit.*, J.T.T., 1976, 98). In het midden gelaten of de onderneming nu werkelijk in feite of in jure het karakter van een instelling verkregen heeft, moet het nut van deze zienswijze onderstreept worden, daar ze in geval van cessie een sociaal gerechtvaardigde oplossing toelaat. Dit neemt o.i. niet weg dat het noodzakelijk is te zoeken naar juridisch meer valabele alternatieven. Zo zou men wellicht meer de analogie kunnen beklemtonen die er bestaat tussen de toestand van de arbeids-overeenkomst bij cessie en de toestand bij overlijden van de werkgever. Art. 16bis van de Wet van 10 maart 1900 bepaalt: "Het overlijden van de werkgever maakt geen einde aan de overeenkomst." Indien dit overlijden de staking van de activiteit, waarvoor de werknemer in dienst is genomen tot gevolg heeft, of indien de arbeidsovereenkomst is gesloten met het oog op een persoonlijke medewerking, oordeelt de rechter naar billijkheid of er grond tot vergoeding bestaat en bepaalt hij het bedrag ervan."

Het ligt voor de hand dat de aanvulling van de arbeids-overeenkomstwetten met de regel die thans door jurisprudentie en doctrine wordt gehanteerd uiteindelijk het meest voldoende zou schenken. De frequentie waarmee fenomenen zoals cessie en fusie van ondernemingen voorkomen en de verdediging van vastheid van betrekking van de betrokken werknemers lijken ons alleszins een tussenkomst van de wetgever te rechtvaardigen. Is de thans aan gang zijnde herziening van de arbeidsovereenkomstwetgeving daarvoor niet de geschikte gelegenheid?

Februari 1977

M. Rigaux

BURGERLIJKE RECHTBANK TE IEPER

1ste KAMER — 17 NOVEMBER 1976

Voorzitter: de h. Verfaillie

Rechters: de hh. Roose en Thybergin

Openbaar ministerie: de h. Biebuyck

Advocaat: mr. d'Udekem d'Acoz

Minderjarige—Voogdij—Familieraad—Niet-eenparige beslissing: toepassing art. 1232, 2e lid, Ger.W.—Vrije keuze inzake belegging—Vereisten van goed beheer—Toezicht van de vrederechter.

1. Het bij artikel 1232, tweede lid, Ger.W. bepaalde opkomen tegen een niet eenparig genomen beslissing van de familieraad is geen hoger beroep. Hoger beroep is immers slechts mogelijk tegen een in eerste aanleg gewezen vonnis en een beslissing van een familieraad is geenszins een vonnis.

2. De belegging van de kapitalen van de minderjarigen mag niet strijdig zijn met de vereisten van een goed beheer (artikel 450, tweede lid, B.W.). Met inachtneming van deze regel is de wijze van belegging vrij, behoudens de door de wet uitdrukkelijk gestelde uitzonderingen.

De kapitalen mogen worden ingebracht in vennootschappen, belegd worden in familiezaken, in acties, enz. Deze beleggingen moeten wel zeker lijken en ernstige waarborgen bieden.

Een belegging bij openbare spaarinstellingen met de daaruit voortvloeiende mogelijkheid van toezicht vanwege de vrederechter, is geenszins voor de familieraad wettelijk verplicht.

A. Voorwerp van het geding

De familieraad van de minderjarige S. S., bijeengekomen op 18 september 1974, beslist o.m. dat de gelden, die later aan de minderjarige zouden kunnen toekomen, dienen te worden geplaatst bij de Antwerpse Hypotheekkas. Deze beslissing is niet eenparig genomen in die zin dat de vrederechter zich tegen de beslissing heeft verzet.

Bij voormeld verzoekschrift komt eiser op tegen deze beslissing.

B. Rechtspleging in eerste aanleg

Het bij artikel 1232, tweede lid, Ger.W. bedoelde opkomen tegen een niet eenparig genomen beslissing van de familieraad is geen hoger beroep. Hoger beroep is immers slechts mogelijk tegen een in eerste aanleg gewezen vonnis en een beslissing van een familieraad is geenszins een vonnis.

Dat ter zake eiser zich richt tot de voorzitter en rechters van deze rechtbank, "zetelend in graad van hoger beroep" en dat hij het geding aanhangig heeft gemaakt op de bij artikel 1056, 2°, Ger.W. specifiek voor het instellen van hoger beroep voorziene wijze, verandert daar niets aan.

C. Ingeroepen gronden

Eiser komt op tegen voormelde beslissing van de familieraad omdat krachtens deze beslissing de vrederechter niet bij machte zal zijn toezicht uit te oefenen op de geldsommen die aan de minderjarige toekomen. Eiser verwijst verder naar artikel 455 B.W. en naar artikel 55 van de Wet van 16 december 1851. Ten slotte heeft eiser in zijn mondeling pleidooi verwezen naar de door hem voorgelegde stukken waaruit blijkt dat de voogdes agente is van de betrokken spaarkas.

D. Vrije keuze van beleggingswijze

1) Principe

De belegging van de kapitalen van de minderjarigen mag niet strijdig zijn met de vereisten van een goed beheer (artikel 450, tweede lid, B.W.). Mits deze regel in acht genomen wordt is de wijze van belegging vrij, behoudens de hierna onderzochte bij de wet uitdrukkelijk bepaalde uitzonderingen.

2) Artikel 455 B.W.

Dit door eiser ingeroepen artikel schrijft voor dat de familieraad bepaaldelijk vaststelt vanaf welk bedrag voor de voogd de verplichting begint om het saldo van de inkomsten boven de uitgaven te beleggen.

Dit artikel zegt niets over de wijze waarop de belegging moet gebeuren. Op zichzelf vormt dit artikel dan ook geen uitzondering op de algemene regel van de vrije keuze inzake wijze van belegging.

Bovendien is dit door eiser ingeroepen artikel ter zake niet toepasselijk. Het gaat ter zake inderdaad om een voogdij van de langstlevende van de ouders. Welnu,

krachtens artikel 384 B.W. heeft de langstlevende van de ouders het wettelijk genot van de goederen van zijn minderjarige kinderen en wegens dit wettelijk genot kan de regel van artikel 455 B.W. geen toepassing vinden (cfr. De Page, II, derde uitgave, nr. 156, 3°).

3) Artikel 55 van de Wet van 16 december 1851

Krachtens artikel 49, eerste lid, B.W. stelt de familieraad het bedrag vast waarop hypothecaire inschrijving op de onroerende goederen van de voogd zal worden genomen.

Artikel 55 H.W. bepaalt dat, indien bij de beslissing waarvan sprake in voormeld artikel 49 bevonden wordt dat de voogd geen onroerende goederen bezit, de familieraad, na bij toepassing van artikel 455 B.W. te hebben vastgesteld vanaf welk bedrag de verplichting voor de voogd begint om het saldo van de inkomsten boven de uitgaven te beleggen, kan bevelen dat in afwachting van die belegging, de kapitalen van de minderjarigen door de voogd in de Deposito- en Consignatiekas zullen worden gestort.

Heeft de familieraad dit bevolen, dan mag de voogd krachtens artikel 57 H.W. die kapitalen slechts terugnemen ten einde die overeenkomstig de beslissing van de familieraad te gebruiken hetzij om de schulden van de minderjarigen te voldoen, hetzij om onroerende goederen of renten ten laste van de Staat aan te kopen, hetzij om leningen met onroerend voorrecht of op eerste hypotheek toe te staan. Aldus blijft de familieraad, en dus ook de vrederechter die er deel van uitmaakt, toezicht houden op de belegging.

Ingeval de voogdij, zoals ter zake, toekomt aan de langstlevende van de ouders is artikel 55 H.W. niet toepasselijk op de kapitalen, die voortkomen van het saldo van de inkomsten boven de uitgaven. Hiervóór werd immers reeds aangestipt dat de langstlevende van de ouders het wettelijk genot heeft van de goederen van zijn minderjarige kinderen. Artikel 62 H.W. herinnert er uitdrukkelijk aan dat artikel 55 van dezelfde wet de rechten, die de artikelen 384 tot 387 B.W. aan de ouders toekennen, onverkort laat.

Maar benevens de kapitalen, die voortkomen van het saldo van de inkomsten boven de uitgaven, kunnen aan de minderjarigen ook nog andere kapitalen toekomen en op deze kapitalen is de regeling van de artikelen 55 en 57 H.W. toepasselijk ook ingeval de voogdij toekomt aan de langstlevende van de ouders.

Het dient evenwel te worden onderstreept dat artikel 55 H.W. voor de familieraad geen verplichting inhoudt. De familieraad kan de wijze van belegging van artikel 55 H.W. opleggen maar zij moet dat niet doen. Zij kan ook een andere wijze van belegging opleggen en zelfs helemaal geen wijze van belegging opleggen (cf. hierover zeer uitvoerig Martou, II, nr. 832, en verder Laurent, V, nr. 53; R.P.D.B., V° Hypothèques, nr. 1668 en V° Minorité, nrs. 1044 en 1045, De Page, II, derde uitgave, nr. 184, B, 3°).

Dient de familieraad overeenkomstig artikel 49, eerste lid, H.W. in principe het bedrag vast te stellen waarvoor hypothecaire inschrijving op de onroerende goederen van de voogd zal worden genomen, dan bepaalt het tweede lid van dit artikel 49 evenwel dat de familieraad naar gelang van de omstandigheden kan verklaren dat op de goederen van de voogd geen inschrijving zal

worden genomen. Wordt vrijstelling van hypothecaire inschrijving verleend, dan is de voormelde regeling van de artikelen 55 en 57 H.W. helemaal niet toepasselijk (cf. De Page, II, derde uitgave, nr. 166).

Uit het proces-verbaal van de bijeenkomst van de familieraad van 18 september 1974 blijkt dat de voogdes medeëigenares is van een perceel bouwgrond gelegen te Zillebeke doch ook dat de familieraad met eenparigheid van stemmen beslist heeft de voogdes te ontslaan hypothecaire waarborg te geven voor haar beheer. Hieruit volgt dat ook het door eiser ingeroepen artikel 55 H.W. ter zake helemaal niet toepasselijk is.

4) Artikel 61 van de Wet van 16 december 1851

Artikel 61 H.W. bepaalt dat onvoorziene inkomsten in de Deposito- en Consignatiekas moeten worden gestort. Krachtens dit zelfde artikel mag de familieraad evenwel de voogd machtigen om deze inkomsten te beleggen hetzij overeenkomstig artikel 57, hetzij op een andere manier.

5) Artikel 25 van de Wet van 31 mei 1824

Krachtens deze wetsbepaling mogen de kapitalen van de minderjarigen niet worden belegd in buitenlandse waarden. Dit is ter zake niet het geval.

6) Besluit

Uit het voorgaande volgt dat de ter zake voorgeschreven beleggingswijze geenszins strijdig is met de wettelijke bepalingen, die het principe van de vrije keuze van beleggingswijze beperken.

E. De vereisten van een goed beheer

De opvatting dat de kapitalen van een minderjarige alleen mogen worden belegd in renten ten laste van de Staat of in daarmee gelijkgestelde waarden is vrij verspreid maar is onjuist (cf. De Page, II, derde uitgave, nr. 184, derde alinea). Mits de regel in acht genomen wordt dat de belegging niet strijdig mag zijn met de vereisten van een goed beheer, bestaat immers, zoals reeds gezegd, in principe de vrije keuze van de beleggingswijze. De kapitalen mogen dus ook worden ingebracht in vennootschappen, belegd worden in familie-zaken, in acties, enz. Deze beleggingen moeten wel zeker lijken en ernstige waarborgen bieden (cf. De Page, *ibidem*, en Kluyskens, *Personen- en familierecht*, tweede druk, nr. 729, 4°).

Dat de beleggingen zeker moeten lijken en ernstige waarborgen moeten bieden is iets dat trouwens moet worden beoordeeld op het ogenblik van de belegging (cf. De Page, II, derde uitgave, eerste voetnoot op bladzijde 232 waar deze auteur erop wijst dat beleggingen, zoals hypothecaire beleggingen en renten ten laste van de Staat, die door sommigen als de meest zekere worden voorgesteld, niettemin tot een verlies van 9/10 van het kapitaal kunnen leiden).

De private spaarkassen zijn aan een strenge controle onderworpen. De huidige minister van Financiën kon dan ook op 6 december 1975 schrijven dat sedert meer dan 35 jaar geen enkel deponent bij een Belgische financiële instelling zijn tegoeden in gevaar zag gebracht of zelfs eenvoudigweg bevroren (cf. Willy De Clercq, "De wet betreffende het statuut van de banken, de private

spaarkassen en bepaalde andere financiële instellingen", R.W., 1975-76, 833). Verder is de rente door deze spaarkassen uitgekeerd minstens gelijk aan die welke wordt uitgekeerd door de parastatale instellingen. Ten slotte heeft de door de familieraad gekozen spaarkas een reeds oude traditie. Met dit alles rekening houdend kan zeker niet worden gezegd dat de door de familieraad gekozen beleggingswijze strijdig is met de vereisten van een goed beheer.

Dat ter zake de voogdes agente is van de betrokken spaarkas kan op zichzelf niet tot gevolg hebben dat de vooropgestelde beleggingswijze strijdig wordt met de vereisten van een goed beheer en eiser legt geen andere gegevens voor waardoor de vooropgestelde beleggingswijze om die reden zou moeten worden afgekeurd.

F. Toezicht van de vrederechter

De ouders hebben de verplichting hun kinderen kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen (artikel 203 B.W.). Vrij algemeen wordt thans aangenomen dat de langstlevende van de ouders om aan deze verplichting te voldoen, eerst de opbrengst van de goederen van de minderjarigen mag gebruiken, dat hij daarna zijn eigen goederen moet aanspreken en dat het kapitaal van de minderjarigen slechts in laatste instantie mag worden aangewend.

De langstlevende van de ouders is bij het einde van de voogdij verantwoording verschuldigd over het kapitaal dat aan zijn beheer is toevertrouwd (artikel 389, tweede lid, B.W.). De aansprakelijkheid van de voogd als wettelijk mandataris is zwaarder dan de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid inzake lastgevingen. Ter beveiliging van de belangen van de minderjarigen is de toezienende voogd bovendien belast met een algemeen toezicht op het beheer van de voogd. Ook de familieraad, waarvan de vrederechter lid is en die door hem wordt voorgezeten, heeft een toezichtstaak. De toezienende voogd en de familieraad hebben echter niet altijd afdoende controlemiddelen.

Een aantal openbare spaarinstellingen hebben een regeling uitgewerkt waarbij de bij hen geplaatste kapitalen van minderjarigen maar kunnen worden afgehaald met machtiging van de vrederechter. Hierdoor is een nieuwe controlemogelijkheid op het beheer van de goederen van de minderjarigen mogelijk. Het volstaat daartoe de familieraad te laten beslissen dat de kapitalen van de minderjarigen zullen worden geplaatst op een van voormelde openbare spaarinstellingen en dat ze maar mogen worden afgehaald met toelating van de vrederechter. Bij een voogdij van de langstlevende van de ouders betekent dit meer bepaald dat de vrederechter kan toezien dat de gelden maar geheel of gedeeltelijk worden afgehaald wanneer dit wegens de ontoereikendheid van de opbrengst van de geplaatste gelden en van de eigen goederen van de langstlevende ouder nodig is voor de kost, het onderhoud en de opvoeding van de minderjarigen.

Het is evenwel niet omdat in het rechtsgebied van deze rechtbank gewoonlijk zo over de beleggingswijze wordt beslist dat het niet meer anders kan en mag. Hoe aanbevelenswaardig de gewoonlijk vooropgestelde beleggingswijze en de daaruit voor de vrederechter voortvloeiende mogelijkheid van toezicht ook mogen zijn, toch is

een belegging bij deze openbare spaarinstellingen en/of onder het toekennen van een bijkomende toezichtsmogelijkheid voor de vrederechter geenszins voor de familieraad wettelijk verplicht.

Om die redenen,

De Rechtbank, (...)

Verklaart de vordering van eiser ontvankelijk toch ongegrond.

NOOT—Zijn de beleggingswijzen van kapitalen die aan minderjarigen toebehoren al dan niet door de wet beperkt?

1. Het hierboven afgedrukt vonnis van de rechtbank te Leper is dank zij zijn uitgebreide motivering vanuit verschillende oogpunten interessant voor de voogdijproblematiek. Wij beperken ons in deze noot echter tot het beantwoorden van één vraag, nl. is i.v.m. gelden die toebehoren aan een minderjarige onder voogdij de keuze van de beleggingswijze vrij of zijn er wettelijke beperkingen?

Over beleggingen van de kapitalen der minderjarigen bestaat weinig rechtspraak. Daarom is de besproken beslissing belangwekkend. Naar ons weten is het trouwens de eerste maal dat in een gepubliceerd vonnis grondig op de vraag wordt ingegaan.

2. De feiten van het geval zijn de volgende: de voogdij over een minderjarige moet ingericht worden. Hiertoe komt een familieraad bijeen. De moeder is voogdes. Wat de gelden betreft die later aan de minderjarige zouden kunnen toekomen beslist men dat deze geplaatst dienen te worden bij de Antwerpse Hypotheekkas. Met deze laatste beslissing kan de vrederechter niet akkoord gaan.

Gezien het verzet van de vrederechter stelt de procureur des konings de procedure van art. 1232, 2e lid, Ger.W., in. Hij vraagt de vernietiging van de beslissing van de familieraad omdat het een belegging zou betreffen waarop de vrederechter geen voldoende toezicht kan uitoefenen. De beslissing zou tevens een schending van art. 455 B.W. en art. 55 van de Hypotheekwet schenden. Daarenboven is de moeder-voogdes agente van de betrokken spaarkas.

De rechtbank verwierpt deze eis en bevestigt de beslissing van de familieraad, omdat de voorgestelde beleggingswijze niet strijdig is met enige wetsbepaling noch met de vereisten van een goed beheer. Noch het feit dat de voogdes agente is van de betrokken spaarkas, noch de onmogelijkheid van toezicht in hoofde van de vrederechter zijn voldoende redenen om de genomen beslissing te vernietigen.

3. Terecht oordeelt de rechtbank dat de wijze van belegging vrij gekozen kan worden, behoudens de uitdrukkelijk door de wet bepaalde uitzonderingen. De voogd moet hierbij wel rekening houden met de algemene verplichting van goed beheer die op hem rust (art. 450, lid 2, B.W.). Dit impliceert dat alleen ernstige beleggingen die voldoende zekerheid bieden uitgekozen mogen worden. Het komt er nl. op aan het kapitaal van de minderjarige te bewaren (of zelfs te doen aangroeien) en een behoorlijk rendement ervan te verzekeren. Mocht de voogd deze regel miskennen dan zou hij natuurlijk aansprakelijk kunnen gesteld worden. Hierbij moet men echter rekening houden met het feit dat hij vrijuit gaat wanneer de gekozen plaatsingswijzen op het ogenblik van de belegging werkelijk behoorlijk leken (DE PAGE, II, nr. 242bis, p. 232, voetnoot 1). De rechtbanken zullen dan ook niet vlug de aansprakelijkheid van een voogd aannemen wanneer hij te goeder trouw en voorzichtig gehandeld heeft. Hier staan we voor een feitelijke appreciatie die van geval tot geval zal verschillen. Wel doet de voogd er best aan ernstige adviezen van specialisten ter zake (b.v. beleggingsadviseurs der banken, wisselagenten) in te winnen (vgl. Hof Luik, 24 februari 1890, Pas., 1890, II, 197).

De gelden van minderjarigen mogen principieel op elke behoorlijke manier belegd worden. Aldus kunnen niet alleen onroerende goederen of staatswaarden aangekocht worden, maar eveneens aandelen, obligaties van ondernemingen, e.d. Ook een inbreng in een vennootschap, b.v. een familiebedrijf, is mogelijk.

4. Welke zijn nu de uitdrukkelijk door de wet gestelde uitzonderingen op deze regel? Deze zijn limitatief opgesomd in de Hypotheekwet van 1851 evenals in de Wet van 31 mei 1824. De artt. 49, 55 t/m 59 en 61 van de Hypotheekwet hebben alle betrekking op gevallen waarbij beleggingen moeten gebeuren. De teksten zijn echter niet duidelijk. Om de problematiek goed te verstaan, moeten wij ons stellen op het ogenblik van het openvallen van de voogdij. Het blijkt dan dat er slechts twee hypothesen zijn waarin kapitalen van minderjarigen geplaatst moeten worden (vgl. *Nov., Droit civil*, IV/1, nr. 2400). De eerste mogelijkheid is dat er gelden aanwezig zijn waarvoor een gebruik gevonden moet worden. Hiermee kan het geval van kapitalen waarvan de beschikbaarheid duidelijk voorzienbaar is, bv. obligaties die terugbetaald zullen worden, gelijkgesteld worden. Tevens valt hieronder dat deel der inkomsten dat de uitgaven overtreft (art. 455 B.W.). Deze eerste hypothese impliceert dat men reeds bij het begin van de voogdij duidelijk kan becijferen over welke sommen het gaat.

De artt. 49 en 55 t/m. 59 Hyp.W. zijn hier toepasselijk. De regeling die eruit voortvloeit luidt als volgt: wanneer de familieraad krachtens art. 49 een hypothecaire inschrijving op de goederen van de voogd bevolen heeft of beslist heeft dat geen inschrijving genomen dient te worden, dan bestaat er een volledige vrijheid om de wijze van belegging te bepalen. Bezit de voogd echter geen of onvoldoende onroerende goederen dan kan de familieraad krachtens art. 55 en art. 56 gebieden dat de kapitalen van de minderjarigen in de Deposito- en Consignatiekas gestort zullen worden. (Het betreft hier een mogelijkheid, geen verplichting; cf. M. MARTOU, *Des privilèges et hypothèques*, Brussel-Parijs, 1855-57, II, nrs. 832 en 833). Eens dit gebeurd is mogen deze gelden alleen nog teruggenomen worden om op één van de door art. 57 bepaalde wijzen gebruikt te worden: nl. ofwel om schulden te voldoen ofwel om belegd te worden in onroerende goederen, in staatswaarden, of in leningen op eerste hypotheek of gewaarborgd door een onroerend voorrecht. Wanneer de familieraad echter de storting in de Deposito- en Consignatiekas niet beveelt, dan is er eens te meer geen verplichte beleggingswijze.

Daarenboven dient men rekening te houden met latere wijzigingen in de vermogens van pupil en voogd. De hypothecaire inschrijving kan nl. na bepaalde tijd onvoldoende worden omdat de bezwaarde onroerende goederen van de voogd in waarde gedaald zijn. Evenzeer is het mogelijk dat het vermogen van de minderjarige zodanig toegenomen is dat het de gegeven waarborg duidelijk overtreft. De familieraad is verplicht krachtens art. 58 in beide gevallen nieuwe zekerheden te eisen. De voogd moet een bijkomende hypotheek toestaan. Is dit niet meer mogelijk, dan kan (eens te meer is

dit niet verplicht) de familieraad gebieden de gelden van de pupil in de Deposito- en Consignatiekas te storten. In dit laatste geval mag enkel nog belegd worden op de wijzen vermeld in art. 57.

Ten slotte kan het gebeuren dat een voogd die bij het openvallen van de voogdij geen onroerende goederen bezat, later wel in zo een toestand verkeert. Art. 59 bepaalt dat in dit geval een nieuwe familieraad moet worden bijeengeroepen ten einde te beslissen over een hypothecaire inschrijving op deze goederen. (Er moet gehandeld worden zoals bepaald in art. 49). Zodra de inschrijving genomen is vervalt de verplichting tot storting in de Deposito- en Consignatiekas. Dit impliceert dat de beperkte beleggingswijzen van art. 57 niet meer in acht genomen dienen te worden en opnieuw de algemene regel van de vrije keuze speelt (M. MARTOU, *o.c.*, nr. 853).

5. Het tweede geval waarin zich een beleggingsprobleem voordoet betreft sommen die onverwachts de minderjarige ten deel vallen, zoals een vervroegde terugbetaling van een lening, een uitkering door een verzekeringsmaatschappij n.a.v. een schadegeval, een uitloting van obligaties van staatsleningen ... Hieromtrent kan men zich op het ogenblik van het openvallen van de voogdij nog geen gedachte vormen. Art. 61 Hyp.W. dat hier toepasselijk is, bepaalt dat deze gelden in de Deposito- en Consignatiekas gestort moeten worden, tenzij de familieraad de voogd machtigt om ze op een andere manier te plaatsen. De familieraad kan niet alleen één van de beleggingswijzen van art. 57 voorschrijven, maar hij kan ook de voogd toestaan de sommen te behouden en productief te maken.

Ten slotte dient men ook rekening te houden met art. 25 van de Wet van 31 mei 1824. Krachtens deze oude tekst die echter nog van toepassing is, mag de voogd de kapitalen der minderjarigen niet in buitenlandse waarden beleggen. (Een kritische bespreking vindt men bij G. SOENEN, "Anomalie de la loi du 31 mai 1824 et placement en fonds étrangers", *J.T.*, 1966, 90 e.v.).

6. De gevallen waarin een bepaalde beleggingswijze verplicht of verboden is zijn dus uitzonderlijk. Meestal zal de rechter bij betwistingen i.v.m. een plaatsing van kapitalen enkel moeten nagaan of "de goede huisvader" op dezelfde wijze gehandeld zou hebben. Zo ook werd in onderhavig geval onderzocht of de voorgestelde belegging nl. het plaatsen bij een private spaarkas, voldoende zekerheid bood. Deze voorwaarde was duidelijk vervuld, zodat de rechtbank terecht de beslissing van de familieraad kon laten bestaan.

Rudi Gotzen
Navorser F.K.F.O.
K.U.Leuven

WETGEVING

Het voorrecht van de werknemers: anders en (misschien) beter

In het *Staatsblad* van 25 januari 1977 verscheen de Wet van 13 januari 1977, die in een enig artikel de bepalingen van art. 19, 3^obis, Hyp.W. vrij aanzienlijk wijzigde.

Deze wijzigingen doen zich voor op drie vlakken: a) op het juridisch-stilistische vlak; b) op het vlak van de gewaarborgde vordering; c) op het vlak van de aanpassingstechniek.

In deze bijdrage zouden we allereerst willen schetsen waarin deze wijzigingen precies bestaan. Vervolgens zouden we deze Wet van 13 januari 1977 even in haar context willen situeren. Gezien het, alleszins cijfermatig, gestegen belang van dit voorrecht, lijkt het nuttig te pogen een aantal problemen waartoe art. 19, 3^obis, Hyp.

W. in de rechtspraak van de laatste 20 jaar aanleiding heeft gegeven, in herinnering te brengen. Ten slotte zouden we willen overgaan tot een evaluatie van het nieuw geformuleerde voorrecht.

I. De wijzigingen

A. Juridisch-stilistisch

De formulering van de nieuwe tekst is preciezer dan die van de oude. De vroegere tekst sprak van "... de werknemers bedoeld in artikel 1 van de wet, betreffende de bescherming van het loon der werknemers ...". In het nieuwe artikel 19, 3^obis, Hyp.W. wordt deze wet, zoals het behoort, niet alleen met haar titel doch tevens

met haar datum aangeduid: "... de werknemers bedoeld in artikel 1 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers ...". Deze verwijzing werd door de Raad van State noodzakelijk geacht voor een nauwkeurige formulering (advies R.v.St., *Parl. Besch.*, *Senaat*, 1975-76, nr. 872/1, blz. 4). De duidelijkheid en de juristen die naar de betrokken wet willen kunnen teruggrijpen, zijn met deze aanvulling gediend.

B. De gewaarborgde vordering

Het nieuwe art. 19, 3^obis, Hyp.W. brengt het maximumbedrag van de gewaarborgde vordering met één klap van 180.000 fr., op 300.000 fr. De minister van Arbeid en Tewerkstelling heeft hiermee het advies van de Nationale Arbeidsraad van 26 maart 1975 opgevolgd. De Nationale Arbeidsraad had een verhoging van twee derde voorgesteld omdat sedert de invoering van art. 19, 3^obis, Hyp.W. in 1965, het gewaarborgde bedrag geen enkele maal werd aangepast.

C. De aanpassingstechniek

De wetgever van 1965 had in alinea 2 van art. 19, 3^obis, Hyp.W. in de mogelijkheid voorzien om het maximumbedrag van 180.000 fr. aan de economische omstandigheden aan te passen.

De Koning mocht inderdaad het bedrag van 180.000 fr. wijzigen, mits hij vooraf het advies van de Nationale Arbeidsraad had ingewonnen. Zo van deze mogelijkheid gebruik werd gemaakt moest de aanpassing wel geschieden in verhouding tot de evolutie van het indexcijfer der kleinhandelsprijzen.

Het ging hier echter om een loutere *mogelijkheid* tot aanpassing. Dit wordt misschien nog het best geïllustreerd door het feit dat de Koning gedurende bijna twaalf jaar geen gebruik heeft gemaakt van de hem geboden mogelijkheid en de allereerste aanpassing er slechts is gekomen nadat de wetgever zelf heeft ingegrepen.

De aanpassingstechniek die in het nieuwe art. 19, 3^obis, lid 2, Hyp.W. geregeld wordt, verschilt grondig van het vroegere systeem. Uit de door de wetgever van 1965 ingevoerde regeling heeft men enkel behouden dat de aanpassing doorgevoerd zal worden bij koninklijk besluit en dat dit besluit slechts genomen kan worden nadat de Nationale Arbeidsraad zijn advies verstrekt. De wet zegt echter niet meer dat de Koning het bedrag *kan* aanpassen maar: "Het hiervoren bepaalde bedrag *wordt* om de twee jaar door de Koning aangepast ...". Naar onze mening gaat het hier duidelijk om een verplichting en niet meer om een loutere mogelijkheid. Het advies van de Raad van State zou ter zake nochtans misschien wel enige twijfel kunnen doen rijzen. Men leest inderdaad in dit advies: "De laatste alinea van de Memorie van Toelichting kan de indruk wekken dat het laatste lid van 3^obis, nieuw, van artikel 19 alleen tot doel zou hebben de Koning te machtigen om de bedoelde aanpassingen te verrichten zonder dat hij verplicht zou zijn dat om de twee jaar te doen. Bedoelt de Regering het niet zo, dan zou de tekst van dat laatste lid als volgt kunnen worden geredigeerd: ...".

Volgt dan de formulering door de Raad voorgesteld: "Om de twee jaar wordt het hierboven bepaalde bedrag door de Koning aan de economische omstandigheden aangepast, de Nationale Arbeidsraad gehoord." (advies R.v.St., *Parl. Besch.*, *Senaat*, 1975-76, nr. 872/1, blz. 4). Uit deze vrij vage passage van het advies kan men o.i. moeilijk afleiden of de Raad zich ja dan neen voor een verplichting uitspreekt. De draagwijdte die wij eraan zouden toeschrijven is die van een wenk aan de wetgever om de tekst zo op te stellen dat iedere aanleiding om te denken dat het slechts om een loutere mogelijkheid zou gaan, vermeden wordt. De Franse tekst van het advies bevestigt die indruk: "... pourrait faire croire que le dernier alinea du 3^obis nouveau de l'article 19 n'aurait pour but de permettre au Roi...".

Men kan zich trouwens afvragen of de Raad de mogelijke onduidelijkheid niet veeleer in de memorie van toelichting dan in de tekst van het ontwerp is gaan zoeken. Bovendien menen wij dat de bedoelde alinea uit de memorie van toelichting eigenlijk weinig ernstige redenen tot twijfel in zich draagt. Deze alinea luidt als volgt: "Bij dit ontwerp wordt voorgesteld aan de Koning de zorg over te laten om het in artikel 19, 3^obis, van de wet op de voorrechten en hypotheek bedoelde bedrag automatisch om de twee jaar aan te passen, zonder dat die aanpassing verder in verband moet staan met de ontwikkeling van het indexcijfer der kleinhandelsprijzen in het Rijk" (memorie van toelichting, *Parl. Besch.*, *Senaat*, 1975-76, nr. 872/1, blz. 1-2). Kan men al stellen dat uit "de zorg overlaten" niet blijkt of het al dan niet om een verplichting gaat, dan lijken de overige bewoordingen weinig ruimte voor twijfel over te laten. Enerzijds wordt gesteld dat de aanpassing *automatisch* dient te geschieden om de twee jaar, anderzijds wordt deze aanpassing voortaan losgekoppeld van de evolutie van het indexcijfer, wat meebrengt dat telkens een actief optreden van de Koning vereist zal zijn.

Meteen hebben we twee andere verschilpunten met het vroegere systeem aangestipt die tegelijkertijd ook aantonen dat het om een verplichting gaat. Voorheen moest een eventuele aanpassing verband houden met de evolutie van het indexcijfer. Thans mag de aanpassing, op basis van allerlei criteria, waaronder eventueel de evolutie van het indexcijfer kan voorkomen, geschieden. Het is dus niet meer voldoende zich te beperken tot een kennisneming van de indexevolutie doch men moet alle op het ogenblik der aanpassing dienstige criteria in ogenschouw nemen.

Bovendien wordt, in tegenstelling tot vroeger, bepaald dat de loongrenzen periodiek moeten worden aangepast. Hiermede werd ingegaan op het advies van de Nationale Arbeidsraad die tevens voorstelde om praktische redenen de aanpassing om de twee jaar te laten plaatsgrijpen (memorie van toelichting, o.c., l.c., en rapport van de senaatscommissie voor de Tewerkstelling, de Arbeid en de Sociale Voorzorg, *Parl. Besch.*, *Senaat*, 1975-76, nr. 872/2, blz. 2).

Aangezien thans duidelijk bepaald is dat de aanpassing om de twee jaar moet geschieden kan men nog moeilijk beweren dat het hier om een loutere optiemogelijkheid voor de Koning gaat.

Bij de vergelijking van de nieuwe en de oude tekst valt eveneens op dat in de nieuwe formulering niet meer

gezegd wordt, dat het gaat om een aanpassing "aan de economische omstandigheden" (oud art. 19, 3^obis, lid 2, Hyp.W.).

In het advies van de Nationale Arbeidsraad wordt trouwens uitdrukkelijk gezegd dat "een periodieke aanpassing van de loongrenzen door de Koning noodzakelijk is" (Nationale Arbeidsraad, advies nr. 477 van 26 maart 1975, blz. 5).

Last, but not least, wordt een argument voor de stelling dat het om een verplichting gaat eveneens geleverd door het Advies van de Nationale Arbeidsraad van 26 maart 1975 te vergelijken met datgene dat hij naar aanleiding van de voorbereiding van de artt. 1409 en 1410 Ger.W. formuleerde.

Op het ogenblik dat de wet van 1965 in de maak was, liepen eveneens de voorbereidingen voor het Gerechtelijk Wetboek. Men beoogde dan ook de artt. 1409 en 1410 Ger.W. zo op te stellen dat ze verenigbaar waren met de komende wetgeving op de bescherming van het loon (zie rapport De Baeck, *Pasin.*, 1967, Supplément, blz. 881-882). In zijn advies nr. 205 van 21 januari 1965 dat de Nationale Arbeidsraad dan i.v.m. de toekomstige artt. 1409 en 1410 Ger.W. uitbracht kwam ook het probleem van de regelmatige aanpassing van de grensbedragen ter sprake. De Nationale Arbeidsraad adviseerde reeds toen in de voorgestelde tekst van art. 1409 de woorden "de Koning kan aanpassen ..." te vervangen door "de Koning past deze bedragen aan ..." ("peut adapter" — "adapte") (*Pasin.*, 1967, Supplément, blz. 902).

Men heeft dit advies niet opgevolgd en in de definitieve tekst van art. 1409 Ger.W. werd een aanpassings-techniek opgenomen die identiek was met die waarin het vroegere art. 19, 3^obis, Hyp.W. voorzag en die slechts een mogelijkheid, doch geen verplichting in hoofde van de Koning inhield.

In zijn advies nr. 477 van 26 maart 1975 bracht de Raad advies uit over de procedure die voortaan zou moeten worden gevolgd voor de aanpassing van de loongrenzen (zie blz. 2 van het advies).

Na erop gewezen te hebben dat volgens de vroegere procedure de aanpassing slechts een mogelijkheid was, stelt hij dat voortaan een periodieke aanpassing noodzakelijk is. De door de Raad voorgestelde formulering, die in art. 19, 3^obis, Hyp.W., letterlijk is overgenomen, is nagenoeg identiek met die welke de Raad in zijn advies nr. 205 van 1965 had voorgesteld (Nationale Arbeidsraad, advies nr. 477, blz. 5 en 6). Het lijkt er o.i. dan ook op dat men definitief van een facultatieve aanpassingsprocedure heeft willen afstappen.

II. De context

Het aanpassen van het maximumbedrag van de gewaarborgde vordering alsmede het herzien van het aanpassingsmechanisme door het nieuwe art. 19, 3^obis, Hyp.W. is geen op zichzelf staand feit.

Het reeds eerder aangehaalde advies van de Nationale Arbeidsraad van 26 maart 1975 betrof veeleer een globaal "loonbeleid". Benevens de aanpassing van art. 19, 3^obis, Hyp.W. werd ook een aanpassing voorgesteld van een aantal arbeidsrechtelijke wetteksten. Volledig ingaande op dit advies werden bij K.B. van

6 juni 1975 aldus in de bij K.B. van 20 juli 1955 gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract de loongrenzen aangepast inzake proeftijd (art. 3, § 2, lid 1); opzeggingstermijnen (art. 15, § 1, lid 1, en § 2, lid 1 en 3, art. 16, lid 2 en 3), afwezigheid voor het zoeken van een nieuwe dienstbetrekking (art. 17, lid 2 en 3), concurrentiebeding (art. 26, § 1, lid 1) en scheidsrechterlijk beding (art. 34^{ter}, lid 2).

In de Wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst voor werklieden werd art. 24^{quater} inzake concurrentiebedingen aangepast.

Ten slotte werden in de Wet van 30 juli 1963 tot instelling van het statuut der handelsvertegenwoordigers de artt. 18, lid 1 en 20, lid 1, i.v.m. het concurrentiebeding aangepast¹.

Benevens de reeds verwezenlijkte aanpassing van de loonbedragen voorkomende in de Hypotheekwet en de wetgeving inzake de arbeidsovereenkomsten van werklieden, bedienden en handelsvertegenwoordigers is ook een optrekken van de in artt. 1409 en 1410 Ger.W. voorkomende bedragen gepland. Deze artikelen bepalen thans welke gedeelten van het loon vatbaar zijn voor beslag. De huidige bedragen van 5.000 fr., 8.000 fr. en 15.000 fr. zou men respectievelijk op 10.000 fr., 14.000 fr. en 20.000 fr. willen brengen (verklaring van de minister van Tewerkstelling en Arbeid in de senaatscommissie voor Tewerkstelling, Arbeid en Sociale Voorzorg, *Parl. Besch., Senaat*, 1975-1976, nr. 872/2, blz. 2)².

Het feit dat men op drie verschillende vlakken van wetgeving een aanpassing van loonbedragen wil doorvoeren heeft ten dele een historische verklaring. De thans in het Gerechtelijk Wetboek en de Hypotheekwet voorkomende bedragen zijn in feite samen ingevoerd door de Wet van 12 april 1965.

De huidige artikelen 1409 en 1410 Ger.W. vinden hun oorsprong in art. 25 van deze wet. Art. 19, 3^obis, Hyp.W. werd ingevoerd door art. 49 van de wet van 1965.

Welsiswaar vindt men in de Wet van 12 april 1965 geen enkele bepaling die betrekking heeft op de loonbedragen die voorkomen in de wetgeving op de arbeidscontracten doch wanneer men de ontwikkelingsgang van het voorrecht van de werknemers nagaat dan stelt men vast dat die zeer nauw verbonden is met de evolutie der ideeën op het vlak van de arbeidswetgeving.

Art. 2101, 4^o, C.civ. kende dit voorrecht enkel toe aan de dienstboden. Na enige aarzeling, waarbij zelfs de afschaffing van dit voorrecht werd voorgesteld, hebben de opstellers van de Hypotheekwet het voorrecht behouden voor de dienstboden en uitgebreid tot de

¹ Op grond van art. 35, § 3, van de gecoördineerde wetten op het bediendencontract en art. 20^{bis} W. 30 juli 1963, konden deze aanpassingen bij K.B. geschieden, en was geen tussenkomst van de wetgever nodig, zoals dit voor de aanpassing van art. 19, 3^obis, Hyp.W. en van de artt. 1409 e.v. Ger.W. wel het geval is. Dit verklaart waarschijnlijk dat op dit vlak de voorstellen van de N.A.R. het vlugst verwezenlijkt werden.

² De minister heeft in die zin een wetsontwerp ingediend bij de Senaat (*Parl. Besch., Senaat*, 1975-76, nr. 941). Benevens een aantal technische moeilijkheden lijkt nu ook de ontbinding der Kamers een snelle aanpassing van art. 1409 Ger.W. in de weg te staan.

werklieden en bedienden (Delebecque, nrs. 105-108). Het werd gerangschikt onder art. 19, 4°, Hyp.W.

De wetgever van 1900 had in zijn Wet van 10 maart 1900 op het arbeidscontract voor werklieden de binding met het toenmalige art. 19, 4°, Hyp.W. nog niet gemaakt doch wanneer met de Wet van 17 augustus 1922 op het bediendencontract een nieuwe mijlpaal in het arbeidsrecht wordt bereikt, wordt duidelijk gesteld dat dit een leemte was in de Wet van 10 maart 1900 die men wou opvullen (rapport van de senaatscommissie voor Arbeid en Nijverheid, *Pasin.*, 1922, 350).

Art. 31 W. 7 augustus 1922 wijzigt art. 19, 4°, Hyp.W. dan ook in die zin dat zowel voor werklieden als voor bedienden het voorrecht de vergoeding wegens contractbreuk dekt. Het sedert de Wet van 25 april 1896 op 1.500 fr. bepaalde maximumbedrag van het voorrecht wordt door dit art. 31 W. 7 augustus 1922 tot 6.000 fr. opgetrokken.

De wet van 1922 legt meteen ook de band met de wetgeving die de mogelijkheid tot beslag op het loon van werknemers regelt. Art. 30 W. 7 augustus 1922 bevat inderdaad een aanvulling en wijziging van de Wet van 18 augustus 1887, zoals gewijzigd door de Wet van 25 mei 1920.

Vanaf deze Wet van 7 augustus 1922 op het bediendencontract zullen, tot 1965, de wijzigingen aan art. 19, 4°, Hyp.W. steeds geschieden door een wet die de basiswet van 1922 op het bediendencontract wijzigt. Zo wordt door de Wet van 2 mei 1929 die een aantal cijfermatige gegevens in de wet van 1922 verandert, het maximumbedrag van het voorrecht tot 12.000 fr. verhoogd. De Wet van 18 september 1945 trekt in zijn art. 4 dit bedrag tot 48.000 fr. op. Ook hier geschiedt dit weer in het kader van een wijziging aan de basiswet van 1922. De geschiedenis herhaalt zich met de Besluitwet van 28 februari 1947 die in art. 1, litt. d, het bedrag van 48.000 fr. op 72.000 fr. brengt. Ook de aanpassing die door art. 13 W. 11 maart 1954 gebracht wordt en waardoor het limietbedrag tot 180.000 fr. vermeerderd werd geschiedde in het kader van een globale aanpassing van de wet van 1922.

Tot aan de Wet van 12 april 1965 zijn de wijzigingen aan art. 19, 4°, Hyp.W. (thans art. 19, 3°bis, Hyp.W.) dus slechts geschied in het kader van globale wijzigingen aan de wetgeving op de arbeidsovereenkomsten.

Wat betreft het beslag op het loon van de werknemers kan eveneens vastgesteld worden dat, op één uitzondering na, vanaf 1922 tot 1965 alle wijzigingen aan de Basiswet van 18 augustus 1887 op het beslag van het loon van werklieden en bedienden doorgevoerd zijn door wetteksten die de wet van 1922 op het bediendencontract wijzigden.

Voor genoemde basiswet van 1887 werd een eerste maal gewijzigd door de Wet van 25 mei 1920 die het oorspronkelijke plafond voor de beperking van beslagmogelijkheid van 120 fr. op 4.000 fr. bracht. In feite had nochtans deze eerste aanpassing ook reeds na de arbeidswetgeving moeten geschieden. De Wet van 7 augustus 1922 vindt immers eigenlijk haar oorsprong in het wetsontwerp dat door Franck, Vandeveld e.a. op 17 april 1913 was ingediend. De oorlogsomstandigheden hadden tot gevolg dat door de ontbinding der Kamers het ontwerp opnieuw moest worden ingediend in 1920

door Troclet en Mechelynck³. In zijn memorie van toelichting wees minister Franck er reeds op dat het hoog nodig was de door de wet van 1887 gestelde grens op te trekken tot 3.500 fr. Waar de wet van 1920 inmiddels voor de aanpassing van het limietbedrag had gezorgd kon de Wet van 7 augustus 1922 zich in art. 30 toeleggen op een uitbreiding en aanvulling van de wet van 1887, zonder zich nog met gecijfer te moeten bezighouden (omtrent de strekking van de aanvullingen, zie het rapport van de senaatscommissie, *Pasin.*, 1922, 342, en het rapport van de senaatscommissie voor Arbeid en Nijverheid, *Pasin.*, 1922, 349).

De enige wijziging die niet gepaard ging met een wijziging van de wetgeving op de arbeidsovereenkomsten is die welke door de Wet van 5 maart 1932 werd doorgevoerd.

Het enige artikel van deze wet bracht het limietbedrag van 4.000 fr. op 24.000 fr. De volgende wijzigingen geschieden opnieuw in het kader van de arbeidswetgeving. Zo verhoogde art. 3, Besl. W. 18 september 1945 het bedrag van 24.000 fr. tot 48.000 fr. en art. 1, litt. c, Besl. W. 28 februari 1947 trok dit laatste bedrag op tot 72.000 fr.

III. Toepassingsproblematiek

1. Retroactiviteit

Wie kan zich op het cijfermatig uitgebreide voorrecht van het nieuwe art. 19, 3°bis, Hyp.W. beroepen? Kan de werknemer die thans een geding inleidt zijn vordering wegens nog verschuldigd loon voor 300.000 fr. i.p.v. voor 180.000 fr. in het bevoorrecht passief laten opnemen? Het antwoord hierop moet ontkennend zijn.

Ter gelegenheid van de wijziging in 1965 heeft de rechtspraak duidelijk haar standpunt ter zake geformuleerd. Door art. 49, 1°, van de wet van 12 april 1965, dat art. 19, 3°bis, Hyp.W. wijzigde, werd de positie van de werknemers bij een eventuele rangregeling aanzienlijk verbeterd. De beperking van het bevoorrechte bedrag tot 180.000 fr. werd immers niet langer gehandhaafd indien het ging om sommen die als opzeggingsvergoeding verschuldigd waren. Begrijpelijkerwijze werd door heel wat pleiters die een vergoeding vorderden voor een opzegging die vóór het inwerkingtreden van de nieuwe wet had plaatsgehad doch waarover nog geen uitspraak was gedaan het aldus gewijzigde art. 19, 3°bis, Hyp.W. ingeroepen.

Het Hof van Cassatie besliste klaar en duidelijk dat de wetten die het al dan niet bestaan van een voorrecht beheersen de wetten zijn die van kracht zijn op het ogenblik van het feit of de akte die dit voorrecht doet ontstaan. Behoudens andersluidende bepaling kunnen wetten die nieuwe voorrechten invoeren of een bestaand voorrecht uitbreiden dan ook niet ingeroepen worden voor schuldvorderingen die ontstaan zijn voor het van kracht worden van de wet. (Cass., 30 mei 1968, *Pas.*, 1968, I, 1126, R.W., 1968-69, 209, ter bevestiging van Hof Brussel, 6 oktober 1966, R.P.S., 1967, 231).

Het Hof van Cassatie bevestigde hiermee overigens slechts het standpunt dat het reeds voorheen (in iden-

³ Deze indieners beperkten zich dan ook tot een letterlijk overnemen van het ontwerp Franck (memorie van toelichting, *Pasin.*, 1922, 326).

tieke bewoordingen) i.v.m. wijzigingen aan wetteksten die het bestaan van voorrechten beheersen had aangenomen (Cass., 16 mei 1940, *J.P.A.*, 1941, 16).

Het standpunt van het Hof van Cassatie vond onmiddellijk navolging in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel van Antwerpen (Kh. Antwerpen, 6 augustus 1968, *R.W.*, 1968-69, 1240). Het Hof van Beroep van Brussel bevestigde dit vonnis en expliciteerde bovendien nog enigszins de motivering. Het hof wees erop dat krachtens de bepaling van art. 12 Hyp.W. een voorrecht een recht is dat verleend wordt wegens de aard van de schuldvordering, zodat het voorrecht dan ook slechts ontstaat samen met de schuldvordering en volgens de wetgeving die op het ogenblik van kracht is (Hof Brussel, 5 december 1968, *R.W.*, 1968-69, 1234).

De meest globale motivering vindt men tenslotte in een arrest van het Hof van Luik dat zoals het cassatie-arrest van 1968 de problematiek herleidt tot een toepassing van art. 2 B.W. en daaraan toevoegt: "Que le privilège qui déroge au principe de l'égalité des créances est un droit exorbitant ne pouvant, en effet, dériver que de la loi et que c'est bien pour cette raison qu'à défaut de disposition prévoyant la rétroactivité de l'article 49, 1^o, de la loi du 12 avril 1965, le privilège ne peut être accordé au-delà de ce que la loi ancienne prévoyait quand la société anonyme Deboeur a cessé son activité, mettant fin par là même au contrat d'emploi dont l'intimé se prévaut" (Hof Luik, 11 juni 1968, *Pas.*, 1968, II, 258).

Een verwijzing naar art. 2, B.W. en het beklemtonen van de onbillijke gevolgen die een eventuele terugwerkende kracht in hoofde van de andere schuldeisers zou hebben vindt men eveneens in het arrest van het Hof te Brussel dat door het cassatiearrest van 30 mei 1968 werd bevestigd (Hof Brussel, 6 oktober 1966, *R.P.S.*, 1967, 231, inzonderheid blz. 235-236).

2. Gewaarborgd bedrag

Sedert de door de Wet van 15 april 1965 aangebrachte wijziging moet een onderscheid gemaakt worden. Vindt de schuldvordering van de werknemer haar oorsprong in nog niet uitbetaald loon, dan beperkt de wet het bevoorrecht karakter van de vordering (thans) tot 300.000 fr. Zoals gezegd dient dit bedrag voortaan om de twee jaar aangepast te worden bij koninklijk besluit.

Zijn de sommen die de werknemer nog te vorderen heeft echter verschuldigd als opzeggingsvergoeding — wat meestal het geval zal zijn — dan is deze begrenzing niet van toepassing en is de integrale schuldvordering bevoorrecht. Het hoeft geen betoog dat in deze hypothese de bevoorrechte vorderingen het bedrag van 300.000 fr. ver kunnen overschrijden. Men denke slechts aan de werknemers die een grote anciënniteit in het bedrijf verworven hebben of een kaderfunctie bekleden (vgl. Hof Brussel, 4 mei 1972, *Pas.*, 1972 II, 139 : 2.739.354 fr., bedrag dat men minstens met 30 % zou moeten verhogen om de sedert 1972 opgetreden munt erosie weg te cijferen).

3. Bevoorrechte schuldvordering

Aangezien er geen voorrecht is zonder wetttekst (art. 12 Hyp.W.) dient er nauwlettend nagegaan te worden welke voorwaarden art. 19, 3^obis, Hyp.W. stelt opdat

men het voorrecht zou kunnen invoeren.

Deze voorwaarden hebben deels betrekking op de persoon van de schuldeiser en deels op de aard van de verschuldigde bedragen.

1) De schuldeiser moet een werknemer zijn zoals bedoeld in art. 1 W. 12 april 1965.

2) De gevorderde bedragen moeten verschuldigd zijn :
a) ofwel als loon, zoals dit begrip bepaald wordt in art. 2 W. 12 april 1965.

b) ofwel als in het loon begrepen vergoedingen wegens beëindiging van het contract.

A. Werknemer

Art. 1 W. 12 april 1965 bepaalt eigenlijk niet wie werknemer is. Het beperkt zich ertoe de wet toepasselijk te verklaren op de werknemers en op een aantal personen die het met werknemers gelijkstelt.

Bijgevolg kan het voorrecht worden ingeroepen door :

1) wie volgens de actueel gangbare opinie in de *rechtspraak* als werknemer wordt beschouwd ;

2) leerlingen en personen die, anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst, tegen loon arbeid verrichten onder het gezag van een ander persoon ;

3) Ieder die geheel of gedeeltelijk beloond wordt met fooien of bedieningsgeld, behoudens tegenbewijs door de werkgever geleverd dat de betrokkene geenszins als werknemer kan worden beschouwd.

Worden de sub 2 en 3 bedoelde personen door de wetgever van 1965 vrij precies aangeduid, dan treft men geen dergelijke wettelijke omschrijving aan voor de tot de eerste groep behorende begunstigden. We zijn bijgevolg aangewezen op de definitie die rechtsleer en rechtspraak van het begrip "werknemer" hebben uitgewerkt.

Het begrip werknemer is dan ook een evolutief begrip dat steeds verder genuanceerd wordt (R. Blanpain, *Handboek van het Belgisch arbeidsrecht*, Gent, 1968, nr. 17).

Ging men oorspronkelijk uit van de in art. 1 W. 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst voor werklieden voorkomende bewoordingen dat er "gezag, leiding en toezicht" moest zijn, dan werd vrij vlug aanvaard dat met deze drie termen slechts één enkel begrip werd verwoord : gezag (R. Blanpain, *o.c.*, nr. 18). De volgende stap was dat men stelde dat het voldoende was dat een loutere juridische mogelijkheid tot gezagsuitoefening aanwezig was, zonder dat een daadwerkelijke uitoefening moest kunnen worden aangewezen (R. Blanpain, *o.c.*, nr. 19 ; Cass., 16 oktober 1972, *Pas.*, 1973, I, 165 ; Cass., 21 december 1962, *Pas.*, 1963, I, 499 ; Cass., 15 februari 1962, *Pas.*, 1962, I, 680).

Dit standpunt, dat reeds een geringe mate van gezagsuitoefening volstond opdat men van een arbeidscontract zou kunnen spreken, heeft tot gevolg gehad dat een groot aantal beoefenaars van beroepen op hoog intellectueel niveau thans als bedienden kunnen worden gekwalificeerd, al behouden zij nog een aanzienlijke vrijheid in de organisatie van hun bedrijvigheid. Deze evolutieve interpretatie van het begrip bediende wordt trouwens waarschijnlijk nog in de hand gewerkt door het feit dat men in de bij K.B. 20 juli 1955 gecoördineerde wetten op het bediendencontract vruchteloos zal speuren naar een terminologie zoals die in art. 1, W. 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst voor werklieden voorkomt.

Aldus wordt thans aangenomen dat een geneesheer bediende kan zijn (K. Schutijser, "De rechtspositie van de ziekenhuisarts", *T.P.R.*, 1974, 306-308; Rb. Charleroi, 3 juli 1951, *R.C.J.B.*, 1952, 173, met noot van M. Gevers; W.R., Luik 28 mei 1964, *Jur. Liège*, 1964-65, 27; R. Meert-Van de Put, "Contrats d'emploi des médecins et contrats apparentés", *R.D.S.*, 1957, 340, nr. 10; Arrond. Brussel, 6 november 1972, *Pas.*, 1972, III, 99; Hof Luik, 7 april 1972, *Rev. fisc.*, 1972, 347).

Hetzelfde geldt voor apothekers (Cass., 27 september 1943, *Pas.*, 1943, I, 356; Cass., 7 juni 1943, *Pas.*, 1943, I, 241; Arbh. Brussel, 16 januari 1974, *J.T.*, 1975, 11; Cass., 31 maart 1967, *Pas.*, 1967, I, 903; Cass., 7 maart 1961, *Pas.*, 1961, I, 736; Cass., 16 oktober 1972, *Pas.*, 1973, I, 165; Hof Luik, 24 november 1971, *J.T.T.*, 1972, 140, Arbh. Antwerpen, 25 maart 1976, *R.W.*, 1975-76, 2522) en tandartsen (Arrond. Antwerpen, 6 november 1973, *R.W.*, 1973-74, 943).

De professionalisering van de sport heeft eveneens een nieuwe reeks werknemers, waar men vijftien jaar geleden nauwelijks over sprak, voor het voetlicht gebracht. De rechtspraak heeft beslist dat een voetbaltrainer werknemer kan zijn (Arbh. Luik, 25 juni 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 2; Arbrb. Luik, 3 mei 1974, *R.D.S.*, 1974, 507).

Hetzelfde dient a fortiori aangenomen te worden voor beroepsvoetballers (Arbrb. Hasselt, 24 juni 1974, *R.W.*, 1975-76, 372) en wielrenners die uitkomen voor extra-sportieve groepen⁴.

Dat men tegelijkertijd (kader)bediende en beheerder kan zijn is eveneens een verworvenheid in de arbeidsrechtelijke rechtspraak (Cass., 31 oktober 1946, *Pas.*, 1946, I, 389; Cass., 11 september 1959, *Pas.*, 1960, I, 36; Arbh. Luik, 15 maart 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 194; Hof Brussel, 13 juni 1974, *J.T.T.*, 1975, 117; Overzicht van rechtspraak door Horion in *R.C.J.B.*, 1968, 445, nr. 13; Colens, *R.D.S.*, 1957, 1).

Het besluit dat men uit dit alles kan trekken is dat het antwoord op de vraag naar het toepassingsgebied van art. 19, 3^obis, Hyp.W. noodzakelijk veranderend is omdat de arbeidsrechtelijke term "werknemer" een evolutief begrip is.

In het licht van deze principes dient dan ook volle goedkeuring te worden gehecht aan de beslissing van het Hof te Luik dat aannam dat het feit dat men beheerder was van een firma niet uitsloot dat men tevens

⁴ In het rapport van de senaatscommissie voor Tewerkstelling, Arbeid en Sociale Voorzorg dat voorafgaat aan de Wet van 7 november 1969 die de beroepsrenners in bepaalde mate onder het stelsel van de sociale zekerheid voor werknemers brengt, leest men: "... que ces sportifs doivent sans conteste être considérés comme des travailleurs salariés" (*Pasin.*, 1969, 1693). Voor de toepassing van deze wet wordt de B.W.B. geacht de werkgever te zijn (art. 2 W. 7 november 1969). Hierbij is men ervan uitgegaan dat de B.W.B. een monopoliepositie bezat voor het verlenen van de vergunning van beroepsrenner (rapport senaatscommissie, o.c., l.c.). Lijkt deze redenering om pragmatische redenen op het vlak van de bijdrageverplichting voor sociale zekerheid — zeker zo het gaat om renners met een zgn. witte trui — verantwoord, dan mag deze fictie toch niet verder uitgebreid worden dan tot het vlak van de sociale zekerheid. Op het zuiver arbeidsrechtelijke vlak zal de toepassing van het normale criterium van de gezagsverhouding ertoe moeten leiden dat het het extra-sportieve merk is dat als werkgever wordt aangemerkt.

Wat betreft de sociale zekerheid voor beroepsvoetballers zie W. 3 maart 1977, *Staatsblad*, 1977, 3277.

werknemer was van deze firma en men bijgevolg in die hoedanigheid het voorrecht van art. 19, 3^obis Hyp.W. kon invoeren (Hof Luik, 11 juni 1968, *Pas.*, 1968, II, 258).

Een illustratie van het feit dat een zelfde beroep naar gelang van de omstandigheden volgens de rechtspraak al dan niet als werknemer werd uitgeoefend en al dan niet aanleiding tot een bevoorrechte vordering gaf vindt men i.v.m. de werkzaamheden van boekhouders (contra: Kh. Luik, 19 september 1958, *R.D.S.*, 1960, 79; Hof Luik, 3 juni 1959, *Jur. Liège*, 1959-60, 1; pro: Kh. Luik, 10 juli 1956, *Jur. Liège*, 1956-57, 11).

B. Loon zoals bepaald in art. 2 W. 12 april 1965

Indien de werknemer er ingevolge zijn dienstbetrekking recht op heeft worden door art. 2 W. 12 april 1965 als loon beschouwd: het loon in geld, de in geld waardeerbare voordelen en de fooien of het bedieningsgeld.

Deze laatste categorie wordt eveneens als loon beschouwd als de werknemer er krachtens het gebruik aanspraak kan op maken. Voor de toepassing van de wet van 1965 worden echter niet als loon beschouwd het vakantiegeld en de eventuele uitkeringen door de werkgever gedaan ter aanvulling van vergoedingen die de werknemer ontvangt wegens arbeidsongeval of beroepsziekte of van de voordelen voortvloeiend uit de verschillende takken van de sociale zekerheid.

De maandelijkse stortingen ter aanvulling van het wettelijk pensioen, welke de werkgever contractueel moet betalen zijn aldus geen loon in de zin van art. 2 W. 12 april 1965. Ze worden dan ook niet gewaarborgd door het voorrecht van art. 19, 3^obis, Hyp.W. (Cass., 19 juni 1974, *Pas.*, 1974, I, 1075).

C. De vergoeding wegens beëindiging van de dienstbetrekking

Hierbij dient een onderscheid gemaakt tussen de regels van het arbeidsrecht en die van het zekerhedenrecht.

Aan de grote strijdsvraag of het dubbel vakantiegeld al dan niet in de opzeggingsvergoeding begrepen dient te worden lijkt, alleszins op het vlak van de rechtspraak, voorlopig een einde gekomen te zijn doordat het Hof van Cassatie categoriek gesteld heeft dat dit vakantiegeld mee in aanmerking genomen dient te worden om de opzeggingsvergoeding te berekenen (Cass., 22 mei 1974, *R.W.*, 1974-75, 1243; *R.D.S.*, 1974, 475; Cass., 4 december 1974, *R.D.S.*, 1975, 77).

Doch art. 2 W. 12 april 1965 sluit, voor de toepassing van deze wet, het vakantiegeld uit het begrip "loon" uit. Waar nu art. 19, 3^obis, Hyp.W. door art. 49 W. 12 april 1965 werd ingevoerd dient aan het begrip loon in art. 19, 3^obis, Hyp.W. dan ook de draagwijdte gegeven te worden die voornoemd art. 2 eraan verleent. Dit heeft, volgens de heersende mening, tot gevolg dat de opzeggingsvergoeding principieel bevoorrecht is doch dat het gedeelte dat gebaseerd is op het vakantiegeld waarop de werknemer recht heeft, chirografair zal zijn (Rb. Charleroi, 2 mei 1967, *R.D.S.*, 1968, 120, waarmee instemmen Delva, *Voorrechten en Hypotheken*, 70, Gent, 1973 en A.M. Štranart-Thilly in haar overzicht van rechtspraak in *Rev. Banque*, 1975, 288).

De hele vraag is echter of men voor de toepassing van het tweede gedeelte van art. 19, 3^obis, Hyp.W. i.v.m.

de bevoorrechtiging van de opzeggingsvergoeding zonder meer terug kan vallen op art. 2 W. 12 april 1965.

Naast de door de rechtbank van Charleroi ontwikkelde redenering kan men er nog andere stellen.

Zo kan men allereerst a contrario beweren dat waar art. 19, 3^obis, Hyp.W. voor de bevoorrechtiging van het loon uitdrukkelijk naar de bepaling van art. 2 W. 12 april 1965 verwijst doch dit niet doet wanneer het zegt dat het voorrecht zonder beperking geldt voor de in het loon begrepen vergoedingen welke aan de in art. 1 W. 12 april 1965 bedoelde personen verschuldigd zijn wegens beëindiging van hun dienstbetrekking, men alleen in het eerste gedeelte van art 19, 3^obis, Hyp.W., doch niet in het tweede gedeelte art. 2 W. 12 april 1965 toepasselijk heeft willen verklaren. Daar kan men natuurlijk met even veel gemak op repliceren dat een dergelijke verwijzing niet meer nodig was daar ze reeds in het eerste deel van art. 19, 3^obis, gegeven was en het om dezelfde personen ging.

Gaat men de voorbereidende teksten van de recente wijzigende Wet van 13 januari 1977 na dan vindt men geen enkele verklaring waarom in het ene geval wel, in het andere niet, naar art. 2 W. 12 april 1965 wordt verwezen. Aangezien de wetgever van 1977 in feite echter vooral verandering van de aanpassingstechniek en het optrekken van het gewaarborgde bedrag beoogde, zodat hij voor het overige de formulering overnam die de wetgever van 1965 in zijn art. 49 had gebruikt, zou het logisch lijken in de parlementaire voorbereiding van de wet van 1965 te zoeken naar een verklaring van de in dit artikel gebruikte bewoordingen. Helaas zijn de teksten die betrekking hebben op het tot stand komen van dit art. 49 evenmin erg verhelderend.

In het advies van de Raad van State leest men i.v.m. de tekst die in het ministeriële voorontwerp betrekking had op het voorrecht, het volgende: "Het is niet duidelijk wat voor de toepassing van deze bepaling onder loon moet worden verstaan. Vermits de aanhef van het artikel verwijst naar de personen bedoeld in art. 1, 1^o, van dit ontwerp zou men logischerwijze mogen veronderstellen dat de term loon hier de betekenis heeft, die in art. 4 (= art. 2 W. 12 april 1965) eraan wordt gehecht. Volgens deze bepaling vallen daaronder ook de ontslagvergoedingen en het vakantiegeld. Van deze vergoedingen wordt echter afzonderlijk melding gemaakt, terwijl voor het vakantiegeld een voorrecht bestaat overeenkomstig het niet opgeheven tweede lid van art. 19, 4^o, van de Wet van 16 december 1851. Het zou derhalve aanbeveling verdienen het begrip 'loon' in dit artikel nader te omschrijven" (advies R.v.St., *Parl. Besch. Kamer*, 1962-63, nr. 471/1, blz. 27).

Hierop werd dan in art. 36 van het aan de Kamer voorgelegde wetsontwerp de volgende tekst i.v.m. het voorrecht voorgesteld: "Voor de in art. 1 van de wet betreffende de bescherming van het loon der werknemers bedoelde werknemers, het loon zoals het bepaald is in art. 2 van genoemde wet, verschuldigd over het verlopen jaar en hetgeen nog verschuldigd is op het lopende jaar, ten belope van 180.000 frank of ten belope van 240.000 frank wanneer in dit laatste bedrag vergoedingen begrepen zijn wegens beëindiging van hun dienstbetrekking" (*Parl. Besch., Kamer*, 1962-63, nr. 471/1, blz. 50).

Tevens bepaalde deze ontwerptekst dat het voorrecht

in de rangschikking zou worden opgenomen onder art. 19, 1^o, Hyp.W. en het voorrecht van de gerechtskosten voortaan de nummering 19, 1^obis, Hyp.W. zou krijgen.

In zijn advies nr. 137 van 24 november 1964 dat als bijlage III werd opgenomen in het rapport van de senaatscommissie voor Tewerkstelling, Arbeid en Sociale Voorzorg, stelde de Nationale Arbeidsraad een zelfde tekst voor. De Raad was van oordeel dat het voorrecht zou moeten gelden voor al de vergoedingen die verschuldigd zijn wegens contractbreuk, of deze nu regelmatig was of niet (*Rapport Troclet, Parl. Besch., Senaat*, 1964-65, nr. 115, blz. 153-154).

Uitgaande van het feit dat in al deze teksten duidelijk het loon verschuldigd tijdens de dienstbetrekking en de opzeggingsvergoeding wegens onrechtmatige beëindiging van het contract als twee onderscheiden zaken werden benaderd, zou men op basis hiervan kunnen stellen dat men doelbewust i.v.m. de opzeggingsvergoeding niet naar de definitie van art. 2 W. 12 april 1965 heeft verwezen, zodat deze opzeggingsvergoeding volledig bevoorrecht is.

Het vervelende is echter dat de minister zelf de oorspronkelijke tekst van art. 36 van het wetsontwerp heeft laten varen en vervangen door een tekst die, behoudens een later aangebrachte lichte stilistische wijziging, volledig overeenstemde met de tekst die tot de recente wetswijziging van art. 19, 3^obis, Hyp.W. gevoerd heeft. De minister vergenoegde zich ermee te stellen dat het opnemen van het voorrecht onder art. 19, 1^o, Hyp.W. toch geen resultaat zou opleveren aangezien de artt. 17, 21 en 25 uitdrukkelijk afwaken van zodanige rangregeling. Voor de belangrijke wijzigingen die erin bestonden dat men het voorrecht voor het loon niet langer voor een bepaalde periode toekende en men de opzeggingsvergoeding niet langer slechts tot een bepaald bedrag bevoorrecht verklaarde, vindt men maximaal als toelichting "dat de Regering rekening gehouden heeft met de opmerking van sommige leden van de Commissie van Justitie". Van deze opmerkingen van sommige leden van de Commissie van Justitie vindt men echter nergens in de voorbereidende teksten van de wet van 1965 een spoor terug. De kamercommissie voor Tewerkstelling en Arbeid stemde, zonder enige opmerking te formuleren, eenparig met de voorgestelde tekst in (*rapport kamercommissie voor Tewerkstelling en Arbeid, Parl. Besch., Kamer*, 1962-63, nr. 471/11, blz. 27).

Wil men in deze voorbereidende teksten toch een argument zoeken om staande te houden dat voor de toepassing van het voorrecht wegens opzeggingsvergoeding geen rekening gehouden mag worden met het gedeelte berekend op basis van het vakantiegeld dan kan men het volgende aanhalen. Oorspronkelijk werd gesteld dat het begrip "loon" niet alleen de rechtstreekse tegenprestatie voor verrichte arbeid moest dekken doch ook de opzeggingsvergoeding en het vakantiegeld voor zover dit door de werkgever en niet door instellingen belast met de uitkering van sociale voordelen werd betaald (memorie van toelichting, *Parl. Besch., Kamer*, 1962-63, nr. 471/1, blz. 4, advies R.v.St., o.c., blz. 17). Even voor de minister een nieuwe tekst i.v.m. het voorrecht voorstelde, had hij immers voorgesteld aan art. 2 een tweede lid toe te voegen dat overeenstemde met de actuele tekst van de wet krachtens welke o.m. het vakantiegeld niet als loon wordt beschouwd. (*Rapport Lebas namens de*

kamercommissie voor Tewerkstelling en Arbeid, *Parl. Besch., Kamer*, 1962-63, nr. 471/11, blz. 6). Indien men nu deze beperking niet had willen handhaven voor de bevoorrechtiging van de opzeggingsvergoeding, dan zou het normaal geweest zijn dat men, toen kort na de gewijzigde tekst van art. 2 een nieuwe tekst i.v.m. het voorrecht ter sprake kwam, uitdrukkelijk bepaald zou hebben dat voor de opzeggingsvergoeding het vakantiegeld wel in aanmerking kwam.

Tegen deze argumentatie kan dan weer aangevoerd worden dat men het vakantiegeld heeft uitgesloten omdat, zo het niet uit de werkingssfeer van art. 2 werd gesloten, het het voorwerp zou kunnen vormen van de inhoudingen bepaald in hoofdstuk IV en van het beslag en de overdracht bedoeld in hoofdstuk V, hoewel zulks door andere teksten verboden is (rapport Troclet, namens de senaatscommissie voor Tewerkstelling, Arbeid en Sociale Voorzorg, *Parl. Besch., Senaat*, 1964-65, nr. 115, blz. 32). Waar nu deze beperking, zoals heel de optiek van de wet van 1965, tot bescherming van de werknemer strekt mag ze niet verder reiken dan dit doel en niet tot gevolg hebben dat het voorrecht, dat eveneens de werknemer moet beveiligen, ingekort zou worden.

Het enige besluit dat men uit heel deze analyse van de voorbereidende documenten van de wet van 1965 kan trekken is dat ze voor ieder wat wils bevatten. Voor iedere stelling kan men er wel argumenten in vinden.

Persoonlijk zouden we in elk geval voor de toekomst de volgende oplossing durven suggereren. Het hele interpretatieprobleem van art. 19, 3^obis, Hyp.W. beruiste voor de periode 1965-1977 in feite hierop dat deze bepaling zowel thuis hoorde in de Hypotheekwet als in de wet op de bescherming van het loon, waarvan art. 49 de nieuwe tekst van art. 19, 3^obis, Hyp.W. aangaf. Aangezien art. 2 W. 12 april 1965 voor de toepassing van deze wet een definitie gaf van het begrip loon kon men stellen dat deze definitie ook gold voor art. 49 van deze wet. Door de nieuwe Wet van 13 januari 1977 is echter dit art. 49 W. 12 april 1965 opgeheven en kan art. 19, 3^obis, Hyp.W. alleen nog beschouwd worden als onderdeel van de Hypotheekwet. Het door de wet van 1965 gehanteerde loonbegrip is in feite een uitzonderlijke definitie die enkel voor de bepalingen van deze wet geldt. Uitzonderingen moeten eng geïnterpreteerd worden. Bij de interpretatie van andere wetteksten mag het begrip loon enkel opgevat worden in de zin die art. 2 W. 12 april 1965 eraan geeft indien dergelijke wetteksten uitdrukkelijk naar genoemd art. 2 verwijst. Dit is in art. 19, 3^obis, Hyp.W. slechts het geval voor de bevoorrechtiging van het loon doch niet voor de bevoorrechtiging van de opzeggingsvergoeding. Voor het begrip opzeggingsvergoeding in art. 19, 3^obis, Hyp.W. dient dan ook de gemeenschappelijke omschrijving die art. 20 van de gecoördineerde wetten op het bediendencontract hieraan geeft te worden toegepast.

Deze opzeggingsvergoeding zal dan ook voor het geheel bevoorrecht zijn zonder dat het gedeelte berekend op basis van het vakantiegeld chirografair verklaard moet worden.

Een bijzonder probleem is er voor de handelsvertegenwoordigers. Een vonnis van de Rechtbank van Koophandel van Luik meende dat de uitwinningsvergoeding waar-

op de handelsvertegenwoordiger krachtens art. 15 W. 30 juli 1963 recht heeft eveneens bevoorrecht is op grond van art. 19, 3^obis, Hyp.W., als zijnde een indirect loon (Kh. Luik, 21 mei 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 54). Terrecht heeft A.-M. Stranart-Thilly deze uitspraak verweten aan het voorrecht een overdreven omvang te geven ingevolge een extensieve interpretatie (A.-M. Stranart-Thilly, *o.c.*, 289). Naar onze mening dient het foutieve van de uitspraak echter niet te worden gezocht in het overschrijden van de limitatieve omschrijving die art. 2 W. 12 april 1965 van het begrip loon geeft doch gewoon in het feit dat de rechtbank het begrip uitwinningsvergoeding niet onderscheidt van het begrip opzeggingsvergoeding.

De handelsvertegenwoordiger heeft a.h.w. immers een dubbel wettelijk statuut. De hoofdregeling van zijn rechtspositie dient te worden gezocht in de wetgeving op het bediendencontract (Vgl. art. 1 W. 30 juli 1963), doch aangezien de handelsvertegenwoordiger een bediende van een bijzondere soort is heeft de wetgever een aantal specifieke problemen geregeld in de Wet van 30 juli 1963.

Wanneer nu op onrechtmatige wijze een einde wordt gemaakt aan de betrekking van de handelsvertegenwoordiger heeft deze recht op twee wel te onderscheiden vergoedingen :

1) een opzeggingsvergoeding krachtens art. 20 van de op 20 juli 1955 gecoördineerde wetten op het bediendencontract, op grond van zijn "algemene" hoedanigheid van bediende ;

2) de specifiek voor handelsvertegenwoordigers voorziene uitwinningsvergoeding van art. 15 W. 30 juli 1963.

Art. 16 W. 30 juli 1963 bevestigt dat het hier om twee verschillende schuldvorderingen gaat.

Enerzijds bepaalt art. 12 Hyp.W. duidelijk dat een voorrecht een recht van voorrang is dat wegens de bijzondere aard der schuldvordering wordt verleend. Er is geen voorrecht zonder wettelijk mogelijk. Anderzijds verklaart art. 19, 3^obis, Hyp.W. enkel de opzeggingsvergoeding bevoorrecht. Hieruit volgt o.i. dan ook duidelijk dat dit voorrecht niet mag worden uitgebreid tot de uitwinningsvergoeding aangezien de wet het voorrecht enkel toekent aan de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding hiermee niet geïdentificeerd kan worden.

D. Interesten

De interesten verschuldigd op het achterstallige loon of de opzeggingsvergoeding worden eveneens gewaarborgd door het voorrecht (Hof Brussel, 4 mei 1972, *Pas.*, 1972, II, 139).

Deze interesten zijn krachtens art. 10 W. 12 april 1965 van rechtswege verschuldigd vanaf het moment waarop het loon eisbaar is. Het Hof van Cassatie heeft art. 10 ook toegankelijk verklaard op de opzeggingsvergoedingen (Cass., 4 december 1974, *R.D.S.*, 1975, 76).

IV. Evaluatie

Wanneer men de door de Wet van 13 januari 1977 aangebrachte wijzigingen bekijkt, kan men zeker niet ontkennen dat bij het opstellen van deze wet lofwaardige bedoelingen voorzaten. Het is positief dat men het gewaarborgde bedrag heeft opgetrokken tot 300.000 fr.

Het valt toe te juichen dat voor de toekomst een degelijke techniek voor de aanpassing van het gewaarborgde bedrag werd uitgewerkt. Maar naar onze bescheiden mening zijn dit allemaal slechts pleisters op een houten been. Het voorrecht van werknemers levert slechts iets op wanneer men maar te maken heeft met een beperkte samenloop van schuldeisers. Zodra het gaat om een "behoorlijk" faillissement brengt het voorrecht in feite geen aarde aan de dijk.

De reden hiervan is de vrij ongunstige rang die het voorrecht thans bekleedt. De rangschikking bij de algemene roerende voorrechten heeft tot gevolg dat het voorrecht geprimeerd wordt door alle bijzondere voorrechten (art. 26 Hyp.W.) en door de hypotheeken (art. 19 Hyp.W. in fine).

Brengen we hierbij in herinnering dat de hypotheek zich ook uitstrekt tot de goederen die onroerend door bestemming zijn geworden (art. 45 Hyp.W.), dan is het wel duidelijk dat er voor de werknemers niet meer veel te rapen zal zijn nadat de verkopers van bedrijfsmateriaal, de pandhouder op de handelszaak, de fiscus en de hypothecaire schuldeisers betaald zijn. Wil de wetgever werkelijk de positie van de werknemers verbeteren, dan moet hij de plaats van het voorrecht in de rangregeling verbeteren, veeleer dan aan cijfergegevens te sleutelen.

Het is de verdienste van het op 22 april 1976 ingediende wetsvoorstel van de volksvertegenwoordiger Lenssens een wijziging voor te stellen die werkelijk uitgaat van de kern van de zaak (Vgl. toelichting, *Parl. Besch., Kamer*, 1975-76, nr. 857/1, blz. 1 en 2).

In art. 1 van het voorstel Lenssens leest men aldus:

Artikel 49 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers wordt vervangen door wat volgt:

"Artikel 17 van de wet van 16 december 1851 op de voorrechten en hypotheeken wordt gewijzigd als volgt:

De schuldvorderingen, bevoorrecht op alle roerende en onroerende goederen, worden hierna opgesomd en zij worden in de volgende orde verhaald:

1° Het loon van de werknemer, bedoeld in artikel 1 van de wet betreffende de bescherming van het loon der werknemers met voorrang op welkdanig bijzonder voorrecht.

Onder loon verstaat men:

1. alle geldsommen en in geld waardeerbare voordelen welke door de werkgever rechtstreeks of onrechtstreeks of te zijnen laste door bemiddeling van derden aan de werknemer naar aanleiding van de arbeid verstrekt worden of verschuldigd zijn;

2. de geldsommen welke in de vorm van fooien of bedieningsgeld door de werknemer rechtstreeks of door derden aan de werknemer uitgekeerd worden.

2° De gerechtskosten ten aanzien van alle schuldeisers in wier belang zij zijn gemaakt."

De op zijn zachtst gezegd vrij ernstige wijziging die door dit wetsvoorstel wordt voorgestaan zou tot volgende consequenties leiden:

1) het voorrecht geniet een absolute prioriteit op iedere andere zakelijke zekerheid; het primeert zelfs het voorrecht wegens de gerechtskosten ook al zouden deze mede in hun belang gemaakt zijn;

2) het tot nu toe gehanteerde onderscheid tussen een

vordering wegens achterstallig loon en wegens opzeggvergoeding wordt niet langer gehandhaafd;

3) het voorrecht is aan geen enkele beperking onderworpen noch wat de duur, noch wat het bedrag betreft.

We kunnen ons moeilijk van de indruk ontdoen dat men met dit voorstel een beetje van het ene uiterste in het andere valt.

Men mag niet uit het oog verliezen dat het zekerhedenrecht een van de belangrijkste steunpilaren van de kredietverstrekking is.

Essentieel voor de kredietverstrekking is dat de aspirant-kredietverlener zich een min of meer precieze indruk kan maken van de financiële positie van de aspirant-kredietnemer en dat hij weet in hoeverre hij zich tegen een mogelijk insolventie van die potentiële kredietnemer kan beschermen. Welnu, indien dit voorstel in zijn ongelimiteerde vorm gehandhaafd blijft, is het voor iedere kredietverstrekker onmogelijk zich enig idee te vormen van het precieze bedrag dat op grond van dit voorrecht van de werknemers gewaarborgd zal zijn. De gediversifieerde samenstelling van het personeel van een onderneming zowel wat betreft rang, loon en functie als wat betreft anciënniteit maakt het menselijk gesproken onmogelijk zich van tevoren enig idee te vormen van de precieze omvang van het door het voorrecht gewaarborgde bedrag.

In feite weet men slechts één ding, — doch dit is dan ook ruimschoots voldoende — nl. dat deze vordering zo omvangrijk mogelijk zal zijn dat er voor andere schuldeisers, ongeacht hun voorrecht of hypotheek, niet veel meer zal overblijven.

Een zelfde, eenzijdig gerichte, miskenning van de belangen van andere schuldeisers vindt men in het feit dat het voorrecht van de werknemers zelfs vóór dat van de gerechtskosten wordt gerangschikt.

Dit is een absoluut onbillijke regeling. Het voorrecht voor de gerechtskosten kan immers enkel ingeroepen worden tegenover de schuldeisers die er baat bij hadden dat deze kosten werden gemaakt. Zoals het voorrecht thans in het voorstel wordt geformuleerd is het mogelijk dat de werknemers volledig uitbetaald zouden worden doch de curator of ieder ander persoon die verantwoordelijke kosten maakte, de gerechtskosten niet of slechts ten dele zal kunnen recupereren. Zelfs als deze recuperatiemogelijkheid bestaat zou het voorgestelde systeem ertoe leiden dat de werknemers een integrale uitbetaling zouden krijgen zonder ook maar iets te moeten bijdragen in de gerechtskosten die uitsluitend of haast uitsluitend hun ten goede zijn gekomen. M.a.w. zullen de overige (preferente) schuldeisers niet alleen moeten toezien hoe zij in de kou blijven staan terwijl de werknemers volledige voldoening krijgen, doch zullen zij bovendien de kosten nog moeten betalen die het instellen en voldoen van de vordering der werknemers met zich meebrengt. De fundamentele fout van het wetsvoorstel zit o.i. hierin dat men geen enkele beperking aanbrengt bij een voorrecht met een zo hoge rang dat zulke grote groep schuldeisers ten goede zou komen. Bovendien vergen de meest elementaire regels der rechtvaardigheid dat de bijdrage in de kosten (vooral) geschiedt door hen die het (meeste) voordeel bij deze kosten hebben. In feite is de problematiek van het voorrecht van de werknemers slechts een illustratie van een meer algemene problema-

tiek die overigens niet typisch Belgisch is maar die men bv. evengoed in Nederland als in Frankrijk aantreft. Enerzijds stelt men vast dat sedert de uitvaardiging van de Basiswet van 16 december 1851 het aantal zakelijke zekerheden aanzienlijk is uitgebreid. Men hoeft slechts even de oorspronkelijke tekst van art. 19 Hyp.W. te vergelijken met de thans geldende tekst van art. 19 Hyp.W. om zich hiervan te vergewissen. Anderzijds treft men een aantal zeer belangrijke voorrechten aan die in feite aan geen enkele begrenzing zijn onderworpen.

In Nederland heeft de Commissie Houwing ter oplossing van een zelfde problematiek, die men mutatis mutandis⁵ met de Belgische kan vergelijken, de volgende oplossing voorgesteld. Aan alle voorrechten op alle goederen (waaronder die van de fiscus en de organen van de sociale zekerheid) zou dezelfde rang moeten worden toegekend, zodat men a.h.w. één enkel groot algemeen voorrecht zou krijgen. De opbrengst van het voorwerp van het voorrecht zou onder de betrokken schuldeisers pondspondsgewijze worden verdeeld. Deze schuldeisers zouden in rang volgen op de hypothecaire schuldeisers en de schuldeisers bevoorrecht op bepaalde goederen. Wat na de voldoening van de aan de schuldeisers met een algemeen voorrecht voorafgaande schuldvorderingen overblijft zou voor bv. 50 % voorbehouden worden als verhaalsobject voor de schuldeisers met een algemeen voorrecht. Het gedeelte van hun schuldvordering dat aldus (eventueel) niet betaald kan worden zou als chirografaair beschouwd worden (Rapport van de Commissie Bevoorrechtiging van Vorderingen, 's-Gravenhage 1974, blz. 69, 70 en 78).

Het opstellen van een rangschikking zal steeds een kwestie van beleid zijn die eerder op het politieke en wetgevende vlak dan op het niveau van de rechtsleer ligt.

De wijzigingen in het maatschappelijk-economische leven nopen o.i. tot een zich regelmatig bezinnen over de voorkeurbehandeling die men al dan niet aan bepaalde schuldvorderingen wil geven.

Bovendien vragen we ons af of het echt nog wel mogelijk is zodanig onderscheid in de mate van sociaal-economische belangrijkheid van een aantal schuldvorderingen te maken dat men kan verantwoorden dat enkelen (bijna) alles en velen (bijna) niets krijgen.

Tot slot nog dit. Is het echt wel nodig de oplossing voor de sociale problematiek van de door bedrijfsluiting en faillissementen getroffen werknemers te zoeken in een wijziging van ons voorrechtensysteem? Immers, indien men de radicale trend van het voorstel Lenssens volgt, zullen nog weinig of geen investeerders bereid gevonden worden krediet te verstrekken aan het bedrijfsleven. Met een kleine variatie op de vroegere Mechelse catechismus die leerde dat het geloof zonder de werken dood is, zouden wij zeggen dat de arbeid zonder het kapitaal ook niet ver zal springen. Bovendien kan men vrezen dat, indien men het voorrecht van de werknemers werkelijk de rang en de omvang zou geven die het wetsvoorstel Lenssens eraan geeft, men met een sneeuwbaaleffect te maken zou krijgen.

⁵ Zo verschilt de Nederlandse situatie o.m. van de Belgische doordat in Nederland de hypotheek de meeste voorrechten voorafgaat, hetgeen bij ons net omgekeerd is (art. 12 Hyp.W.).

Kleinere ondernemingen die bv. 20 of 30 werknemers tewerkstellen en noodgedwongen aan grotere firma's leverancierskrediet toestaan zouden ten gevolge van de omvang van het voorrecht van de werknemers bij een faillissement van de grotere onderneming (haast) niets kunnen recupereren. De vraag is dan ook of een dergelijke financiële opdoffer voor het kleinere bedrijf niet tot gevolg zal hebben dat zijn werknemers zich stilaan mogen voorbereiden om op hun beurt gebruik te maken van het voorrecht van de werknemers...

Het voorrecht in zijn huidige vorm en toepassing lijkt echter evenmin een ideaal. Toch is de positie van de werknemers in geval van faillissement niet zó slecht. De tussenkomst van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van onderneming ontslagen werknemers verzekert hun een uitkering die vele chirografaire of minder gunstig gerangschikte preferente schuldeisers nog gelukkig zou stemmen.

Men kan zich dan ook afvragen of het niet eerder in deze richting is dat een oplossing voor het probleem gezocht dient te worden. Als voordelen van dit systeem zouden we durven aanmerken:

- 1) de tussenkomst van het Fonds verloopt sneller dan de afwikkeling van een faillissement;
- 2) men weet zeker dat men zal betaald worden en hoeveel men zal ontvangen, een zekerheid die het beroep op het voorrecht geenszins biedt;
- 3) hieruit volgt op zijn beurt dan weer dat een meer gelijke behandeling van werknemers, los van een aantal toevallige factoren, gewaarborgd wordt.

Weliswaar kunnen wegens de bepalingen van de artt. 2 en 5 W. 28 juni 1966 betreffende de schadeloosstelling van de werknemers die ontslagen worden bij sluiting van ondernemingen, een aantal werknemers geen beroep doen op het Fonds doch o.i. komt men in deze gevallen in aanzienlijke mate terecht in de hypothese van kleine faillissementen of kennelijk onvermogen waarbij het voorrecht van art. 19, 3^{bis}, Hyp.W. in zijn actuele rang nog wel zijn diensten kan bewijzen. Indien men de toepassing van het voorrecht voor dergelijke gevallen zou reserveren, dan zou men het voorrecht ook weer grotendeels kunnen herleiden tot de toepassingssfeer die men bij het opstellen van art. 19, 4^o, van de Wet van 16 december 1851 voorzien had: huispersoneel, bedienden en werklieden in dienst van particulieren of kleinere ondernemingen.

J. KOKELENBERG
Eerst-aanwezende assistent
K.U.Leuven

BERICHTEN

Bevoegdheid van de vrederechter — Studiedag

Op zaterdag 18 maart 1978 organiseert het Departement Rechten van de U.I.A. in samenwerking met de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen een studiedag over de bevoegdheid van de vrederechter. Het volledig programma wordt later meegedeeld.