

VRIJE VESTIGING EN DIENSTVERLENING IN DE VERZEKERINGSSECTOR

De arresten van 28 januari en 4 december 1986 van het Hof van Justitie

De voorbije maanden wees het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen twee arresten die belangrijk zijn in het perspectief van de instelling van een gemeenschappelijke markt binnen de verzekeringssector. Het betreft enerzijds een arrest van 28 januari 1986 dat betrekking heeft op de vrijheid van vestiging van verzekeringsmaatschappijen¹, en anderzijds een arrest van 4 december 1986 dat verband houdt met de problematiek van het vrij verrichten van diensten door verzekeringsondernemingen². Doel van deze bijdrage is die twee arresten te analyseren, na evenwel eerst het communautair kader geschetst te hebben waarbinnen de totstandkoming van de gemeenschappelijke verzekeringsmarkt moet plaatsvinden.

I. Het communautair kader

1. Algemeen

Ter verwezenlijking van de doelstellingen van de Europese Economische Gemeenschap³, voorziet het EEG-Verdrag in zijn artt. 2 en 3 onder meer in het tot stand brengen van een Gemeenschappelijke Markt. In het verdrag wordt geen definitie gegeven van dat begrip, doch het bevat in ieder geval o.a. de realisatie van de vrijheid van vestiging (art. 52 EEG-Verdrag e.v.) en de vrijheid van dienstverlening (art. 59 EEG-Verdrag e.v.)⁴.

Daar het in het art. 7 EEG-Verdrag aanwezige verbod van discriminatie op grond van nationaliteit als fundamenteel rechtsbeginsel het gehele materiële recht van het EEG-Verdrag beheerst, heeft de vrijheid van vestiging evenals de vrijheid van dienstverlening in eerste instantie het karakter van een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Toegespitst op het verzekeringswezen houdt

de vrijheid van vestiging (art. 52 EEG-Verdrag) in dat het mogelijk moet zijn voor verzekeringsmaatschappijen om zich in een andere lid-staat duurzaam te vestigen, en dit ter uitoefening van zelfstandige werkzaamheden, onder de voorwaarden die die lid-staat van vestiging stelt voor zijn eigen onderdanen. Deze vestiging moet de vorm kunnen aannemen hetzij van een hoofdvestiging, waarbij het dus gaat om ofwel de overgang van de ene lid-staat naar de andere van het belangrijkste activiteitscentrum van de onderneming ofwel om de oprichting van zulk een centrum, hetzij van een secundaire vestiging, wat in concreto de oprichting van bijvoorbeeld een agentschap of filiaal kan inhouden⁵. De realisatie van het vrije dienstenverkeer (art. 59 EEG-Verdrag) brengt mee dat het voor een verzekeringsonderneming mogelijk moet zijn om vrij diensten te verlenen in een lid-staat waarin zij niet gevestigd is, en dat zij deze diensten moet kunnen verlenen vanuit de lid-staat waar zij hetzij haar maatschappelijke zetel hetzij bijvoorbeeld een agentschap of filiaal heeft. In de uitoefening van deze dienstverlening mag de verzekeringsonderneming niet worden gehinderd door beperkingen die vereisten bevatten, met name op grond van haar nationaliteit of de omstandigheid dat zij geen vaste vestiging heeft in de staat van dienstverlening, en die niet gelden voor op het grondgebied van die lid-staat gevestigde personen⁶.

De totstandkoming van de gemeenschappelijke markt diende tijdens de overgangperiode progressief verwezenlijkt te worden (cf. art. 8 EEG-Verdrag). Voor de realisatie van de vrijheid van vestiging en dienstverlening⁷ hield dit allereerst in dat het de lidstaten krachtens de direct werkende artikelen 53 en 62 EEG-Verdrag verboden werd nieuwe beperkingen met betrekking tot die vrijheden in te voeren, en dat gedurende de overgangperiode geleidelijk moest worden overgegaan tot de opheffing van bestaande beper-

¹ Arrest 270/83, Commissie t. Frankrijk, 28 januari 1986, *R.W.*, 1986-87, 1243.

² Arrest 205/84, Comm. t. Duitsland, 4 dec. 1986, nog niet gepubliceerd. Van dezelfde datum dateren eveneens drie andere nog niet gepubliceerde arresten (in de zaken 220/83, Comm. t. Frankrijk; 252/83, Comm. t. Denemarken; en 206/84, Comm. t. Ierland) die ook verband houden met het vrij verkeer van diensten in de verzekeringssector. Doch in deze bijdrage zal slechts ingegaan worden op het arrest Comm. t. B.R.D. omdat dit als enige, terwijl de drie andere arresten beperkt zijn tot het probleem van de co-assurantie, handelt over de nagenoeg algemene problematiek van de vrije dienstverlening in de verzekeringssector (met uitzondering van de transportverzekeringen en de verplichte verzekeringen).

³ Art. 2 EEG-Verdrag.

⁴ Zie in het bijzonder art. 3, c, EEG-Verdrag, dat spreekt over de verwijdering tussen de lid-staten van hinderpalen voor het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal.

⁵ CEREXHE, E., *Le droit européen — La libre circulation des personnes et des entreprises*, Editions Nauwelaerts, Brussel, 1982, 13; SECHE, J.C., «Le rapprochement des législations destiné à faciliter le droit d'établissement et la libre prestation des services en matière d'assurances», *Cah. Dr.Eur.*, 1981, 190.

⁶ EVERLING, U., «Sur la jurisprudence récente de la Cour de Justice en matière de libre prestation des services rendus dans d'autres états-membres», *Cah. Dr. Eur.*, 1984, 7 e.v.; SECHE, J.C., *l.c.*, 190-191.

⁷ Zie hierover o.a. CLAASSENS, H., «Het verzekeringsrecht in de Europese Gemeenschappen — Huidige stand van zaken», *R.W.*, 1978-79, 1539 e.v.; KAPTEYN, P., VERLOREN VAN THEMMAAT, P., *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer, Deventer, 1980, 3e druk, 241; WENDLING, S., «La liberté d'établissement et la libre prestation des services dans la communauté économique européenne», *R.M.C.*, 1982, p. 134 e.v.

kingen op deze vrijheden⁸, en dit door middel van richtlijnen genomen in het kader van een algemeen programma dat voor het einde van de eerste etappe van de overgangperiode (31 december 1961) door de Raad moest worden vastgesteld⁹. Het opheffen van de beperkingen op de vrijheid van vestiging en dienstverlening diende evenwel ook gepaard te gaan met het nemen van een geheel van richtlijnen in verband met onder andere de coördinatie van de nationale wetgevingen betreffende de bijzondere regeling voor vreemdelingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, de onderlinge erkenning van diploma's, certificaten en andere titels en de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lid-staten betreffende de toegang tot de werkzaamheden anders dan in loondienst, en de uitoefening ervan¹⁰.

De Raad ging op 18 december 1961, ter uitvoering van de artikelen 54, lid 1, en 63, lid 1, EEG-Verdrag, over tot de vaststelling van twee algemene programma's, namelijk een ter opheffing van de beperkingen op de vrijheid van vestiging¹¹ en een ter opheffing van de beperkingen op het vrije dienstenverkeer¹². Deze programma's, die voor iedere soort van werkzaamheden de algemene voorwaarden en de etappes voor hun liberalisering vaststelden, voorzagen ook voor de verzekeringssector in een vrij gedetailleerde regeling: allereerst moest vóór 1964 worden overgegaan tot de opheffing van de beperkingen op de vrije vestiging en dienstverlening met betrekking tot de herverzekering¹³. Vervolgens moesten de volgende beperkingen op het gebied van de directe verzekeringen worden opgeheven: wat de vrijheid van vestiging betreft, vóór 1966 die aangaande de werkzaamheden van het directe verzekeringsbedrijf met uitzondering van de levensverzekering, en vóór 1968 die aangaande de werkzaamheden van het levensverzekeringsbedrijf. Doch de volgens dit tijdschema voorziene opheffing van deze beperkingen diende in elk van de etappes voorafgegaan te worden door de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang en de uitoefening van de daar bedoelde werkzaamheden¹⁴. Wat de vrijheid van dienstverlening betreft, moest de opheffing van de beperkingen als volgt geschieden, en dit op voorwaarde dat de vrijheid van vestiging in de desbetreffende branche verwezenlijkt was, dat de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake de verzekeringsovereenkomst tot stand gekomen was en dat de formaliteiten betreffende de wederkerige erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen vereenvoudigd waren: vóór 1968 die aangaande de directe verzekeringen andere dan de levensverzekeringen en vóór 1970 die aangaande de levensverzekeringen¹⁵. Tot slot moesten ook nog de beperkingen opge-

heven worden met betrekking tot de werkzaamheden van verzekeringsagenten en assurantiemakelaars, en dit krachtens het volgende schema: de beperkingen op de vrijheid van dienstverlening wanneer deze vrijheid voor ondernemingen verwezenlijkt was, en vóór 1968 de beperkingen op de vrijheid van vestiging¹⁶.

De Raad raakte evenwel al vlug achterop in de uitvoering van deze programma's. Slechts op enkele domeinen kwamen regelingen tot stand. Doch mede gezien het nogal beperkt karakter van de verwezenlijkingen die door de Raad tot stand werden gebracht ter uitvoering van de artikelen 52 e.v. en 59 e.v. EEG-Verdrag, komt een bijzonder belang toe aan de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zo besliste het Hof in het arrest «Reyners» dat art. 52 sedert het einde van de overgangperiode rechtstreekse werking heeft en dit niettegenstaande het eventueel ontbreken op een bepaald terrein van richtlijnen bedoeld in de artikelen 54, lid 2, en 57, lid 1, van het verdrag¹⁷. Deze redenering trok het Hof ook door naar de dienstensector in zijn arrest «Van Binsbergen»¹⁸. In dit arrest besliste het Hof dat art. 59 rechtstreekse werking heeft en mitsdien voor de nationale rechterlijke instanties kan worden ingeroepen in ieder geval voor zover dit artikel strekt tot het opheffen van alle discriminaties, ten opzichte van degene die de diensten verricht, op grond van zijn nationaliteit of de omstandigheid dat hij woont in een andere lid-staat dan die waar de dienst moet worden verricht¹⁹. De in die twee arresten door het Hof ontwikkelde redenering is meermaals terug te vinden in latere arresten, zodat het hier om een constante rechtspraak gaat. Het resultaat van de directe werking van die verdragsartikelen is niet alleen dat zij sinds het einde van de overgangperiode rechtstreeks door de belanghebbenden kunnen worden ingeroepen, maar ook dat richtlijnen overbodig geworden waren die slechts in de opheffing van de door de direct werkende artikelen 52 en 59 EEG-Verdrag verboden discriminaties wilden voorzien. Andere soorten richtlijnen, en we denken hierbij bijvoorbeeld aan de erkennings- en coördinatie-richtlijnen evenals de richtlijnen tot invoering van overgangsmaatregelen, zijn daarentegen evenwel ook na de hierboven aangehaalde jurisprudentie van het Hof een grote betekenis blijven behouden²⁰.

2. Specifieke verwezenlijkingen binnen de verzekeringssector²¹

Zoals hierboven reeds werd aangestipt, raakte men al

¹⁶ Titel IV, punt D (vestiging) en titel V, punt C, sub a/2 (dienstverlening) van de algemene programma's.

¹⁷ H.v.J., 2/74, J. Reyners t. Belgische Staat, 21 juni 1974, r.o. 32, *Jur.*, 1974, 652.

¹⁸ H.v.J., 33/74, J.H.M. Van Binsbergen t. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, 3 december 1974, *Jur.*, 1974, 1299.

¹⁹ R.o. 27.

²⁰ BRONKHORT, H.J., «De ontwikkelingen op het gebied van het vestigingsrecht en het vrij verrichten van diensten in de Europese Gemeenschap», *S.E.W.*, 1976, 332 e.v.; LEENEN, A., «Recente ontwikkelingen op het terrein van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening binnen de EEG», *S.E.W.*, 1985, p. 543 e.v.

²¹ Zie hierover zeer uitgebreid: BIANCARELLI, J., «L'évolution

⁸ Art. 52, eerste lid, EEG-Verdrag (vestiging); art. 59, eerste lid, EEG-Verdrag (dienstverlening).

⁹ Art. 54, lid 1 en 2, EEG-Verdrag (vestiging); art. 63, lid 1 en 2, EEG-Verdrag (dienstverlening).

¹⁰ Zie de artt. 56, tweede lid, 57 en 66 EEG-Verdrag.

¹¹ *P.B.*, 1962, 36.

¹² *P.B.*, 1962, 32.

¹³ Titel IV, punt A (vestiging) en titel V, punt C (dienstverlening) van de respectieve algemene programma's.

¹⁴ Titel IV, punt C en D, van het algemeen programma (vestiging).

¹⁵ Titel V, punt C, sub a, van het algemeen programma (dienstverlening).

vlug achterop in de uitvoering van de twee algemene programma's ter opheffing van de beperkingen op de vrijheid van vestiging en van dienstverlening. Toch realiseerde de Raad, door het nemen van een aantal richtlijnen, enige vooruitgang in de verwezelijking van de gemeenschappelijke verzekeringsmarkt.

Zo is er *de richtlijn 64/225 van 25 februari 1964* tot opheffing van de beperkingen op de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten wat betreft de herverzekering en de retrocessie²². Gezien de traditionele supranationale organisatie van deze herverzekering was deze richtlijn echter weinig meer dan de bevestiging van een bestaande situatie²³.

Op *13 december 1976 kwam richtlijn 77/92 van de Raad* betreffende maatregelen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten voor de werkzaamheden van de verzekeringsagent en de assurantiemakelaar en houdende met name overgangsmaatregelen voor deze werkzaamheden, tot stand²⁴. Daar de coördinatie van de toegangs- en uitoefeningsvoorwaarden voor de in de richtlijn genoemde beroepsactiviteiten pas in een later stadium tot stand moesten worden gebracht, werden in deze richtlijn bij wijze van overgangsmaatregelen, die blijven gelden tot de bovengenoemde coördinatie is gerealiseerd, de voorwaarden bepaald waaronder de in de richtlijn genoemde beroepscategorieën het recht van vrije vestiging en vrije dienstverlening kunnen uitoefenen.

Terwijl de bovenstaande richtlijnen betrekking hebben op zowel de vrije vestiging als de vrije dienstverlening binnen de verzekeringssector, zijn er tevens een aantal richtlijnen die meer met één van deze vrijheden verband houden. We zetten ze hierna op een rijtje.

a) *De vrije vestiging*

Allereerst moet melding gemaakt worden enerzijds van *richtlijn 73/239 van de Raad van 24 juli 1973* tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening ervan²⁵, en anderzijds van *richtlijn 73/240 van de Raad van 24 juli 1973* inzake de opheffing van beperkingen op de vrijheid van vestiging op het gebied van het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverze-

keringsbranche²⁶. Deze laatstgenoemde richtlijn 73/240 voorziet in de toepassing van het niet-discriminatiebeginsel, en bevat naast een verbod voor lid-staten om hun onderdanen die zich in andere lid-staten willen vestigen, steun te verlenen waardoor de vestigingsvoorwaarden kunnen worden vervalst, eveneens een regeling die de gelijkwaardigheid moet bewerkstelligen van het bewijs van betrouwbaarheid en het bewijs van afwezigheid van een voorafgaand faillissement. Eveneens wordt voorzien in een regeling aangaande het recht tot aansluiting bij beroeps- of bedrijfsorganisaties. Richtlijn 73/239 beoogt de oprichting van bijkantoren en agentschappen in andere lid-staten dan die waar de onderneming haar hoofdkantoor heeft, te vergemakkelijken. Zij streeft de coördinatie van de bepalingen die in de wetgevingen der lid-staten het overheidstoezicht op verzekeringsondernemingen regelen, na en regelt de verhouding tussen de wetgeving en de toezichthoudende autoriteit van de vestigingsstaat enerzijds en die van de staten waar de onderneming bijkantoren of agentschappen heeft anderzijds. Zij heeft evenwel geen betrekking op werkzaamheden die de onderneming uitoefent in de vorm van het verrichten van diensten in de zin van het verdrag, zodat de bepalingen van deze richtlijn geen toepassing kunnen vinden op de verhouding tussen de staat van vestiging, waar zich het hoofdkantoor, het bijkantoor of het agentschap bevindt, en de staat waar de dienst wordt verricht. Een aantal bepalingen uit deze richtlijn 73/239 verdienen enige aandacht²⁷. Zo wordt in de richtlijn onder andere bepaald dat de lid-staten, en dit zijn zowel de lid-staten waarin de hoofdvestiging als die waarin de agentschappen of bijkantoren zich bevinden, de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf afhankelijk moeten stellen van het toekennen van een vergunning, zonder evenwel dat zij de verkrijging van deze administratieve vergunning afhankelijk mogen maken van het depot of het storten van een waarborgsom. De voorwaarden waaronder de vergunning verkregen, aangepast of ingetrokken moet worden, zijn in de richtlijn bepaald. Met betrekking tot de financiële situatie van verzekeringsondernemingen bevat de richtlijn zeer gedetailleerde bepalingen over het vrije vermogen van de onderneming, dat wil zeggen haar eigen kapitaal. Deze bepalingen streven de solvabiliteit van de onderneming na. De richtlijn schrijft de toezichthoudende autoriteit van de lid-staat waar het hoofdkantoor is gevestigd, voor de solvabiliteit van de onderneming te controleren «met betrekking tot het geheel van haar werkzaamheden». De richtlijn bepaalt verder dat elke lid-staat op het grondgebied waarvan een verzekeringsonderneming werkzaam is, deze onderneming verplicht toereikende technische reserves aan te leggen, doch het wordt aan elk land overgelaten volgens het eigen recht de berekening van die reserves evenals de bepaling van de aard en waarderingswijze van de activa die ertegenover staan te regelen. De met de werkzaamheden in een bepaalde lid-staat overeenkomende activa moeten in die staat gelokaliseerd zijn en hun bestaan moet worden gecontroleerd door de toezichthoudende autoriteit van die staat, hoewel de staat waar het hoofdkan-

la plus récente de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de liberté de prestations de services dans le secteur des assurances», *R.M.C.*, 1987, 38 e.v.; CEREXHE, E., *o.c.*, 209 e.v.; CHAPATTE, P., «Freedom to provide insurance services in the European Community», *E.L.R.*, 1984, 15 e.v.; CLAASSENS, H., *l.c.*, 1546 e.v.; FAVRE, H., «Le marché commun de l'assurance», *R.M.C.*, 1980, 237 e.v.; LEENEN, A., *l.c.*, 556 e.v.; POOL, W., «Moves towards a common market in insurance», *C.M.L.R.*, 1984, 124 e.v.; SEICHE, J.C., *l.c.*, p. 192 e.v.

²² *P.B.*, 1964, 878.

²³ COUSY, H., «Recente ontwikkelingen in het verzekeringsrecht», *T.P.R.*, 1986, 544; POOL, W., *l.c.*, 124.

²⁴ *P.B.*, 1977, L 26, 14.

²⁵ *P.B.*, 1973, L 228, 3. Deze richtlijn werd gewijzigd bij richtlijn 76/58 van de Raad van 29 juni 1976 (*P.B.*, 1976, L 189, 13) en richtlijn 84/641 van de Raad van 10 december 1984 (*P.B.*, 1984, L 339, 21) en richtlijn 87 (343 van de Raad van 22 juni 1987 (*P.B.*, 1987, L 185, 72).

²⁶ *P.B.*, 1973, L 228, 20. -

²⁷ Zie in dit verband het hierna besproken arrest in de zaak 205/84, Commissie t. Bondsrepubliek Duitsland, 4 december 1986, (nog niet gepubliceerd), r.o. 35 e.v.

toor zich bevindt, verplicht is erop toe te zien dat op de balans van de onderneming voor de technische reserves activa zijn vermeld welke overeenkomen met de in alle landen van werkzaamheid aangegane verplichtingen.

Parallel met richtlijn 73/239 loopt *richtlijn 79/267 van de Raad van 5 maart 1979* tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe levensverzekeringsbedrijf, en de uitoefening daarvan²⁸. Hoewel deze richtlijn, wat haar structuur en het in de richtlijn vervatte systeem (vergunningstelsel enz.) betreft, zo goed als geheel overeenstemt met richtlijn 73/239, en zij zelfs vaak woordelijk dezelfde bepalingen bevat, vertoont zij toch ook enige verschillen met die richtlijn, wat zijn oorzaak in het heel eigen karakter van de levensverzekering vindt. Zo is er bijvoorbeeld de zeer complexe en heel eigen berekeningswijze van de solvabiliteitsmarge, en bevat zij ook een regeling met betrekking tot het probleem van het gelijktijdig uitoefenen van het levensverzekeringsbedrijf en het schadeverzekeringsbedrijf.

b) *De vrije dienstverlening*

Van 30 mei 1978 dateert *richtlijn 78/473 van de Raad* tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen op het gebied van de communautaire co-assurantie²⁹. Deze richtlijn die volgens haar derde considerans als eerste stap naar de coördinatie van alle transacties die kunnen worden uitgevoerd via het vrij verrichten van diensten moet worden beschouwd, betreft communautaire co-assurantiëtransacties die betrekking hebben op risico's waarvan de aard of omvang zodanig is dat voor de verzekering ervan de deelneming van verscheidene verzekeraars nodig is. Deze richtlijn bevat naast een afbakening van de betrokken transacties en de toegelaten ondernemingen, ook bepalingen over de voorwaarden en de wijze van toepassing van de communautaire co-assurantie en de samenwerking tussen de Commissie en de bevoegde autoriteiten van de lid-staten.

Daarnaast moet hier tevens verwezen worden naar een aantal voorstellen van de Commissie die tot doel hebben te komen tot een verregaande realisatie van de vrijheid van dienstverlening in de verzekeringssector. Zo is er het voorstel van de Commissie voor een richtlijn van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de verzekeringsovereenkomst³⁰, evenals het voorstel van de Commissie voor een tweede richtlijn van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en tevens houdende bepalingen tot bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het verzekeringsbedrijf door middel van het verrichten van diensten³¹. Het laatstgenoemde voorstel van richtlijn bevat twee grote groepen

bepalingen: enerzijds bepalingen tot aanvulling van richtlijn 73/239 (regels i.v.m. de technische reserves, de toepasselijke wetgeving op gesloten verzekeringsovereenkomsten en het toezicht van de controleautoriteiten) en anderzijds bepalingen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten (regels onder andere i.v.m. het verkrijgen van een bijkomende overheidsvergunning afgeleverd door de bevoegde autoriteit van de staat waar de onderneming is gevestigd, de toepasselijkheid van de vigerende belastingregeling van de lid-staat waar het risico gelegen is, op verzekeringsovereenkomsten welke door het vrij verrichten van diensten gesloten zijn, de toepasselijkheid van de in de staat van vergunning vastgestelde voorschriften of, bij gebreke daarvan, de in die staat geldende gebruiken op technische reserves voor de door middel van het vrij verrichten van diensten gesloten overeenkomsten enz.). Opgemerkt moet evenwel worden dat dit bij de Raad aanhangige voorstel voor een «ontwerp-tweede richtlijn» door de meningsverschillen tussen de zich meer liberaal opstellende lid-staten zoals het Verenigd Koninkrijk en Nederland enerzijds, en de meeste andere lid-staten anderzijds, niet van de grond komt.

3. *De voltooiing van de interne markt*

Tot slot moge nog even worden verwezen naar het Witboek van de Commissie der E.G. tot voltooiing van de interne markt³². Hierin wordt 1992 als streefdatum voor de realisatie van die grote interne markt vooropgesteld, en dit document bevat dan ook een zeer nauwkeurig programma evenals een grondig uitgewerkt tijdschema om die doelstelling waar te maken.

Hoewel de Commissie ook een bijzondere aandacht besteedt aan het vrij verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging en zij het belangrijk vindt dat de belemmeringen die binnen de Gemeenschap met betrekking tot die vrijheden bestaan, uit de weg worden geruimd tegen 1992, legt zij toch een bijzonder grote nadruk op en hecht zij zeer veel waarde aan de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt voor diensten. De Commissie is van oordeel dat snel moet worden opgetreden ten behoeve van de openstelling van de gehele dienstenmarkt. Hieronder valt natuurlijk ook de grensoverschrijdende markt van de traditionele diensten, waarbinnen de verzekeringen te situeren zijn. Zo zou krachtens het zich in bijlage bij dit wetboek bevindende tijdschema reeds in 1986 een grotere vrijheid in het verlenen van diensten in andere verzekeringssectoren dan het levensverzekeringsbedrijf bereikt moeten worden, wat zoals men vandaag in 1987 kan vaststellen niet het geval is geworden, zouden vóór 1992 diensten vrij moeten kunnen worden verleend in de sector van de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering, en zouden de hindernissen voor de dienstverlening in het levensverzekeringsbedrijf moeten zijn opgeheven³³.

²⁸ P.B., 1979, L 63, 1.

²⁹ P.B., 1978, L 151, 25.

³⁰ P.B., 1979, C 190, 2. Het voorstel werd in 1980 door de commissie gewijzigd (P.B., 1980, C 355, 30, en Bull. E.G., 1980, nr. 12, 45).

³¹ P.B., 1976, C 32, 2. Het voorstel werd door de Commissie gewijzigd op 15 februari 1978 (Bull. E.G., 1978, nr. 2, 40-41). Hierna genoemd «ontwerp-tweede richtlijn».

³² De voltooiing van de interne markt, Witboek van de Commissie der Europese Gemeenschappen voor de Europese Raad, Brussel, 14 juni 1985, COM (85), 310 def.

³³ In het bij het Witboek aanwezige tijdschema wordt als streefdatum voor de goedkeuring door de Raad voorzien: a) in de periode vóór 1990: de richtlijn tot bevordering van het vrij verrichten van diensten op het gebied van verzekeringen, met uitzondering

Of de hierboven aangehaalde doelstellingen en plannen van de Commissie verwezenlijkt zullen worden, is een vraag waarop nu nog niet geantwoord kan worden. Wel kan men zich afvragen of het hierna besproken arrest van 4 december 1986 inzake de vrije dienstverlening binnen de verzekeringssector, een ondersteuning kan vormen voor het streven van de Commissie om de interne markt tegen 1992 te realiseren (cf. *infra*). De in februari 1986 door de lid-staten ondertekende Europese Akte³⁴ wijst toch wel op de politieke wil om het programma van de Commissie, zoals vervat in het witboek, uit te voeren. Krachtens art. 13 van deze Akte wordt het EEG-Verdrag aangevuld met een art. 8, A, dat bepaalt dat de Gemeenschap de maatregelen vaststelt die ertoe bestemd zijn de interne markt geleidelijk tot stand te brengen in de loop van een periode die eindigt op 31 december 1992, en de interne markt wordt in dit artikel omschreven als een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van het EEG-Verdrag.

II. De vrijheid van vestiging en het arrest van 28 januari 1986

In de zaak 270/83 waarin het Hof op 28 januari 1986 uitspraak deed, ging het om het volgende: de Franse belastingwetgeving kent een vennootschapsbelasting van 50% op alle door belastingplichtige vennootschappen en rechtspersonen behaalde winsten. Vennootschappen zijn die belasting in beginsel verschuldigd ongeacht de plaats waar hun zetel zich bevindt, doch er wordt slechts rekening gehouden met winsten die behaald zijn door in Frankrijk gedreven ondernemingen alsmede door ondernemingen die krachtens een overeenkomst inzake dubbele belasting in Frankrijk mogen worden belast. Teneinde de cumulatieve belastingheffing over de door vennootschappen uitgedeelde winsten — doordat op deze winsten eerst de vennootschapsbelasting wordt geheven en zij vervolgens bij de ontvanger van de dividenden nogmaals worden belast — te matigen voorziet de Franse regeling in een belastingkrediet, «avoir fiscal» genoemd, dat wordt toegekend aan ontvangers van dividenden die door Franse vennootschappen worden uitgedeeld, en dit ten belope van de helft van het daadwerkelijk betaalde bedrag. Met dit avoir fiscal wordt door de rechthebbende de verschuldigde belasting voldaan. Voor hem is het inkomen en het kan slechts worden gebruikt voor zover het deel uitmaakt van de grondslag voor de door hem verschuldigde inkomstenbelasting. De Franse re-

geling reserveert evenwel het voordeel van dit belastingkrediet voor personen wier werkelijke woonplaats of zetel in Frankrijk is gevestigd, of voor personen die hun woonplaats hebben op het grondgebied van landen die met Frankrijk overeenkomsten tot het vermijden van dubbele belasting hebben gesloten. Doch in geen enkel geval is een aanspraak op het belastingkrediet voorzien voor aandelen die deel uitmaken van het vermogen van vaste inrichtingen, filialen of agentschappen van vennootschappen waarvan de zetel niet in Frankrijk is gevestigd. Terwijl dus verzekeringsmaatschappijen die hun zetel in Frankrijk hebben, met inbegrip van de door buitenlandse verzekeringsondernemingen in Frankrijk opgerichte dochtermaatschappijen, aanspraak kunnen maken op het belastingkrediet voor aandelen van Franse vennootschappen die zij in hun portefeuille hebben, wordt deze aanspraak geweigerd aan vaste inrichtingen in de vorm van agentschappen of filialen die in Frankrijk zijn opgericht door verzekeringsmaatschappijen met zetel in een andere lid-staat.

De Commissie meende dat die regeling inzake het avoir fiscal in strijd was met art. 52, tweede lid, EEG-Verdrag. De regeling hield volgens haar enerzijds een discriminatie in voor agentschappen en filialen van verzekeringsmaatschappijen met zetel in een andere lid-staat, daar deze verhinderd werden Franse aandelen in hun portefeuille op te nemen en zij aldus werden benadeeld in de uitoefening van hun werkzaamheden in Frankrijk. Anderzijds beperkte die regeling indirect de vrijheid waarover in andere lid-staten gevestigde verzekeringsmaatschappijen moeten beschikken om zich in Frankrijk te vestigen hetzij in de vorm van een dochteronderneming dan wel in de vorm van een filiaal of agentschap. Zij stelde dan ook een beroep in op grond van art. 169 EEG-Verdrag teneinde het Hof te doen vaststellen dat Frankrijk, door het voordeel van het belastingkrediet te onthouden aan filialen en agentschappen in Frankrijk van in een andere lid-staat gevestigde verzekeringsmaatschappijen, de krachtens art. 52 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Het Hof, dat het door de Commissie aangevoerde verschil in behandeling erkende en de twee door haar aangevoerde bezwaren te zamen behandelde, onderstreepte nog eens duidelijk het doel van het sinds het einde van de overgangperiode rechtstreeks toepasselijke art. 52 EEG-Verdrag: dit artikel beoogt namelijk te verzekeren dat elke onderdaan van een lid-staat die zich, zij het ook secundair, in een andere lid-staat wil vestigen om aldaar werkzaamheden anders dan in loondienst te verrichten, aldaar als eigen onderdaan wordt behandeld, en het verbiedt iedere uit wettelijke regelingen voortvloeiende discriminatie op grond van nationaliteit (r.o. 14).

De in art. 52 EEG-Verdrag voorziene vrijheid van vestiging wordt op grond van het art. 58, lid 1, EEG-Verdrag ook toepasselijk verklaard op vennootschappen³⁵: krachtens dit art. 58 worden vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lid-staat zijn opgericht

van levensverzekeringen; de richtlijn tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandverzekering; de richtlijn inzake kredietverzekering; de richtlijn betreffende verzekeringsovereenkomsten; de richtlijn betreffende de verzekeringsovereenkomsten; de richtlijn betreffende de liquidatie van verzekeringsmaatschappijen; de richtlijn inzake de jaarrekeningen van verzekeringsmaatschappijen en een derde richtlijn betreffende de wettelijke aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen; b) in de periode vóór 1992: een richtlijn inzake het vrij verrichten van diensten op het gebied van de aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen en een richtlijn betreffende het vrij verrichten van diensten op het gebied van de levensverzekering.

³⁴ Bull. E.G., supplement 2/86.

³⁵ Art. 58, lid 2, EEG-Verdrag bepaalt dat onder vennootschappen moet worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen.

en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de gemeenschap hebben, gelijkgesteld met natuurlijke personen die onderdanen van de lid-staten zijn, en kunnen zij aldus genieten van de in art. 52 voor natuurlijke personen voorziene vrijheid van vestiging. Het Hof oordeelde dan ook dat deze vrijheid van vestiging voor die vennootschappen het recht meebrengt om in een andere lid-staat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een agentschap of een filiaal en dat het de lid-staat van vestiging van dit agentschap of filiaal niet geoorloofd is een andere behandeling op hen toe te passen *enkel* omdat de zetel van de vennootschap in een andere lid-staat is gevestigd. Een andere interpretatie van art. 52 EEG-Verdrag gelezen in samenhang met art. 58 EEG-Verdrag, zou volgens het Hof iedere inhoud aan de in art. 52 voorziene vrijheid van vestiging ontnemen (r.o. 18). Het Hof besliste tevens in r.o. 18 dat met betrekking tot vennootschappen in dit verband opgemerkt moet worden dat hun zetel in de zin van art. 58 EEG-Verdrag, en dit naar het voorbeeld van de nationaliteit voor natuurlijke personen, dient ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een staat: terecht heeft men opgemerkt dat het Hof in deze zaak dus het in art. 52 vervatte verbod van discriminatie naar nationaliteit, voor vennootschappen vertaalde in een verbod van discriminatie naar de plaats van de in het art. 58 bedoelde zetel³⁶.

Door te beslissen dat het niet toegestaan is dat de lid-staat van vestiging van het filiaal of agentschap op deze filialen of agentschappen een andere behandeling toepast *«enkel omdat de zetel van deze vennootschappen in een andere lid-staat is gevestigd»*, lijkt het Hof te erkennen dat in sommige omstandigheden een ongelijke behandeling gerechtvaardigd kan zijn³⁷. In rechtsoverweging 19 van zijn arrest bevestigt en verduidelijkt het Hof die stelling, waar het zegt dat het niet geheel kan worden uitgesloten dat een verschil in behandeling op basis van een onderscheid naar de zetel van de vennootschap of op basis van een onderscheid naar de woonplaats van een natuurlijk persoon, op een gebied als het belastingrecht, onder bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn. Het Hof zegt hier zeker niets nieuws³⁸. Het erkent immers al sinds lang dat moet worden onderzocht of er in het geval van een ongelijke behandeling wel degelijk sprake is van discriminatie: een verschil in behandeling vormt geen inbreuk indien dit verschil objectief gerechtvaardigd kan worden. In dit laatste geval is er immers geen sprake van een verboden discriminatie doch van een, zoals Timmermans het noemt, geboden differentiatie³⁹. In casu kwam het Hof evenwel aan die in haar rechtspraak gehanteerde toetsing niet toe, daar het

vaststelde dat de Franse belastingregels, wat de vaststelling van de belastinggrondslag ter bepaling van de vennootschapsbelasting betreft, geen onderscheid maakten tussen vennootschappen met zetel in Frankrijk en agentschappen of filialen in Frankrijk van vennootschappen met zetel in het buitenland. Door die beide vestigingsvormen wat de belasting op de door hen behaalde winsten betreft identiek te behandelen heeft de Franse wetgever volgens het Hof erkend dat tussen die beide vormen, voor wat de wijze van heffing en de voorwaarden van deze belasting aangaat, geen objectief verschil in situatie bestaat dat een verschil in behandeling kan rechtvaardigen: door beide vestigingsvormen voor de belasting op hun winst op één lijn te stellen kunnen deze vestigingsvormen niet zonder een discriminatie in het leven te roepen, in het kader van dezelfde belastingheffing, verschillend behandeld worden op het punt van de toekenning van een daarop betrekking hebbend voordeel zoals het belastingkrediet.

Volgens het Hof van Justitie bevat art. 52 zeer duidelijk geen de-minimisregel: iedere discriminatie is verboden, zelfs de geringste (r.o. 21). Er moest dus niet worden onderzocht, zoals de Franse regering aanvoerde, wat juist de omvang en draagwijdte is van de nadelen die uit de ongelijke behandeling voortvloeien, en het is onnodig om na te kijken of de filialen of agentschappen van vennootschappen met een zetel in een andere lid-staat misschien niet op andere domeinen worden bevoordeeld zodat deze voordelen de uit de «avoir-fiscal»-regeling voortvloeiende nadelen zouden kunnen compenseren: zulke voordelen kunnen in geen enkel geval, aldus het Hof, een rechtvaardiging vormen van een inbreuk op art. 52.

Over de inhoud van de in art. 52 voorziene vrijheid van vestiging zegt het Hof in r.o. 22 dat art. 52, eerste lid, uitdrukkelijk economische subjecten de mogelijkheid biedt om vrijelijk de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lid-staat past, en dat hun vrije keuze niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen. Dus, aangezien een onderneming in principe vrij is om te kiezen tussen een aantal rechtsvormen om haar werkzaamheden in een andere lid-staat uit te oefenen, mag zij niet, zelfs niet indirect, in haar keuze worden geremd doordat het kiezen van één van de rechtsvormen haar voordelen zal opleveren die zij zal moeten ontberen bij de keuze van één van de andere rechtsvormen.

Het Hof van Justitie verwierp het argument van de Franse regering dat het verschil in behandeling gerechtvaardigd zou kunnen zijn wegens het ontbreken van harmonisatie van de wettelijke regelingen der lid-staten inzake de vennootschapsbelasting (r.o. 24). Voor de toepassing van het uit art. 52 voortvloeiende discriminatieverbod wordt de harmonisatie van nationale wetgevingen niet als een prealabele voorwaarde gesteld, of zoals de advocaat-generaal het zei in zijn conclusie bij deze zaak: «door verdragen van de communautaire wetgever wordt de verplichting van de lid-staten niet geschorst om hun belastingstelsels niet discriminerend toe te passen»⁴⁰.

De aan art. 52 EEG-Verdrag ontleende rechten zijn niet

³⁶ FETERIS, M.W.C., «Franse belastingwetgeving voor de bijl. En nu de Nederlandse?», *Weekblad voor fiscaal recht*, 11 september 1986, nr. 5741, 1128.

³⁷ Een van de argumenten van de Franse regering hield trouwens in dat het zich in casu voordoende verschil in behandeling gerechtvaardigd was door objectief verschillende situaties.

³⁸ Zie o.a. H.v.J., 810/79, Peter Überschar tegen Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, 8 oktober 1980, *Jur.*, 1980, 2764-2765, r.o. 16; H.v.J., 147/79, René Hochstrass t. Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 16 oktober 1980, *Jur.*, 1980, 3019, r.o. 7.

³⁹ TIMMERMANS, C.W.A., «Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie», *S.E.W.*, 1982, 429 e.v.

⁴⁰ Conclusie van de advocaat-generaal G.F. Mancini in de zaak 270/83, Commissie t. Franse Republiek, genomen ter terechtzitting van 16 oktober 1985, p. 7.

alleen rechtstreeks toepasselijk, ze zijn ook onvoorwaardelijk van toepassing. Dit laatste houdt volgens het Hof in dat een lid-staat de eerbiediging van die rechten niet afhankelijk mag stellen van een overeenkomst met een andere lid-staat: art. 52, dat geen afwijking op het fundamentele beginsel van de vrijheid van vestiging toestaat op grond van het risico dat belasting zou worden ontgaan, staat niet toe dat ter zake van de door haar voorziene rechten een voorwaarde van wederkerigheid wordt gesteld ten einde overeenkomstige voordelen in andere lid-staten te verkrijgen (r.o. 26)⁴¹.

Op basis van de bovenstaande rechtsoverwegingen kwam het Hof dan ook tot de conclusie dat de onderzochte Franse belastingwetgeving een discriminatie inhoudt die in strijd is met art. 52, eerste en tweede lid, EEG-Verdrag, en dat Frankrijk door het in stand houden van die discriminerende regeling de krachtens art. 52 EEG-Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Bij de evaluatie van het hierboven besproken arrest moet vastgesteld worden dat, hoe belangrijk de erin uitgewerkte principes ook zijn, het arrest beschouwd dient te worden als een voortzetting van 's Hofs rechtspraak m.b.t. art. 52 EEG-Verdrag⁴². De aan art. 52, juncto art. 58, EEG-Verdrag getoetste regeling bevat immers duidelijk een door die artikelen verboden discriminatie op grond van nationaliteit, zoals door het Hof voor vennootschappen vertaald in een verbod van discriminatie naar de plaats van de in art. 58 EEG-Verdrag bedoelde zetel. Wel mag even op de draagwijdte van het betrokken arrest worden gewezen. Hoewel het voorwerp van het beroep in deze zaak beperkt blijft tot de verzekeringssector⁴³, heeft het Hof, dat deze beperking betreurt, er toch op gewezen dat het in dit arrest veroordeelde discriminerend fiscaal regime ook in andere sectoren toepasselijk is, zodat het arrest mag worden beschouwd als een veilige leidraad voor de nationale rechter die met soortgelijke vormen van fiscale discriminatie in welke economische sector dan ook wordt geconfronteerd bij het toetsen ervan aan het direct werkende art. 52 EEG-Verdrag.

III. De vrijheid van dienstverlening en het arrest van 4 december 1986 in de zaak Commissie t. BRD

1. Overzicht van de jurisprudentie van het Hof m.b.t. «dienstverlening»

Uitgangspunt van de omschrijving van het begrip

«dienstverlening» is art. 60 EEG-Verdrag, dat als diensten beschouwt de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden. Als voorbeeld somt het werkzaamheden van industriële, commerciële en ambachtelijke aard en van de vrije beroepen op. Wat opvalt, is de vaagheid en algemeenheid van die definitie. Toch voegt de laatste zin van het eerste lid van art. 60 er onmiddellijk aan toe dat het begrip dienstverlening geen betrekking heeft op verrichtingen waarop de bepalingen van het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen van toepassing zijn. Dit maakt van het begrip diensten een restcategorie⁴⁴ zodat het soms moeilijk wordt een duidelijke grens te trekken t.o.v. de andere vrijheden. De vraag wanneer een onderneming gevestigd is in een lid-staat en wanneer zij er slechts een dienst verricht in de zin van het verdrag, m.a.w. welk criterium het mogelijk maakt vestiging en dienstverlening van elkaar te onderscheiden, werd tot op heden door het Hof nog niet beslist. Wel had het Hof reeds verschillende malen een definitie gegeven van wat onder het begrip «beperkingen» op het vrij dienstenverkeer als verboden door art. 59 moest worden verstaan⁴⁵. N.a.v. die rechtspraak is in de literatuur een controverse ontstaan over de vraag of m.b.t. dienstverlening niet alleen discriminaties op grond van nationaliteit moeten worden opgeheven, zoals dat voor het recht van vestiging het geval is, maar ook alle andere beperkingen⁴⁶. Die discussie heeft echter veel aan betekenis verloren doordat het Hof in latere arresten het discriminatiebegrip ruimer opgevat heeft en onder discriminatie niet alleen formele discriminaties heeft verstaan, maar ook materiële, nl. het formeel gelijk behandelen van ongelijke gevallen⁴⁷. De benadering door het Hof van niet-formeel discriminatoire maatregelen in de zaak Van Wesemael⁴⁸ illustreerde dit trouwens reeds. Het Hof was nl. van oordeel dat, indien een lid-staat een grensoverschrijdende dienst (in casu arbeidsbemiddeling voor schouwspelartiesten) aan een vergunning onderwerpt, dit vereiste een beperking vormt in de zin van art. 59, zelfs wanneer ingezetenen van die lid-staat waar de dienst wordt verricht, aan hetzelfde vergunningsvereiste onderworpen zijn, indien de vreemde dienstverrichter in zijn lid-staat van herkomst aan een gelijksoortige vergunning en toezicht is onderworpen. Aldus ging het Hof verder dan een eenvoudig onderzoek of er al dan niet sprake was van formele discriminatie teneinde de rechtvaardiging van een dubbele vergunningsvereiste te onder-

⁴⁴ EVERLING, U., *l.c.*, 4; MAESTRIPIERI, C., *La libre circulation des personnes et des services dans la CEE*, Editions UGA, Brussel, 1972, 44-45.

⁴⁵ O.a. arrest van Binsbergen, zie voetnoot 18; H.v.J., 39/75, R.G. Coenen e.a. t. Sociaal-Economische Raad, 26 november 1975, *Jur.*, 1975, 1547; H.v.J., gev. zaken 110 en 111/78, Openbaar Ministerie en «Chambre syndicale des Agents artistiques et Impressarii de Belgique» t. Willy van Wesemael e.a., 18 januari 1979, *Jur.*, 1979, 35; H.v.J., 279/80, Strafzaak tegen Alfred John Webb, 17 december 1981, *Jur.*, 1981, 3305.

⁴⁶ Voor een overzicht van de verschillende stellingen zie LEENEN, A., *l.c.*, 549-553.

⁴⁷ H.v.J., gev. zaken 62 en 63/81, Seco e.a. t. EVI, 3 februari 1982, *Jur.*, 1982, 223, met conclusie adv.-gen. Verloren van Themaat, die art. 59 ook als een materieel discriminatieverbod interpreteert; H.v.J., zaak 76/81, SA Transporoute et travaux t. Ministerie van Openbare Werken, 10 februari 1982, *Jur.*, 1982, 417.

⁴⁸ Zie voetnoot 45.

⁴¹ Dit standpunt is tevens reeds terug te vinden in een vroeger arrest: H.v.J., 159/78, Commissie t. Italië, 25 oktober 1979, *Jur.*, 1979, 3264, r.o. 23.

⁴² Zie hierover reeds H.v.J., 2/74, J. Reyners t. Belgische Staat, 21 juni 1974, *Jur.*, 1974, 650, r.o. 15-16; evenals zeer recent arrest 221/85, Commissie t. België, 12 februari 1987, r.o. 10 (nog niet gepubliceerd).

⁴³ De Commissie besloot om de volgende redenen slechts op te treden op het gebied van de verzekeringen: 1) gezien de door de verzekeringsmaatschappijen tot haar gerichte klachten; 2) gezien haar belang bij een effectieve toepassing van het recht van vestiging in deze sector, mede wegens de stimulerende werking daarvan op de harmonisatie van wetgevingen; en 3) gezien het belang dat het probleem heeft voor de verzekeringsmaatschappijen met het oog op het «congruentie-beginsel» en de verplichting om technische reserves te vormen.

zoeken⁴⁹. Bovendien had het Hof reeds zeer vroeg gepreciseerd dat art. 60, derde lid, dat bepaalt dat «onverminderd de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging, degene die de diensten verricht daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk (kan) uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt», «in de eerste plaats het de dienstverrichter mogelijk (wil) maken zijn werkzaamheden uit te oefenen in de lid-staat waar de dienst wordt verricht, zonder ten opzichte van de onderdanen van die staat te worden gediscrimineerd; (dat) deze bepaling echter niet (inhoudt) dat elke nationale wettelijke bepaling die voor de onderdanen van die staat geldt en die gewoonlijk het oog heeft op een duurzame activiteit van aldaar gevestigde ondernemingen, eveneens ten volle kan worden toegepast op werkzaamheden van tijdelijke aard uitgeoefend door in andere lid-staten gevestigde ondernemingen»⁵⁰.

Zoals Biancarelli⁵¹ het treffend uitdrukt kan men op grond van de bestaande rechtspraak er dan ook reeds van uitgaan «que le principe de non-discrimination dans le cadre de la libre prestation de services est conçu de façon plus positive et constructive que dans le cadre de la libre circulation des travailleurs et de la liberté d'établissement et ne se limite pas nécessairement à la simple règle du traitement national».

Niettemin is de vrijheid van dienstverlening niet onbeperkt. In het verdrag zelf komen een aantal uitzonderingen voor. Zo worden door art. 55 de werkzaamheden ter uitvoering van het openbaar gezag uitdrukkelijk aan de toepassing van art. 59 onttrokken en staat art. 56 de lid-staten toe om dienstverrichters uit andere lid-staten aan (zelfs discriminerende) toezichtsregelingen te onderwerpen die gegrond zijn op overwegingen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.

Het Hof heeft evenwel naar analogie met zijn rechtspraak inzake art. 30 e.v.⁵² een aantal voorwaarden ontwikkeld waaronder de lid-staten van het fundamentele principe gesteld in art. 59 mogen afwijken. Deze in zijn rechtspraak ontwikkelde «rule of reason» houdt in dat het de lid-staten niet verboden is aan de dienstverrichter specifieke eisen te stellen wegens de toepasselijkheid van bepaalde regels⁵³, waarbij die regelingen evenwel aan vier voorwaarden moeten voldoen:

1) zij moeten hun rechtvaardiging vinden in het algemeen belang. Het betreft hier met name regels die verband houden met de organisatie, bekwaamheid, beroepsethiek, toezicht en aansprakelijkheid⁵⁴;

⁴⁹ CLOUGH, M., FORWOOD, N., «The Single European Act and free movement-legal implications for the completion of the internal market», *E.L.R.*, 1986, 388, 389; voor een gelijkaardige benadering zie het arrest Webb (voetnoot 45).

⁵⁰ Arrest Webb, r.o. 16, zie voetnoot 45.

⁵¹ BIANCARELLI, J., *l.c.*, 40.

⁵² H.v.J., Rewe t. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 120/78, 20 februari 1979, *Jur.*, 1979, 649 (Cassis de Dijon-arrest); zie ook MERTENS DE WILMARS, J., «De communautaire rechtspraak over het vrij verkeer van goederen», *R.W.*, 1984-85, 1 e.v.

⁵³ Arrest Van Wesemael, r.o. 28, en arrest Webb, r.o. 16, zie voetnoot 45.

⁵⁴ Arrest Van Binsbergen, r.o. 12, zie voetnoot 18.

2) de dienstverrichter mag niet reeds in zijn lid-staat van vestiging aan gelijkaardige regels onderworpen zijn⁵⁵;

3) het moet onmogelijk zijn voor de lid-staat waar de dienst verricht wordt, om andere, minder beperkende regels toe te passen, die tot hetzelfde resultaat leiden: m.a.w. die regels moeten objectief noodzakelijk zijn (proportionaliteitsregel)⁵⁶;

4) die regelingen mogen niet formeel discrimineren tussen vreemde dienstverrichters en eigen ingezetenen, m.a.w. zij moeten gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de betrokken staat werkzaam is⁵⁷.

2. Het arrest van 4 december 1986: Commissie t. BRD

A. De grieven van de Commissie

In de Bondsrepubliek Duitsland zijn de verzekeringsmaatschappijen, met inbegrip van die welke in een andere lid-staat zijn gevestigd, onderworpen aan het Versicherungsaufsichtsgesetz (hierna: VAG). Par. 105, lid 1, VAG bepaalt dat *buitenlandse* verzekeringsmaatschappijen die in de Bondsrepubliek door vertegenwoordigers, gevolmachtigden, agenten en andere tussenpersonen het directe verzekeringsbedrijf willen uitoefenen, in het bezit moeten zijn van een *vergunning*. Blijkens § 106, lid 2, VAG moeten deze ondernemingen bovendien een *vestiging* in de Bondsrepubliek hebben waar alle op deze vestiging betrekking hebbende handelsbescheiden beschikbaar moeten zijn, en moet van het daar gevestigde bedrijf een afzonderlijke boekhouding worden bijgehouden. Het VAG voorziet in twee uitzonderingen op die bepalingen:

— bepaalde transportverzekeringen vallen niet onder die vereisten;

— inzake *co-assurantie* is bepaald dat buitenlandse verzekeringsmaatschappijen waarvan het hoofdkantoor in een lid-staat is gevestigd, niet aan het VAG zijn onderworpen voor zover zij deelnemen aan de co-assurantie van binnen de Gemeenschap gelegen risico's en op voorwaarde dat de eerste verzekeraar bevoegd is die risico's in de Bondsrepubliek ook alleen te dekken, wat voor hem neerkomt op een vestigings- en vergunningsvereiste. Aan de minister van Financiën wordt tevens de bevoegdheid verleend om de omvang te bepalen van de risico's die door deze co-assurantie mogen worden gedekt; dit gebeurde bij circulaire.

Teineinde de naleving van het ingestelde systeem te verzekeren is het bemiddelen bij en het afsluiten van verzekeringsovereenkomsten voor een onderneming die niet de vereiste vergunning bezit, onderworpen aan strafbepalingen.

Een Duitse verzekeringsmakelaar werd tot een hoge boete veroordeeld door het Kammergericht te Berlijn omdat hij gedurende een aantal jaren gezorgd had voor het sluiten van verzekeringscontracten voor in Duitsland gelegen risico's met verzekeringsmaatschappijen uit het Verenigd Koninkrijk die niet de vereiste Duitse vergunning bezaten, noch voldeden aan het vestigingsvereiste. Het Duitse ge-

⁵⁵ Arrest Van Wesemael, r.o. 30 en arrest Webb, r.o. 20, zie voetnoot 45.

⁵⁶ Arrest Coenen, r.o. 10, zie voetnoot 45.

⁵⁷ Arrest Van Binsbergen, r.o. 12, zie voetnoot 18, en arrest Van Wesemael, r.o. 28, zie voetnoot 45.

recht besliste dat deze vereisten van de Duitse wetgeving niet in strijd waren met de regels inzake vrije dienstverlening binnen de EG. Zonder het nodig te achten een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie, was het van oordeel dat de Duitse reglementering bedoeld is als waarborg voor de bescherming van de verzekeringnemers en verzekerden en dat, nu de eerste coördinatie-richtlijn niet alle aspecten van toezicht in de lid-staten harmoniseert, de Bondsrepubliek haar eigen reglementering mocht toepassen waarvan de naleving alleen via dat vergunnings- en vestigingsvereiste gewaarborgd kan worden⁵⁸. Geruggesteund door het Verenigd Koninkrijk richtte deze veroordeelde verzekeringsmakelaar zich tot de Commissie. Deze daagde de BRD voor het Hof op grond van art. 169 EEG-Verdrag en voerde de volgende grieven aan:

1) Het vergunnings- en vestigingsvereiste dat gesteld wordt aan iedere dienstverrichter in de directe verzekeringssector (met uitzondering van de transportverzekeringen), en het daaraan verbonden verbod voor in de Bondsrepubliek gevestigde tussenpersonen om aan ingezetenen verzekeringsovereenkomsten aan te bieden van in een andere lidstaat gevestigde verzekeraars, zijn in strijd met de artt. 59 en 60 EEG-Verdrag.

2) De verplichting inzake co-assurantie voor de eerste verzekeraar om in het geval van in de Bondsrepubliek Duitsland gelegen risico's, aldaar gevestigd te zijn en in het bezit te zijn van een vergunning om er de verzekerde risico's ook alleen te dekken is in strijd met een juiste toepassing van de co-assurantierichtlijn en van de artt. 59 en 60 EEG-Verdrag.

3) Door het vaststellen van te hoge minima voor bepaalde door co-assurantie gedekte risico's zodat co-assurantie als dienst voor risico's beneden die minima wordt uitgesloten, is de Duitse Bondsrepubliek eveneens de verplichtingen die op haar rusten krachtens de co-assurantierichtlijn en de artt. 59 en 60 EEG-Verdrag niet nagekomen⁵⁹.

De Commissie heeft tijdens de procedure gepreciseerd dat de eerste grief ook betrekking heeft op de *levensverzekeringen*, maar *niet* op de *verplichte* verzekeringen.

B. De positie van het Hof

1° Het vrij verrichten van diensten in de verzekeringssector in het algemeen.

Zoals reeds hiervoren vermeld werd, is het niet altijd gemakkelijk om «vestiging» en «dienstverrichting» van elkaar te onderscheiden. Gezien het verschillend regime waaronder beide vrijheden vallen en het gevaar dat ondernemingen hiervan gebruik zouden maken om zich te onttrekken aan de vestigingsregels van de lid-staat waar de dienst wordt verricht⁶⁰, was het voor het Hof noodzakelijk

om eerst het toepassingsgebied van die twee vrijheden af te bakenen.

Het Hof heeft deze problemen onderkend en gezocht naar een, zoals Biancarelli⁶¹ het noemt, *pragmatische* oplossing. Zo overweegt het (r.o. 21) «dat een verzekeringsonderneming uit een andere lid-staat, die in de betrokken lid-staat duurzaam aanwezig is, onder de verdragsbepalingen inzake het recht van vestiging valt, ook indien die aanwezigheid niet de vorm heeft van een bijkantoor of een agentschap, maar enkel van een eenvoudig bureau, beheerd door eigen personeel van de onderneming of door een zelfstandig persoon die echter gemachtigd is duurzaam voor die onderneming op te treden zoals een agentschap zou doen», om te besluiten «dat het bij de dienstverrichtingen waarop het onderzoek moet worden gericht teneinde op het onderhavige beroep te kunnen beslissen, uitsluitend gaat om verzekeringsovereenkomsten betreffende in een lidstaat gelegen risico's, die door een in die staat gevestigde of woonachtige verzekeringnemer worden gesloten met een in een andere lid-staat gevestigde verzekeraar die in eerstbedoelde staat *niet duurzaam aanwezig is en wiens werkzaamheid ook niet geheel of voornamelijk op het grondgebied van die staat is gericht*» (r.o. 24).

Zodra het onderscheid is gemaakt tussen «vestiging» en «vrije dienstverlening», staat niets het Hof meer in de weg om de vereisten van vestiging en vergunning zoals bepaald in de Duitse wetgeving te toetsen op hun verenigbaarheid met de artt. 59 en 60 EEG-Verdrag. Het Hof omschrijft eerst duidelijk de inhoud van de verplichting in de artt. 59 en 60 door te overwegen dat «deze artikelen de opheffing (verlangen) *niet enkel* van iedere discriminatie van de dienstverrichter uit hoofde van zijn nationaliteit, *maar ook van iedere beperking* op het vrij verrichten van diensten uit hoofde van de omstandigheid dat de dienstverrichter gevestigd is in een andere lid-staat dan die waar de dienst moet worden verricht» (r.o. 25)⁶². Na te hebben verwezen naar zijn rechtspraak m.b.t. het doel van art. 60, eerste lid⁶³, hanteert het Hof evenwel ook hier onmiddellijk de door hem ontwikkelde «rule of reason» (cf. supra) dat aan de dienstverrichter bepaalde specifieke eisen kunnen worden gesteld indien aan een aantal voorwaarden die het Hof in herinnering brengt, is voldaan (r.o. 26, 27 en 29)⁶⁴. Het Hof onderzoekt dan die voorwaarden.

Inzake het *bestaan van een belang* dat bepaalde beperkingen op het vrij verrichten van diensten op verzekeringsgebied rechtvaardigt, oordeelt het Hof dat de verzekeringssector vanuit het oogpunt van de bescherming van de consument als verzekeringnemer en verzekerde een bijzonder gevoelige sector is. Het Hof neemt hiervoor vier elementen in aanmerking (r.o. 30 en 31):

— het specifieke karakter van de door de verzekeraar te verrichten dienst, die afhankelijk is van toekomstige gebeurtenissen waarvan op het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten, onzeker is of, of in ieder geval wanneer, zij zich zullen voordoen;

— de moeilijke situatie waarin een verzekerde kan

⁵⁸ KG, 22 april 1983, *RIW*, 1983, 856.

⁵⁹ Aan de drie andere lid-staten tegen wie een inbreukprocedure werd ingesteld (zie voetnoot 2) werd slechts, hoewel zij een inhoudelijk nagenoeg identieke reglementering hebben als de Duitse wetgeving, ten laste gelegd dat zij de co-assurantierichtlijn niet correct hebben getransponeerd in hun nationaal recht. De bezwaren in deze zaken door de Commissie aangebracht stemmen grotendeels overeen met de tweede en derde grief in de zaak tegen de BRD.

⁶⁰ Arrest Van Binsbergen, r.o. 13, zie voetnoot 18.

⁶¹ BIANCARELLI, J., *l.c.*, 43.

⁶² Wij cursiveren.

⁶³ Zie voetnoot 50.

⁶⁴ Zie voetnoot 53.

komen te verkeren na een schadegeval waarvoor hij geen vergoeding ontvangt;

— de moeilijkheid voor de verzekeringnemer om te beoordelen of de vooruitzichten m.b.t. de ontwikkeling en de — meestal door de verzekeraar gedicteerde — contractuele bepalingen hem voldoende waarborg bieden dat een eventuele schade ook zal worden vergoed;

— de verzekering is een massaverschijnsel geworden zodat de waarborging van de belangen van de verzekerden en derden-benadeelden nagenoeg de hele bevolking raakt.

Dit heeft, aldus het Hof, de lid-staten er dan ook toe gebracht om dwingende wettelijke maatregelen in te voeren zowel m.b.t. de financiële situatie van de verzekeringsondernemingen, als de door hen toegepaste verzekeringsvoorwaarden, en de naleving ervan aan een voortdurend toezicht te onderwerpen (r.o. 32).

Het Hof komt dan ook tot de conclusie dat er dwingende redenen van algemeen belang bestaan die beperkingen op het vrij verrichten van diensten kunnen rechtvaardigen (r.o. 33).

Inzake de voorwaarde of *het algemeen belang niet reeds door de bepalingen van de staat van vestiging wordt gewaarborgd*, is de cruciale vraag die zich voor het Hof voordoet of de eerste twee coördinatie-richtlijnen (nl. nr. 73/239 en nr. 79/267) (vrijheid van vestiging) voorzien in voorwaarden voor de uitoefening van het verzekeringsbedrijf, die voor de gehele gemeenschap gelijkwaardig genoeg zijn, evenals in voldoende doeltreffende toezichtsmogelijkheden zodat de lid-staten de beperkingen aan de vreemde ondernemingen die een dienst verrichten, volledig of gedeeltelijk kunnen opheffen.

Hierop meent het Hof ontkennend te moeten antwoorden. De volgende elementen zijn hiervoor determinerend:

— die twee richtlijnen hebben geen betrekking op werkzaamheden die onder dienstverlening in de zin van het verdrag vallen;

— wat de financiële situatie van de verzekeringsondernemingen betreft, zijn er wel gedetailleerde bepalingen over de solvabiliteit van de ondernemingen en het toezicht daarop door de controle-autoriteit van de lid-staat van het hoofdkantoor, zelfs voor werkzaamheden in de vorm van dienstverrichting, maar de lid-staat waar de dienst verricht wordt, mag zelf niet tot controles overgaan (r.o. 37). Tevens is er geen harmonisatie wat betreft de technische reserves: deze blijven aldus onderworpen aan de wetgeving van iedere lid-staat inzake de modaliteiten van berekening ervan en bepaling van aard en waarderingswijze van de ertegenover staande activa. De afschaffing van het vereiste van localisatie van die activa in elke lid-staat waar werkzaamheden worden verricht, komt alleen voor in het ontwerp-tweede richtlijn (r.o. 38 en 39);

— m.b.t. de verzekeringsvoorwaarden is in die twee coördinatie-richtlijnen in geen enkele harmonisatie voorzien en is het aan iedere lid-staat van werkzaamheid overgelaten erop toe te zien dat bij op zijn grondgebied uitgeoefende werkzaamheden zijn eigen dwingende bepalingen worden nageleefd (r.o. 40).

Het Hof stelt dus vast dat er nog aanzienlijke verschillen bestaan in de nationale bepalingen inzake de technische reserves en voorzieningen en de verzekeringsvoorwaarden zodat de lid-staat waar de dienst wordt verricht, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht de naleving van zijn

eigen reglementering mag eisen en controleren (r.o. 41).

Inzake de *noodzaak van de vergunningsregeling* (proportionaliteitsregel) werd het Hof geconfronteerd met twee tegenover elkaar staande visies:

— De Commissie wilde de staat waar de dienst wordt verricht, niet het recht ontzeggen van een zeker toezicht, zelfs a priori, op verzekeringsondernemingen die op zijn grondgebied diensten verrichten, maar beschouwt een vergunningsregeling als te dwingend.

— De Duitse regering en de haar ondersteunende lid-staten (België, Denemarken, Frankrijk, Ierland, Italië) waren daarentegen van mening dat het noodzakelijk toezicht niet kon worden uitgeoefend buiten het kader van een vergunningsregeling, die het mogelijk maakt zowel voor als tijdens de uitoefening van de werkzaamheden toezicht te houden, eventueel via intrekking van de vergunning.

Het Hof is de tweede stelling gevolgd. Daartoe overweegt het als volgt (r.o. 44 en 45):

— in alle lid-staten is het toezicht op de verzekeringsondernemingen geregeld in het kader van een vergunningsstelsel;

— een dergelijk stelsel komt trouwens voor in beide coördinatie-richtlijnen voor elke verzekeringsonderneming die zich vestigt via hoofd- of bijkantoor, waarbij in elke lid-staat van vestiging een vergunning vereist is;

— ook in het ontwerp-tweede richtlijn (vrijheid van dienstverlening) wordt voorzien in een dergelijk stelsel waarbij voor iedere lid-staat waar een verzekeringsonderneming diensten wil verrichten, een vergunning vereist wordt die echter afgeleverd en beheerd wordt door de lid-staat van vestiging. Daartoe is evenwel voorzien in een nauwe samenwerking tussen de controle-overheden.

Het Hof oordeelt dan ook dat alleen het vergunningsvereiste een probaat middel is om het toezicht te waarborgen. Hoewel de Duitse regeling afwijkt van het systeem zoals geregeld in het ontwerp-tweede richtlijn (vrijheid van dienstverlening) waarbij het beheer van de vergunningsregeling wordt opgedragen aan de lid-staat van vestiging in nauwe samenwerking met de staat waar de dienst wordt verricht, kan het Hof niet anders dan vaststellen dat, *bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht*, het de staat is waar de dienst wordt verricht, die de vergunning kan verlenen en intrekken (r.o. 46). Daaruit blijkt ondertussen wel dat de voorkeur van het Hof uitgaat naar een vergunningsstelsel dat beheerd wordt door de lid-staat van vestiging⁶⁵.

Niettemin stelt het Hof strenge voorwaarden aan het beheer van de vergunning door de lid-staat waar de dienst wordt verricht:

— die vergunning moet op eerste aanvraag afgegeven aan iedere in een andere lid-staat gevestigde onderneming die voldoet aan de voorwaarden van de wetgeving van de

⁶⁵ Vermeld moge misschien worden dat het Hof in de zaak tegen Denemarken de grief van de Commissie als zou de Deense wetgeving die van in Denemarken gevestigde verzekeringsondernemingen en van Deense kantoren van in andere lid-staten gevestigde ondernemingen verlangt dat zij een bijzondere vergunning hebben om in andere lid-staten diensten te kunnen verrichten, strijdig is met het verdrag, verworpen heeft onder verwijzing naar het ontwerp-tweede richtlijn (vrij verrichten van diensten) dat in zijn art. 8, lid 1, in een dergelijk systeem voorziet (zie arrest Commissie t. Denemarken r.o. 27, 28 en 29).

staat waar de dienst wordt verricht;

— die voorwaarden mogen geen onnodige herhaling zijn van overeenkomstige wettelijke voorwaarden waaraan reeds in de vestigingsstaat is voldaan;

— rekening moet worden gehouden met reeds in de vestigingsstaat verrichte controles en verificaties.

We vinden hier aldus de reflectie terug van de jurisprudentie van het Hof in de zaak Webb⁶⁶ waar het Hof eveneens m.b.t. een gevoelige materie, nl. bureaus voor arbeidsbemiddeling, voor recht verklaarde dat «art. 59 er niet aan in de weg (staat) dat een lid-staat die een vergunning eist van ondernemingen die arbeidskrachten ter beschikking stellen, een in een andere lid-staat gevestigde dienstverrichter die dergelijke werkzaamheden op zijn grondgebied uitoefent verplicht aan deze voorwaarde te voldoen, ook indien deze over een door de staat van vestiging afgegeven vergunning beschikt, met dien verstande evenwel dat de lid-staat waar de dienst wordt verricht, bij het onderzoek van de aanvragen en bij de afgifte van de vergunning geen enkel onderscheid maakt op grond van de nationaliteit of de plaats van vestiging van de dienstverrichter, en bovendien rekening houdt met de bewijsstukken en waarborgen die de dienstverrichter voor de uitoefening van zijn werkzaamheden in de lid-staat van vestiging reeds heeft verschaft».

Dit is een klassieke toepassing van de evenredigheidsregel die we ook in de rechtspraak m.b.t. het vrije goederenverkeer terugvinden wat betreft de toelaatbaarheid van grenscontroles of voorafgaande keurings- of toelatingsprocedures⁶⁷.

Aangezien aan bovenvermelde vereisten voldaan is volgens de Duitse regering en de Commissie niet het bewijs van het tegendeel levert, aanvaardt het Hof de Duitse vergunningsregeling.

Deze conclusie van het Hof heeft echter een *beperkte draagwijdte*: het Hof vraagt zich namelijk af of het Duitse vergunningsvereiste dat voor alle verzekeringen, met uitzondering van de transportverzekeringen, geldt, in zijn algemeenheid gerechtvaardigd is. De Britse regering had er namelijk op gewezen dat vooral voor bedrijfsverzekeringen het vrije dienstenverkeer van belang is en dat juist voor deze tak van verzekeringen de bescherming van de verzekeringnemer een minder belangrijke rol speelt. Het Hof stelt bovendien vast dat in het ontwerp-tweede richtlijn (vrije dienstverlening) voor dit soort verzekeringen met die overwegingen rekening is gehouden door in een liberaal regime te voorzien waarbij de lid-staten geen dwingende bepalingen kunnen toepassen. Dit leidt het Hof ertoe op te merken dat een vergunningsvereiste slechts mag worden gehandhaafd voor zover het gerechtvaardigd is om redenen van de bescherming van verzekeringnemer en verzekerde. Het erkent «dat deze redenen niet in de gehele verzekeringssector hetzelfde gewicht hebben en dat er zelfs gevallen kunnen zijn waarin het, wegens de aard van het verzekerde risico en de persoon van de verzekeringnemer niet nodig is deze te beschermen door toepassing van de dwingende bepalingen

van zijn nationaal recht» (r.o. 49).

Het onderscheid tussen bedrijfsverzekeringen en massaverzekeringen is evenwel niet altijd eenvoudig⁶⁸ en het Hof oordeelt terecht dat het op basis van de feitelijke en juridische gegevens waarover het beschikt niet in staat is om dat onderscheid te maken en aldus die gevallen aan te wijzen waarin de beschermingsvereisten geen vergunningsvereiste rechtvaardigen.

De *noodzaak van het vereiste van een vaste inrichting* vormde voor het Hof wel het meest delicate probleem: enerzijds vormt een dergelijke verplichting in feite de *ontkenning van de vrije dienstverlening zelf*, anderzijds rijst de vraag of het voor de lid-staat waar de dienst verricht wordt en die belast is met het beheer van de vergunning, mogelijk is om zonder dat vereiste een efficiënt toezicht te onderhouden in het kader van dat beheer. Op deze laatste vraag meent de Duitse regering ontkennend te moeten antwoorden.

Het Hof herhaalt vooreerst zijn reeds vroeger gedane vaststelling⁶⁹ dat, terwijl een vergunningsvereiste een beperking op het vrij verrichten van diensten vormt, het vereiste van een vaste inrichting in feite de ontkenning van die vrijheid is en ertoe leidt dat aan art. 59 EEG-Verdrag, dat juist strekt tot opheffing van de beperkingen op het vrij verrichten van diensten door personen die niet gevestigd zijn in de staat waar de dienst moet worden verricht, ieder nuttig effect wordt ontnomen.

Het zal dus het proportionaliteitsvereiste *streng* beoordelen: het vestigingsvereiste moet *onmisbaar* zijn (r.o. 52). In korte, maar krachtige termen beslist het Hof, onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak⁷⁰ dat overwegingen van administratieve aard een afwijking door een lid-staat van het gemeenschapsrecht niet kunnen rechtvaardigen; een beginsel dat nog meer kracht krijgt wanneer het wordt toegepast in het domein van een der door het verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden. Het is aldus niet voldoende dat de taak van de toezichthoudende overheid van de staat waar de dienst wordt verricht, wordt vergemakkelijkt: er moet worden aangetoond dat zij ook in het kader van een vergunningsregeling haar taak niet doeltreffend kan vervullen indien de onderneming in de betrokken lid-staat niet over een vaste inrichting beschikt waar alle noodzakelijke documenten aanwezig zijn (r.o. 54). Een dergelijk bewijs acht het Hof niet geleverd (r.o. 55):

— voor de activa die tegenover de technische reserves voor de op zijn grondgebied uitgeoefende werkzaamheden staan, mag de lid-staat waar die diensten verricht worden, eisen dat zij op zijn grondgebied gelokaliseerd zijn, zodat een controle ter plaatse mogelijk is zonder vaste inrichting;

— alle andere vormen van controle kunnen worden uitgevoerd op basis van afschriften van balansen, rekeningen en andere bedrijfsdocumenten zoals verzekeringsvoorwaarden en programma's van werkzaamheden die vanuit de staat van vestiging worden toegezonden na voor echt te zijn verklaard.

⁶⁶ Zie voetnoot 45.

⁶⁷ H.v.J., 251/78, Denavit Futtermittel GmbH t. Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen, 8 november 1979, *Jur.*, 1979, 3369; H.v.J., 272/809, Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten BV, 17 december 1981, *Jur.*, 1981, 3277.

⁶⁸ FAVRE, H., *l.c.*, 246.

⁶⁹ Arrest Van Binsbergen, r.o. 11, zie voetnoot 18; arrest Coenen, r.o. 7, zie voetnoot 45; arrest Transporoute, r.o. 14, zie voetnoot 47.

⁷⁰ H.v.J., 29/82, F. van Luypen en Zn BV tegen een opgelegde tuchtmaatregel, 3 februari 1983, *Jur.*, 1983, 163, r.o. 12.

In feite gaat het Hof ervan uit dat een vergunningsregeling voldoende ruimte biedt voor de lid-staten om hun toezichtstaak *daadwerkelijk* te kunnen uitoefenen, dit door dreiging met intrekking van de vergunning. Opgemerkt zij dat ook reeds in zijn rechtspraak m.b.t. het vrij goederen-verkeer⁷¹ het Hof de vereiste van een vestiging in de lid-staat van invoer als een maatregel van gelijke werking beschouwt die niet kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van art. 36 EEG-Verdrag.

Het besluit van het Hof m.b.t. de eerste grief is dat de BRD haar verdragsverplichtingen niet is nagekomen door in het VAG een vestigingsverplichting op te nemen voor verzekeringsondernemingen uit de Gemeenschap, die in die lid-staat via zelfstandige tussenpersonen diensten willen verrichten op het gebied van de directe verzekering (met uitzondering van de transportverzekering), maar dat dit niet geldt m.b.t. de verplichte verzekeringen en de verzekeringen waarvoor de verzekeraar ofwel een duurzame of, met een bijkantoor of agentschap op één lijn te stellen vorm van aanwezigheid onderhoudt ofwel zijn werkzaamheden geheel of voornamelijk op het grondgebied van de BRD richt.

2° Het specifieke probleem van de co-assurantie

In haar tweede grief verweet de Commissie de BRD dat zij aan de eerste verzekeraar, zijnde de co-assurateur die de verzekerings- en tarifieringscondities vaststelt, een vergunnings- en vestigingsvereiste oplegt. Zij meent nl. in de logica van haar eerste grief dat, aangezien een vergunnings- en vestigingsvereiste m.b.t. de verzekeringssector in het algemeen in strijd is met de artt. 59 en 60 EEG-Verdrag, er geen enkele reden is om onderscheid te maken tussen de situatie van een verzekeraar in het algemeen en die van een eerste verzekeraar in het bijzonder. Hoewel zij erkent dat de co-assurantierichtlijn op dit punt onduidelijk is, stelt zij dat deze in overeenstemming met het verdrag moet worden uitgelegd.

De Duitse regering verwees daarentegen naar art. 2, lid 1, sub c, van de co-assurantierichtlijn, dat bepaalt dat «voor de dekking van dit risico de eerste verzekeraar (is) toegelaten onder de bij de eerste coördinatie-richtlijn bepaalde voorwaarden, wat inhoudt dat hij wordt behandeld als ware hij de verzekeraar die het volledige risico dekt» om dit vestigings- en vergunningsvereiste voor de eerste verzekeraar te rechtvaardigen.

Het Hof geeft toe dat er onduidelijkheid bestaat over de interpretatie van genoemde bepaling uit deze richtlijn. Onmiddellijk voegt het er echter aan toe dat, wanneer een bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht voor meer dan één uitlegging vatbaar is, de uitlegging die de bepaling in overeenstemming doet zijn met het verdrag, de voorkeur

verdient boven die welke ermee in strijd zou zijn⁷² zodat de verdragsbepalingen zelf onderzocht moeten worden en de uitkomst hiervan moet worden gebruikt voor de uitlegging van de richtlijn (r.o. 62).

Inzake het *vestigingsvereiste* is het Hof zeer kort: het heeft, voor de verzekeringssector in het algemeen, de onverenigbaarheid van het vestigingsvereiste vastgesteld zodat voor de eerste verzekeraar een dergelijk vereiste niet op de co-assurantierichtlijn kan worden gebaseerd (r.o. 63).

Maar ook het *vergunningsvereiste* wordt door het Hof verworpen:

— de rechtvaardiging uit hoofde van de bescherming van de consument is van minder gewicht; de richtlijn heeft enkel betrekking op verzekeringen tegen risico's waarvan de aard en de omvang zodanig zijn dat voor de verzekering ervan de deelneming van verscheidene verzekeraars nodig is; voor bepaalde risico's zoals levensverzekering, ongeval- en ziekteverzekering of aansprakelijkheid motorvoertuigen geldt zij niet. De verzekeringnemers zijn dus grote ondernemingen of groepen van ondernemingen die in staat zijn de hun aangeboden polissen te beoordelen en af te sluiten;

— door de co-assurantierichtlijn is er reeds een noodzakelijk minimum aan coördinatie inzake de uitoefening van het communautaire co-assuratiebedrijf en wordt een bijzondere samenwerking tot stand gebracht tussen de controleoverheden van de lid-staten onderling en die overheden en de Commissie, dit i.t.t. de verzekeringssector in het algemeen waar men nog wacht op een tweede richtlijn inzake het vrij verrichten van diensten;

— er is geen enkele objectief te rechtvaardigen reden waarom de eerste verzekeraar anders zou worden behandeld dan de andere co-assurateurs: het is niet omdat hij zorgt voor het sluiten en uitvoeren van de verzekeringsovereenkomst dat hij ook het grootste deel van het risico dekt.

Toetsing aan de criteria zoals vastgelegd voor het onderzoek in de verzekeringssector in het algemeen leidt het Hof er aldus toe om inzake co-assurantie te besluiten tot de onverenigbaarheid van het vestigings- en vergunningsvereiste met de artikelen 59 en 60 EEG-Verdrag en de co-assurantierichtlijn.

In haar derde grief verweet de Commissie de BRD dat zij te hoge minima heeft vastgesteld voor bepaalde risico's waaronder communautaire co-assurantie niet mogelijk is. De BRD heeft deze minima vastgesteld ter concretisering van het begrip «risico's waarvan de aard of de omvang zodanig is dat voor de verzekering ervan de deelneming van verscheidene verzekeraars nodig is» zoals dit in de co-assurantierichtlijn is bepaald (art. 1, lid 2).

Tijdens de procedure heeft de Commissie gepreciseerd dat haar grief in feite gericht was tegen het bestaan zelf van dergelijke minima. Zij trok hiermee in zekere zin de logische consequentie uit haar stelling dat ieder vergunnings- en vestigingsvereiste ter zake van het vrij verrichten van diensten in strijd is met de artt. 59 en 60 EEG-Verdrag: er mag immers inzake deze twee vereisten geen enkel verschil meer bestaan tussen co-assurantietransacties die wel en die welke niet onder de bepalingen van de co-assurantiericht-

⁷¹ H.v.J., 155/82, Commissie t. België, 2 maart 1983, *Jur.*, 1983, 531; zie ook H.v.J., 247/81, Commissie t. Duitsland, 28 februari 1984, *Jur.*, 1984, 1111; H.v.J., 87 en 88/85, Laboratoires Legia en Cophalux t. Minister van Volksgezondheid, 27 mei 1986, nog niet gepubliceerd. Zie eveneens art. 2, lid 3, sub g, van de richtlijn van de Commissie van 22 december 1969 houdende opheffing van de maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen (*P.B.*, 1970, L 13, 29).

⁷² H.v.J., 218/82, Commissie t. Raad, 13 december 1983, *Jur.*, 1983, 4075, r.o. 15.

lijn vallen zodat de lid-staten bij de omzetting van de richtlijn in nationaal recht de vrijstelling van deze twee vereisten niet mogen beperken tot co-assuradeuren die deelnemen aan verzekeringswerkzaamheden die, volgens de opvatting van iedere staat afzonderlijk, binnen het toepassingsgebied van de richtlijn vallen.

Vrij gemakkelijk verwerpt het Hof deze argumentatie van de Commissie: aangezien het beslist heeft dat inzake co-assurantie het vrij verrichten van diensten aan geen vergunnings- en vestigingsvereiste mag worden onderworpen, terwijl buiten die sector vrije dienstverlening wel afhankelijk mag worden gesteld van een vergunningsvereiste, is er een nauwkeurig criterium vereist om het onderscheid te maken tussen communautaire co-assurantie en andere verzekeringswerkzaamheden; dit criterium wordt nu juist geleverd door deze minima⁷³.

3. Draagwijdte van het arrest

A. Het vrij verrichten van diensten in het algemeen

Het Hof trekt in dit arrest consequent een reeds in voorgaande arresten m.b.t. het vrij verrichten van diensten aangevangen jurisprudentie door die streeft naar een ruimere interpretatie van het vrijheidsbegrip in art. 59. Zijn ietwat gewijzigde formulering maakt deze evolutie nu meer expliciet. Hier laat zich meteen het parallellisme met de rechtspraak inzake het vrij goederenverkeer voelen zonder dat het Hof dit ook uitdrukkelijk zegt. Terwijl traditioneel de vrijheid van dienstverlening sterk aanstoot bij de vestigingsvrijheid, wat o.a. tot uiting komt in art. 60, derde lid, opent het benadrukken van de zelfstandigheid van eerstgenoemde — er is immers ook sprake van dienstverlening wanneer de ontvanger van de dienst zich verplaatst naar de lid-staat waar de dienstverrichter gevestigd is⁷⁴ of wanneer de dienst verricht wordt zonder enige verplaatsing⁷⁵ — inderdaad perspectieven naar een gelijke behandeling van de vrijheid van dienstverlening en het vrij goederenverkeer. Aansluitend op de door haar in het «Groenboek 1984»⁷⁶ verdedigde visie had de Commissie dan ook in de hier behandelde zaak verdedigd dat de artikelen 30 (vrij goederenverkeer) en 59 op dezelfde wijze dienen te worden uitgelegd. De scheidingslijn tussen goederenverkeer en dienstenverkeer is trouwens niet altijd gemakkelijk waar te nemen, vooral dan in de media- en communicatiesector⁷⁷.

Dit parallellisme brengt ook mee dat de *bescherming van de consument* nu voor de eerste maal uitdrukkelijk als rechtvaardiging voor bepaalde nationale regelingen in het kader van de dienstverlening aanvaard wordt. Toch legt het Hof ook hier een grote nadruk op het *proportionaliteitsvereiste*, zowel wat het vereiste van een vergunning als dat van een vaste inrichting betreft.

Het arrest geeft aldus blijk van een positieve, maar realistische benadering van het vrij dienstenverkeer in het algemeen. Toch moet nog worden opgemerkt dat, hoewel het Hof erkent dat het vereiste van een vaste inrichting in feite de ontkenning van het vrij verrichten van diensten is, het toch dat vereiste blijft onderzoeken in het kader van de artt. 59 en 60 EEG-Verdrag. Dit lijkt o.i. een vrij moeilijke werkwijze.

B. Het vrij verrichten van diensten binnen de verzekeringssector

Onmiddellijk stelt men zich na de lectuur van dit arrest de vraag of het al dan niet een stap vooruit betekent in de verwezenlijking van de vrije dienstverlening in de verzekeringssector. Het antwoord hierop moet genuanceerd zijn.

Positief is dat het Hof bepaalt wanneer een onderneming moet worden beschouwd als zijnde gevestigd in een lidstaat: zij is dit nl. wanneer zij in die lid-staat *duurzaam* aanwezig is of wanneer zij haar werkzaamheden geheel of voornamelijk op het grondgebied van die lid-staat richt. Voor verzekeringsondernemingen is volgens het Hof die duurzame aanwezigheid niet alleen de oprichting van een bijkantoor of agentschap, maar ook een permanente met een bijkantoor of agentschap op één lijn te stellen vorm van aanwezigheid, d.w.z. een eenvoudig bureau beheerd door personeel van de onderneming of een zelfstandig tussenpersoon die gemachtigd is om duurzaam voor die onderneming op te treden zoals een agentschap zou doen. Van groot belang voor dit vraagstuk zal dan in de praktijk ook de positie van de zelfstandige tussenpersonen (verzekeringsagenten of -makelaars) zijn: zij kunnen nl. een belangrijke schakel zijn in de strategie van de buitenlandse verzekeraars bij het betreden en aftasten van vreemde markten en het moet voor deze verzekeraars mogelijk blijven om via deze tussenpersonen diensten te verrichten zonder meteen onder de vestigingsregels te vallen.

Het Hof schijnt nog slechts ruimte te laten voor het vrij verrichten van diensten via deze zelfstandige tussenpersonen voor zover zij geen verrichtingen doen welke normaal tot de bevoegdheid van de verzekeraar behoren, en zij niet

onder verwijzing naar zijn Sacchi-arrest (zaak 155/73, 30 april 1974, *Jur.*, 1974, 409) van oordeel was dat het uitzenden van televisieberichten, waaronder reclameboodschappen, ook via kabeltelevisie, onder de verdragsregels inzake het verlenen van diensten valt; zie eveneens H.v.J., 62/79, SA Compagnie générale pour la Diffusion de la Télévision, Coditel, e.a. t. SA Ciné Vog Films e.a., 18 maart 1980, *Jur.*, 1980, 881 e.v., waarin het filmbedrijf volgens het Hof onder het vrij verrichten van diensten valt. De verspreiding van video-cassettes valt daarentegen onder het vrij verkeer van goederen (arrest Cinéthique e.a. t. Fédération nationale des Cinémas français, gev. zaken 60 en 61/84, 11 juli 1985, nog niet gepubliceerd).

⁷³ Deze redenering van het Hof vindt men terug in de arresten Commissie t. Denemarken, r.o. 25, Commissie t. Frankrijk, r.o. 28, en Commissie t. Ierland, r.o. 28, zie voetnoot 2.

⁷⁴ H.v.J., gev. zaken 286/82 en 26/83, Luisi en Carbone t. Italiaanse Ministerie van de Schatkist, 31 januari 1984, *Jur.*, 1984, 377.

⁷⁵ MATTHIES, H., «Actuelle Rechtsentwicklungen auf dem Binnenmarkt der EG», in *Das Europäische Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen der Zukunft*, Baden-Baden, Nomos, 1985, 33.

⁷⁶ *Televisie zonder grenzen. Groenboek over het instellen van de gemeenschappelijke markt voor de omroep, met name via satelliet en kabel*, Brussel, 14 juni 1984, Com (84) 300 def., 143; zie ook reeds het «Algemeen Programma voor de opheffing van de beperkingen van het vrij verrichten van diensten» (P.B., 1962, 32 e.v.).

⁷⁷ STEINDORF, E., «Dienstleistungsfreiheit im EG-Recht», *RIW*, 1983, 834; vgl. H.v.J., 52/79, Strafgeding t. Marc J.V.C. Debaue e.a., 18 maart 1980, *Jur.*, 1980, 833 e.v., waarin het Hof

als diens mandataris kunnen optreden⁷⁸. Toch blijft de vraag wanneer er van een permanente en duurzame aanwezigheid van de buitenlandse verzekeraar via zelfstandige tussenpersonen kan worden gesproken, een moeilijk te beantwoorden feitelijke kwestie⁷⁹.

Uiteindelijk moeten we vaststellen dat het Hof de situaties waarin sprake is van een vestiging van de buitenlandse verzekeraars, zo ruim omschreven heeft dat in feite de mogelijkheid voor die verzekeraars om op te treden op de markt van een andere lid-staat in het kader van de vrije dienstverlening uiterst beperkt wordt...

Paradoxaal wordt aldus de vrijheid van dienstverlening ernstig beperkt door een andere vrijheid in het verdrag, nl. die van vestiging. Bovendien wordt de vergunningsregeling toegepast door de lid-staat waar de dienst wordt verricht, door het Hof aanvaard in het kader van de vrije dienstverlening. Toch kan men niet ontkennen dat ook deze een rem betekent op het vrij verrichten van diensten. Het Hof heeft in zijn arrest wel een *poortje opengelaten* voor verzekeringen waarvoor de bescherming van de consument van weinig of geen belang is (cf. supra, zie r.o. 49 van het arrest), nl. de zogenaamde commerciële verzekeringen of bedrijfsverzekeringen. Voor deze zou een vergunningsvereiste niet verantwoord zijn. Deze overweging is voor de verzekeringsondernemingen zeker niet zonder belang en de erin vastgeleg-

de toetsingsregel zou wel eens belangrijk kunnen zijn in een procedure voor de nationale rechter die dan een prejudiciële vraag kan stellen aan het Hof waarbij dit in de gelegenheid gesteld wordt om die overweging nader uit te leggen. Dit opent mogelijk perspectieven voor het vrij maken van het dienstenverkeer in de verzekeringssector.

Maar uiteindelijk zal het de communautaire wetgever moeten zijn die de verdergaande liberalisering van het vrij verrichten van diensten in de zo gevoelige verzekeringssector nader zal moeten regelen.

IV. Algemeen besluit

In zijn arresten inzake vrije dienstverlening (4 december 1986) en vrije vestiging (28 januari 1986) in de verzekeringssector heeft het Hof nog eens duidelijk de principiële inhoud en draagwijdte van die twee fundamentele vrijheden omschreven. Terwijl de vrijheid van vestiging door het Hof in aansluiting bij zijn vroegere rechtspraak, op klassieke wijze wordt toegepast, blijkt het evenwel wat de vrijheid van dienstverlening betreft, nu expliciet een opening te maken naar een ruimere interpretatie van dit vrijheidsbegrip. Maar uit het arrest van 4 december 1986 blijkt ook hoe moeilijk het is om in bepaalde sectoren van het economisch leven op jurisprudentiële wijze aan het communautair dienstenverkeer de plaats te doen toekomen die het volgens het verdrag naast het vrij vestigingsrecht moet innemen.

Jan STEENLANT
Assistent UIA

Hendrik VANHEES
Assistent UIA

DE HOOFDELIJKHEID ALS SOCIAALRECHTELIJK STRIJDWAPEN TEGEN DE «ONGRIJPBARE» KOPPELBAZEN (artt. 30bis en ter van de wet van 27 juni 1969)¹

In het midden van de jaren zeventig sloeg de economische crisis eveneens toe in de bouwsector. Ten einde hun

marktaandeel te behouden of te vergroten deden vele bouwmaatschappijen of andere opdrachtgevers al te graag een beroep op koppelbazen, te weten personen of vennootschappen die illegale werknemers ter beschikking stelden tegen lage tarieven².

Zulks leidde tot ernstige concurrentievervalsing alsmede tot sociale wantoestanden voor de ter beschikking gestelde werknemers, voor wie geen sociale inhoudingen verricht werden zodat zij veelal buiten het toepassingsveld van de

¹ Voorbereidende stukken:

a) m.b.t. wet 4 aug. 1978 (B.S., 17 aug. 1978 tot economische heroriëntering: zitting 77-78: Senaat: Parl. Bescheiden — Wetsontwerp nr. 415/1; Verslag nr. 415/2 — Amendementen 415/3 tot 415/24; Parl. Hand. Verg. 12, 13 en 14 aug. 1978. Kamer van Volksvertegenwoordigers: Parl. Bescheiden — Wetsontwerp 470/1, door de Senaat overgezonden — Amendementen 470/2 tot 470/8 — Verslag 470/9 — Amendementen 470/10 tot 470/12 — Parl. Hand. — Verg. 24, 25 en 26 juli 1978.

b) m.b.t. wet 22 jan. 1985 (B.S., 24 jan. 1985) Herstelwet houdende sociale bepalingen: zitting 1984-1985: Senaat: Parl. bescheiden — Ontwerp van wet nr. 757/1 — Verslagen nr. 757/2/1° t.e.m. 7° — Tekst aangenomen door de commissies, nr. 757/2/8° + corrigendum — Amendementen, nrs. 757/3 t.e.m. 78; Parl. Handelingen — Bespreking vergaderingen 4, 5, 7 en 8 december 1984 — Aanneming. Vergadering 8 december 1984; Kamer van Volksvertegenwoordigers: Parlementaire Bescheiden — Ontwerp

overgezonden door de Senaat nr. 1075/1 — Amendementen, nrs. 1075/2 t.e.m. 18 — Advies van de Raad van State, nrs. 1075/19 en 20 — Verslag (+ bijlagen) nr. 1075/21 — Amendementen, nrs. 1075/22 en 23; Parl. Handelingen — Bespreking. Vergaderingen van 7, 8 en 9 januari 1985 — Aanneming. Vergadering van 9 januari 1985.

² M.A. FLAMME en Ph. FLAMME, «L'enregistrement des entrepreneurs — Un brevet précaire d'honorabilité à l'égard du fisc et de la sécurité sociale», J.T., 1979, 701.

sociale zekerheid vielen.

Bovendien betrof het ook vaak sociale fraude aan de zijde van deze werknemers zelf, als ze, gerechtigd zijnde op een of andere sociale uitkering, aldus via een koppelbaas een bijverdienste zochten, ofwel als de koppelbazen een beroep deden op illegaal in het Rijk verblijvende vreemdelingen.

De wetgever heeft aanvankelijk getracht rechtstreeks in te grijpen tegen de koppelbazen zelf, dit o.a. door de wet van 28 juni 1976³ «houdende voorlopige regeling van de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers», waarbij de tijdelijke arbeid slechts toegestaan werd ter vervanging van een vaste werknemer of in geval van buitengewone vermeerdering van het werk of ter uitvoering van een uitzonderlijk werk. Hierbij werd eveneens voorzien in strafbepalingen tegen de koppelbazen bij overtreding van de bepalingen van deze wet.

In het uitvoeringsbesluit van 4 januari 1977⁴ werd een dermate restrictieve opsomming gegeven van dit soort toegelaten arbeid dat, in ieder geval op het theoretisch vlak, de uitzendarbeid in de bouwsector nagenoeg onmogelijk werd. Bij K.B. van 27 mei 1977⁵ werd deze uitzendarbeid in de bouwsector principieel verboden.

De «koppelbazen» reageerden echter prompt en namen de vorm aan van bouwfirmas, al dan niet met enkele vaste werknemers, en behielden hun reserve aan illegale werknemers. Vervolgens stelden ze dezen niet meer ter beschikking volgens de vroegere formules, maar traden op als onderaannemers, op wie de voormelde wetgeving niet van toepassing was. De bestaande wetten misten derhalve hun doel⁶. In deze context dient de wet van 8 augustus 1978 tot economische heroriëntering gezien te worden, waarbij, naast de invoering bij haar uitvoeringsbesluit (K.B. nr. 5 van 23 oktober 1978), van de verplichting voor de werkgevers een aanwezigheidsregister en een individuele rekening van hun personeel bij te houden, eveneens art. 30bis werd ingevoegd in de wet van 27 juni 1969, waarbij de medecontractanten deels hoofdelijk aansprakelijk gesteld worden voor de sociale bijdragen van de niet geregistreerde aannemer.

De wetgever verandert hier van tactiek door thans de «vijand» te belegeren door zijn «voorradswegen» af te sluiten. Aldus gaat hij de collaborateurs, de opdrachtgevers van de koppelbazen sanctioneren, in ieder geval ontmoedigen nog met koppelbazen scheep te gaan: hij stelt hen mede verantwoordelijk voor de uitwassen van deze laakbare toestanden, en zij moeten mede instaan voor de betaling van de onttrokken sociale of fiscale bijdragen.

Deze wetgevende stap getuigt wellicht van een goed strategisch inzicht, maar het blijft in een rechtsstaat toch van doorslaggevend belang dat zulk een strijd «de gewone burgerbevolking» spaart. Men kan moeilijk stellen dat de wetgever, bij de redactie van art. 30bis met dit laatste oogmerk optimaal rekening heeft gehouden. De redactie ervan stuit dan ook, m.i. terecht, op veel kritiek, zowel inhoudelijk als

formeel⁷. Het betreft hier immers een drastische ingreep, aangezien in art. 30bis bepaald wordt dat bepaalde personen wettelijk, dus niet uit vrije wil, mee moeten instaan voor andermans schulden, zonder dat nochtans steeds een gemeenschappelijke fout hieraan ten grondslag ligt. Op grond van deze wet ging een aannemer zelfs zo ver, toen hij gedagvaard werd achterstallige bijdragen te betalen, eenvoudigweg naar zijn medecontractanten te verwijzen⁸.

Op formeel gebied kan men de wetgever bij de redactie betrappen op een juridische ondoordachtetheid, een onoordeelkundig woordgebruik en op een gebrek aan coherentie wat tot veel misverstanden aanleiding geeft (zie infra).

Zulks is niet verwonderlijk, nu de wetgever zelf bij de redactie van de wet van 4 augustus 1978 zich ertoe beperkt heeft enkel een van de normale contractenleer afwijkend principe te poneren en voorts aan de uitvoerende macht de opdracht te geven de gehele regeling maar op een of andere wijze op te vullen⁹. Met de stijlformule «Gelet op de hoogdringendheid...» werd bovendien aan de Raad van State, de juridische filter, voorbijgegaan.

Precies omdat het artikel dermate afwijkt van de relativiteit der overeenkomsten, was de uitwerking ervan door de uitvoerende macht geen sinecure, voornamelijk eveneens omdat de opstellers geconfronteerd werden met andere wettelijke bepalingen met repercussies op dezelfde materie, zij het vanuit een andere hoek. Aldus komt men in de regeling belangrijke hiaten en onnauwkeurigheden tegen. Zo beperkte de wetgever zich ertoe te verwijzen naar «iemand die niet geregistreerd is als aannemer», zonder echter in een principiële registratieplicht te voorzien¹⁰. Zo kon de Koning evenmin deze verplichting invoeren.

De aannemer wordt dus niet verplicht zich te laten registreren. De niet-registratie is derhalve, op zich, een volstrekt rechtmatige omstandigheid. Hoe kan de niet-registratie dan niettemin de enige rechtsgrond vormen om derden tot hoofdelijkheid te verplichten?

Naast dit hiaat in het basisprincipe van de reglementering, komt men in de verdere uitvoering ervan nog verscheidene eigenaardigheden tegen. Zo dient de medecontractant t.a.v. een niet-geregistreerde aannemer in ieder geval bij elke betaling aan de aannemer 15% in te houden en door te storten aan de R.S.Z.¹¹ ongeacht of deze laatste wel degelijk over een opeisbare schuldvordering beschikt¹².

⁷ L. DIEUSAERT en M. DEVROEY, «Registratie in de Bouw», *Tijdschrift voor Aannemingsrecht*, 1985 («Een op zichzelf verwerpelijk systeem, dat tevens illustreert dat de overheid soms de nodige schroom ontbeert, die zij aan de dag zou moeten leggen bij het ingrijpen in de verhoudingen tussen burgers en bij het opleggen van verregaande verplichtingen» p. 1); Ph. MATHEY, «Kanttekeningen in verband met de registratie van aannemers, de rekening van de aannemers van openbare werken en een aantal bepalingen van het algemeen lastencohier voor overheidsopdrachten», *TBWP*, 1981, nr. 1-2 («De vraag is evenwel of de uitwerking niet te drastisch en verregaand is geweest...», p. 128).

⁸ Arbrb. Bergen, 16 september 1981, *J.T.T.*, 1983, 273.

⁹ K.B. 5 okt. 1978, *B.S.*, 7 okt. 1978.

¹⁰ L. DIEUSAERT en M. DEVROEY, *a.w.*, p. 3.

¹¹ Artikel 30bis, § 3, wet 27 juni 1969.

¹² Het niet verlenen of de schrapping van de registratie kan immers gemotiveerd zijn om andere redenen dan een achterstal in sociale bijdragen.

³ *B.S.*, 7 aug. 1976, erratum 22 sept. 1976.

⁴ *B.S.*, 15 jan. 1977.

⁵ *B.S.*, 30 juni 1977.

⁶ *Parl. Handelingen*, 1978, p. 1669 e.v.

Niettemin wordt de R.S.Z. het recht voorbehouden, zelfs nadat vaststaat dat deze betaling volstrekt ten onrechte is geschied (dus bij afwezigheid van enige achterstal qua sociale bijdragen), de gelden tot zes maanden na deze vaststelling te behouden vooraleer ze moeten worden teruggestort. Zulks gebeurt dan nog niet automatisch, doch dient door de medecontractant speciaal aangevraagd te worden¹³.

Zo dienen eveneens vraagtekens gezet te worden achter de bedoelingen van de wetgever bij termen als «de aannemer», «een ieder die beroep doet op ...», «de bijdragen voor sociale zekerheid ...», «de totale prijs van het werk»...

De rechtsleer heeft zich uiteraard reeds gebogen over deze hersenbreker¹⁴, zodat het niet de bedoeling is in dit artikel al deze problemen andermaal te behandelen, voor zover ze niet rechtstreeks verband houden met ons onderwerp. Veeleer is het immers de bedoeling de hoofdelijkheid te onderzoeken, zoals ze hier is aangewend, en ze te toetsen aan de gevolgen die volgens het gemene recht aan deze rechtsfiguur zijn verbonden.

1. De wettelijke regeling

De wettelijke regeling in art. 30bis van de wet van 27 juni 1969 en haar uitvoeringsbesluiten kan samengevat worden als volgt:

Een ieder die een beroep doet op iemand die niet geregistreerd is als aannemer is hoofdelijk aansprakelijk, voor de bijdragen voor de sociale zekerheid, beperkt tot 50% van de totale prijs van het werk¹⁵, en is verplicht bij iedere betaling 15% in te houden en te storten aan de R.S.Z. De aldus gestorte bedragen worden, in voorkomend geval in mindering gebracht van het bedrag, waarvoor men aansprakelijk wordt gesteld¹⁶. In de mate dat het niet aangewend werd, wordt het gestorte bedrag ten spoedigste en uiterlijk binnen een termijn van zes maanden, op zijn verzoek, aan de medecontractant teruggestort¹⁷.

2. Bespreking

A. De hoofdelijkheid

Naar de gebruikte bewoordingen van art. 30bis kan verstaan worden dat de hoofdelijkheid tussen schuldenaars, de passieve hoofdelijkheid, bedoeld wordt. Ter herinnering kunnen de volgende gemeenrechtelijke basisbeginselen van deze rechtsfiguur worden aangestipt.

De passieve hoofdelijkheid betekent, in essentie, dat de hoofdelijke schuldenaars verplicht zijn tot één en dezelfde

zaak, zodat ieder van hen voor het geheel kan worden aangesproken, en de betaling door één van hen gedaan de overige schuldenaars jegens de schuldeiser bevrijdt¹⁸.

Zulks kan ook het geval zijn zo één van de schuldenaars op een andere wijze dan de overigen tot betaling van de zaak verbonden is¹⁹. Elke schuldenaar hoeft derhalve niet een identieke juridische relatie te hebben met de schuldeiser m.b.t. deze zelfde zaak. Zo kan het zijn dat de zaak, waarvoor de schuld hoofdelijk is aangegaan, slechts één van de hoofdelijke schuldenaars aangaat, zoals in casu het dus alleen de aannemer aangaat. In zulk een geval is deze tot voldoening van de gehele schuld gehouden ten aanzien van de overige medeschuldenaars, die te zijnen opzichte slechts als zijn borgen dienen te worden beschouwd²⁰. Dit geldt uiteraard enkel voor de betrekkingen tussen deze hoofdschuldenaar en zijn medeschuldenaars²¹.

Wanneer er nu verschillende borgen zijn, heeft de borg die de schuld (onder wettelijk welomschreven omstandigheden²² voldaan heeft, verhaal op de overige borgen, ieder voor hun aandeel²³. Dit laatste is uiteraard enkel een toepassing voor de betaling met indeplaatsstelling, de wettelijke subrogatie. Deze geschiedt immers van rechtswege ten voordele van hem, die, met anderen of voor anderen tot betaling van een schuld gehouden, er belang bij had deze te voldoen²⁴. Ten aanzien van de relatie met medeborgen geldt deze indeplaatsstelling dus enkel ten belope van ieders aandeel.

Uit het voorgaande blijkt dat de hoofdelijkheid een subtiële regeling inhoudt waarin twee dooreenlopende, van elkaar verschillende, verhoudingen geregeld worden. Enerzijds de relatie tussen de schuldenaars als groep met de schuldeisers, anderzijds de relatie tussen de schuldenaars onderling.

Deze regeling is in wezen gebaseerd op twee kerngedachten. Ten eerste is er tussen de medeschuldenaars de eenheid van voorwerp der schuld. Juist op grond van dit essentieel gegeven, mag de schuldeiser onverschillig welke schuldenaar aanspreken tot betaling, want allen zijn hetzelfde verschuldigd. Eveneens volgt uit dit basisgegeven de verklaring waarom de betaling door één van hen gedaan alle medeschuldenaars bevrijdt²⁵.

Ten tweede is er de pluraliteit der rechtsbanden. Iedere schuldenaar is met de schuldeiser verbonden door een persoonlijke band. Die band kan eigen kenmerken vertonen die voor de andere schuldenaars niet of slechts gedeeltelijk bestaan²⁶.

Nagegaan dient dus te worden of deze essentiële basisbeginselen in overeenstemming zijn met de uitwerking van de door ons onderzochte reglementering.

¹³ Artikel 30 K.B. 5 okt. 1978, gew. bij K.B. 8 okt. 1985: ... op zijn verzoek.

¹⁴ L. DIEUSAERT en M. DEVROEY, *a.w.*; M.A. FLAMME en Ph. FLAMME, «L'enregistrement des entrepreneurs», *J.T.*, 1979, 701; A. MICHIELSENS en Ch. SLUYTS, «Maatregelen ter bestrijding van de bedrieglijke praktijken van de koppelbazen: de registratie van de aannemers», *R.W.*, 1979-80, 1575; Ph. MATHEY, *a.w.*

¹⁵ Wet 27 juni 1969, artikel 30bis, § 1.

¹⁶ Wet 27 juni 1969, artikel 30bis, § 3, en K.B. 8 okt. 1978, artikel 29.

¹⁷ K.B. 8 okt. 1978, artikel 30, gew. K.B. 8 okt. 1985.

¹⁸ Artikel 1200 B.W.

¹⁹ Artikel 1201 B.W.

²⁰ Artikel 1216 B.W.

²¹ Gent, 30 september 1943, *RCJB*, 1947, 159.

²² Artikel 2032 B.W.

²³ Artikel 2033 B.W.

²⁴ Artikel 1251 B.W.

²⁵ R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Larcier, 1977, p. 131; DE PAGE, III, p. 314, nr. 318, B.

²⁶ R. VANDEPUTTE, *a.w.*, p. 132; DE PAGE, III, *ibidem*.

B. Het voorwerp van de hoofdelijkheid

Artikel 30bis, § 1, vermeldt: «de bijdragen voor de sociale zekerheid, de bijdragenopslagen en verwijlsinteressen *verschuldigd* door zijn medecontractant aan de Rijksdienst voor Maatschappelijke Zekerheid». Gezien het uitzonderlijk karakter van de hoofdelijkheid²⁷, daar mede gelet op de in casu gelijkaardige fiscale bepalingen, de medecontractant tot maximaal 145% van de prijs der werken aangesproken worden²⁸, lijkt het aangewezen dit uiterst vaag omschreven voorwerp restrictief te interpreteren.

Zo stelde het Arbeidshof te Bergen vast dat de wetgever de voorschotten op de hoofdelijkheid ten belope van 15% afhankelijk heeft gesteld van de in het kader van het aannemingscontract te verrichten betalingen. Hieruit leidt het hof af dat de wetgever beoogd heeft het voorwerp, dus de bijdragen van de aannemer, te beperken tot welke ontstaan zijn tijdens de contractuele periode²⁹.

Het Hof van Cassatie vernietigde dit arrest op grond dat men geen onderscheid mag maken dat in de wet niet voorkomt, zodat het voorwerp van de hoofdelijkheid derhalve niet beperkt kan worden tot de contractuele periode³⁰.

Hoewel het hoogste Hof aldus t.a.v. het beginpunt van de bijdrageperiode stelling heeft genomen in de zin van een extensieve interpretatie, is zulks nog niet zo duidelijk wat betreft het eindpunt ervan.

Daar art. 30bis verwijst naar de bijdragen die «verschuldigd» zijn, kan gesteld worden dat het alleen die betreft welke bekend zijn op de datum van de laatste betaling. Niettemin bepaalt het uitvoeringsbesluit dat de ingehouden bedragen aangerekend kunnen worden «tot en met het kwartaal waarin de bijdragen werden gestort»³¹. Deze regeling handelt dan nog bovendien enkel over de aanrekening der inhoudingen en niet over het voorwerp van de hoofdelijkheid zelf.

Dienaangaande kan gesteld worden dat de hoofdelijke schuld ontstaat doordat men een beroep doet op een aannemer. Komt deze samenwerking tot een einde, dus bij de voorlopige oplevering van het werk, dan vervalt de grond tot hoofdelijkheid.

De auteurs Dieusaert en De Vroey beweren in hun boek *De Registratie in de Bouw* dat het Ministerie van Financiën deze stelling aanvaard zou hebben, wat echter niet zo principieel door de R.S.Z. zou zijn gedaan³².

Men kan zich echter de vraag stellen of zulk een ongevoelenswaardige extensieve interpretatie wel overeenstemt met de ratio legis, die toch enkel beoogde de koppelbazen te treffen en niet eveneens de louter door ongelukkige omstandigheden getroffen aannemer en diens klanten. Is de algemeenheid

van de gebruikte bewoordingen niet veeleer te wijten aan een onnauwkeurigheid bij het opstellen van deze wettekst? In die zin past het allicht meer een restrictieve interpretatie voor te staan zoals deze uit het exceptioneel karakter van de rechtsfiguur zelf voortvloeit.

Zonder verder op deze, weliswaar belangrijke, discussie in te gaan m.b.t. het precieze voorwerp van de hoofdelijkheid, dient voor ons onderwerp veeleer uit het voorgaande onthouden te worden dat van de eerste basisvoorwaarde van de hoofdelijkheid bezwaarlijk sprake kan zijn. De medecontractant weet immers hoegenaamd niet en kan dit ook niet weten, tot welke precieze schuld hij mede gehouden is. Bovendien zal het wel duidelijk zijn dat elke medecontractant voor telkens onderling verschillende bijdragen medegehouden is. Er is dus geen sprake van eenheid der schuld.

Vervolgens stellen we vast dat artikel 30bis de hoofdelijke aansprakelijkheid beperkt tot de helft van de totale prijs van het werk. Waar de medecontractanten, zoals aangegevoerd, dus geenszins tot één en dezelfde zaak gehouden zijn, komt daar nog bij dat zij evenmin gehouden zijn voor het geheel, tenzij in de uitzonderlijke omstandigheid dat de achterstal aan sociale bijdragen minder zou bedragen dan de helft van de totale «prijs van het werk».

Dit begrenzingscriterium is alweer een zeer vaag begrip.

— Stel dat een medecontractant een prijsbestek krijgt van een niet-geregistreerd aannemer voor de bouw van een onroerend goed ter waarde van drie miljoen, dat hij hiervoor een voorschot betaalt van 100.000 fr. en dat de aannemer, na voor 60.000 fr. materialen te hebben aangebracht zijn registratie verliest. Wat is dan de norm ter bepaling van de prijs van het werk?

— Stel dat een aannemer een werk uitvoert waarvoor de medecontractant de wettelijke inhoudingen heeft doorgevoerd. Zo het contract ten gevolge van foutieve uitvoering nadien ontbonden wordt en de aannemer veroordeeld wordt het werk af te breken of het terug in de staat te brengen waarin het zich bevond vóór het sluiten van het contract, is de hoofdelijke aansprakelijkheid dan beperkt tot nihil en dienen de inhoudingen dan teruggestort te worden? Kan men ook niet stellen dat, aangezien de medecontractant aldus voor het herstel opnieuw, zij het via gerechtelijke weg, een beroep doet op de aannemer, de beperking van zijn aansprakelijkheid dient te worden vergroot met de kostprijs van het herstelwerk? Het ligt niet in mijn bedoeling, noch in mijn mogelijkheid op zulke vragen, gelet precies op de onnauwkeurigheid van de wettekst, een sluitend antwoord te geven. Voor ons onderwerp is enkel van belang deze anomalieën in de wetteksten aan te stippen.

Waar inderdaad m.b.t. het voorwerp van de hoofdelijkheid het zo moeilijk aanvaardbaar leek deze te beperken tot de contractuele periode, stellen we vast dat de wetgever anderzijds afziet van het grootste voordeel van de hoofdelijkheid, te weten de gehoudenheid tot het geheel, dit dus door het te beperken tot de louter financiële omvang van de contractuele relatie tussen aannemer en medecontractant.

Besluiten we dus dat de aannemer en de medecontractant geenszins tot één en dezelfde zaak gehouden zijn, en ze, behoudens de aannemer zelf, evenmin voor het geheel gehouden zijn.

²⁷ Artikel 1202 B.W.; DE PAGE, III, p. 308, nr. 311.

²⁸ Verrichtten de medecontractanten immers geen verplichte inhoudingen of stortten zij deze niet door, dan zijn ze gehouden tot 50% van het werk voor de sociale bijdragen, 35% voor de fiscale, te vermeerderen per sector met telkens een sanctie van tweemaal de inhoudingen (50% + 35% + (2 × 15%) + (2 × 15%) = 145%).

²⁹ Arbh. Bergen, 17 februari 1984, *J.T.T.*, 1985, 13.

³⁰ Cass., 25 maart 1985, *J.T.T.*, 1985, 285; Cass., 6 januari 1986, *R.W.*, 1985-86, 2307.

³¹ A. MICHIELSENS en Ch. SLUYTS, *a.w.*, 1582; artikel 29, voorlaatste lid, K.B. 5 okt. 1978.

³² L. DIEUSAERT en M. DEVROEY, *a.w.*, p. 87.

C. De inhoudingen

Indien met een grote dosis welwillendheid de regeling tot hiertoe nog enigszins als een, zij het onorthodoxe, vorm van hoofdelijkheid kon worden beschouwd, is zulks nog bezwaarlijk het geval wanneer men de regeling van de inhoudingen nader analyseert. Stelt men immers, zoals de wetgever doet, dat de bijdragen van de aannemer het voorwerp uitmaken van een passieve hoofdelijkheid, dan gebiedt de elementaire logica ons ertoe te veronderstellen dat, zo de aannemer geen bijdragen verschuldigd is³³, de hoofdelijkheid van de medecontractant zonder voorwerp is.

Niettemin lezen we dat de medecontractant in ieder geval gehouden is bij iedere betaling 15% in te houden en door te storten aan de R.S.Z. Zo kan hij zelfs, volgens art. 30bis, § 3, derde lid, gehouden zijn tot een supplementaire bijslag van 30%, als hij nalaat de inhoudingen te verrichten, zelfs als de aannemer geen sociale bijdragen aan de R.S.Z. verschuldigd is.

Beantwoordt men deze verbazende vaststelling door te verwijzen naar de mogelijkheid tot recuperatie van deze inhoudingen³⁴ wanneer ze de omvang van de hoofdelijkheid overschrijden, en naar de mogelijke kwijtschelding³⁵ van bijslagen bij afwezigheid van bijdrage-achterstel, dan blijft toch de omstandigheid dat zulks volgens de wet niet automatisch dient te geschieden. Precies wegens dit niet-automatisch karakter dient besloten te worden dat de inhoudingen, zoals ze wettelijk voorgeschreven zijn, volstrekt in strijd zijn met de hoofdelijkheid als rechtsfiguur.

De tegenstrijdigheid wordt des te duidelijker wanneer men het uitvoeringsbesluit³⁶ verder leest. Door te spreken van «inhoudingen» bedoelt men dus een deel van de prijs die de medecontractant bereid was te betalen voor het werk aan de aannemer, welk deel door de medecontractant rechtstreeks aan de R.S.Z. dient betaald te worden. Niettemin bepaalt artikel 29 van het besluit dat deze betaling eveneens aangerekend kan worden op de door de medecontractant verschuldigde bijdragen voor de sociale zekerheid. Het doorbreken van de eenheid van voorwerp in deze zogenaamde hoofdelijkheid is dus niet meer enkel het gevolg van de vaagheid of onnauwkeurigheid van de omschrijving van het onderwerp; zij wordt door deze bepaling uitdrukkelijk verlaten. Het gaat dus niet meer alleen over de bijdragen van de aannemer, doch, bijna onopgemerkt, duiken de eigen bijdragen van de respectieve medecontractanten op in de regeling. (De vraag naar de subrogatie van de medecontractant voor wat betreft de door hem gedane betalingen ten aanzien van de andere medecontractanten wordt hierdoor uiteraard helemaal problematisch.) Bovendien zou men verwachten dat, als noch de aannemer, noch de medecontractanten enige bijdragen nog verschuldigd zijn aan de R.S.Z., het ingehouden en doorgestorte bedrag dan uiteindelijk aan de aannemer zal worden doorgestort. Niets is echter minder waar. Artikel 30bis voorziet enkel in de mogelijkheid dat de medecontractant deze gelden terugvordert.

De doorstorting van de inhoudingen betekent echter een betaling aan een instelling, die voor deze bedragen wettelijk gemachtigd is de aan de aannemer toekomende bedragen te ontvangen. Zulks een betaling betreft derhalve voor de medecontractant een rechtsgeldige bevrijdende betaling³⁷, die zijn verbintenis tot het betalen van de prijs van het werk ten belope van de inhoudingen doet tenietgaan. Daar hij derhalve geen rechtstreeks belang meer heeft de inhoudingen terug te vorderen, zou zulk een terugvordering dan ook onontvankelijk dienen te worden verklaard.

Ten aanzien van deze laatste ongerijmdheden is het wel zeer de vraag of deze artikelen passen in het kader van de bevoegdheid die de wetgever aan de Koning had gegeven. Allicht zal bij betwistingen hieromtrent de toepassing van artikel 107 van de Grondwet ingeroepen kunnen worden, gelet op deze niet-overeenstemming van het besluit met de wet. In ieder geval dient besloten te worden dat de inhoudingen, zoals ze thans in het systeem zijn uitgewerkt, geenszins in de hoofdelijkheid hun rechtsgrond kunnen vinden. Antwoordt men hierop dat het de wetgever zijn goed recht is nieuwe rechtsgronden hiervoor te bepalen dan blijft de problematiek even scherp waar men geen beroep meer kan doen op de hoofdelijkheid die de enige aanwijzing was om de ware aard van deze inhoudingen en haar consequenties te achterhalen.

3. Procedurele gevolgen — Samenhang

A. Samenhang

Een niet-geregistreerde aannemer heeft een achterstal aan sociale bijdragen t.b.v. 100.000 fr. De R.S.Z. achterhaalt dat hij voor vijf medecontractanten voor afzonderlijke bouwen, in vijf verschillende gerechtelijke arrondissementen werken heeft uitgevoerd t.b.v. telkens 500.000 fr., waarop door elkeen de verplichte inhoudingen verricht zijn. Als de R.S.Z. hen alle vijf voor de respectieve rechtbanken dagvaardt voor telkens de resterende 35% van de 500.000 fr., hoe kan elke medecontractant zich dan tegen deze excessieve vordering verdedigen? Hoe kan hij weten dat de vordering eventueel inmiddels reeds volledig betaald is door een andere medeschuldenaar, zodat eveneens zijn vordering zonder voorwerp geworden is? Is hier niet onbetwistbaar sprake van samenhang³⁸, zodat al deze vorderingen voor dezelfde rechter dienen te worden gebracht³⁹. Zal men analoog de afzonderlijk ingestelde vorderingen van een kredietinstelling tegen man en vrouw, die eveneens wettelijk hoofdelijk verbonden zijn ingevolge artikel 222 B.W., ook niet steeds samenvoegen?

Er is echter nog meer. De vraag kan immers gesteld worden of de R.S.Z. wel een medecontractant alleen kan aanspreken. Waar artikel 1200 B.W. weliswaar bepaalt dat elke hoofdelijke medeschuldenaar voor het geheel kan worden aangesproken, is dit precies gebaseerd op het kerngegeven dat de hoofdelijke schuldenaars allen tot het geheel gehouden zijn⁴⁰. Zulks is, zoals hierboven is aangetoond,

³³ Zie voetnoot 9.

³⁴ K.B. 5 okt. 1978, gew. K.B. 8 okt. 1985, artikel 30.

³⁵ K.B. 5 okt. 1978, gew. 8 okt. 1985, artikel 28.

³⁶ K.B. 5 okt. 1978, B.S., 7 okt. 1978; gew. K.B. 8 okt. 1985, B.S., 12 okt. 1985.

³⁷ Artikel 1239 B.W.

³⁸ Artikel 30 Ger. W.

³⁹ Artikel 566 Ger. W.

⁴⁰ R. VANDEPUTTE, a.w., p. 131; DE PAGE, III, p. 314, voetnoot 1.

bij artikel 30*bis* niet het geval, daar het slechts een beperkte aansprakelijkheid betreft.

Eveneens op grond van voornoemd kerngegeven is artikel 1203 B.W. gebaseerd, waarin aan de schuldeiser het keuzerecht gegeven wordt naar eigen keuze één der hoofdelijke medeschuldnaars aan te spreken, zonder dat deze zich op het voorrecht van schuldplitsing kan beroepen. Welnu, in artikel 30*bis* is deze schuldplitsing wettelijk bepaald, aangezien elke medeschuldnaar slechts aansprakelijk is tot de helft van de prijs van het voor hemzelf uitgevoerde werk. Is dan niet artikel 1210 B.W. van toepassing zodat de R.S.Z. de afzonderlijke hoofdelijke schuldenaars enkel kan aanspreken voor het geheel, doch onder aftrek van de aandelen van de andere schuldenaars?

Het niet samenvoegen van de zaken, met mogelijk niet overeenstemmende vonnissen ten gevolge, zal ook zijn problemen met zich meebrengen op het gebied van de wettelijke subrogatie. Stel dat de medecontractanten in het boven opgegeven voorbeeld toch afzonderlijk gedagvaard worden en zij na een in kracht van gewijsde gegane veroordeling elk het gevorderd bedrag van $(500.000 \times 35\% =) 175.000$ fr. betalen. In zo'n geval geschieden zulke betalingen, terwijl elke medecontractant met andere of voor andere tot betaling van een schuld gehouden was en er belang bij had deze te voldoen. Elk van hen wordt dus t.a.v. de aannemer gesubrogeerd t.b.v. 175.000 fr.⁴¹. De aannemer, die bijdragen verschuldigd was t.b.v. 100.000 fr., wordt dus thans geconfronteerd met een totale schuldvordering van 875.000 fr. Kan men stellen dat de medecontractanten t.b.v. het surplus niet gesubrogeerd zijn en dat ze zich maar moeten wenden tot de R.S.Z.? De betalingen geschieden echter elk op grond van een in kracht van gewijsde gegane veroordeling, zodat men niet kan spreken van onverschuldigde betalingen. Het uitvoeringsbesluit voorziet enkel in een procedure tot eventuele terugstorting van de verplichte inhoudingen⁴².

Al deze overwegingen bevestigen niet alleen de stelling van de noodzaak der samenvoeging van de zaken, doch eveneens van de noodzaak dat alle vorderingen m.b.t. dezelfde aannemer gelijktijdig ingesteld dienen te worden. Kan men deze stelling niet beamen, dan zullen bovenstaande bedenkingen minstens hun weerslag dienen te vinden op gebied van de bewijslast.

B. De bewijslast

Op gemeenrechtelijk vlak heeft de wetgever de rechtsfiguur van de hoofdelijkheid normaliter slechts daar ingevoerd, waar hij een belangengemeenschap waarnam tussen de betrokken medeschuldnaars⁴³. Precies daarom stemmen personen erin toe zich hoofdelijk ten aanzien van een zelfde schuldeiser te verbinden.

Eventueel kan men opwerpen dat in casu eveneens sprake is van een belangengemeenschap, daar de medecontractant door de niet-betaling van de sociale bijdragen

voordeel haalt uit lage tarieven die de koppelbaas aldus kan aanbieden. Hoewel zulks verdedigbaar is ten aanzien van de ware koppelbazen, is het minder vol te houden ten aanzien van de aannemer die door onwetendheid zijn registratie nooit heeft aangevraagd, die zijn registratienummer verloren heeft omdat hij zijn sociale bijdragen niet meer kon betalen door de economische crisis in het bouwbedrijf. Vergeten we immers niet dat de medecontractant ook in geval van een pas nadien verloren registratienummer hoofdelijk aansprakelijk is⁴⁴. Welnu, het zijn precies deze laatste aannemers die het overgrote deel uitmaken van vorderingen op grond van artikel 30*bis*. De echte koppelbazen hebben immers weten te ontsnappen aan deze regeling, zoals verderop zal worden uiteengezet.

Het is duidelijk dat we hier niet staan voor een hoofdelijkheid, waarvan de respectieve medeschuldnaars, na kennisneming van alle elementen en na afweging van voor- en nadelen, besloten hebben het risico te dragen. Als men immers een werk van onroerende aard wil uitvoeren, is men nu eenmaal noodzakelijkerwijze aangewezen op de tussenkomst van een aannemer. Al kan men wel nagaan of deze aannemer bij het sluiten van de overeenkomst al dan niet geregistreerd is, zal de medecontractant allicht toch niet over de gave der profetie beschikken om te weten of de aannemer de registratie tijdens de gehele uitvoering der werken zal weten te behouden. Zo beschikt hij evenmin over de mogelijkheid na te gaan voor welke andere personen de aannemer nog werken uitvoert en met wie hij derhalve het risico deelt.

Over zulke informatie beschikken alleen de aannemer en de R.S.Z. Kan men dan aan deze medecontractant een zelfde bewijslast opleggen als aan de aannemer, wetende dat hij geenszins over de praktische mogelijkheid beschikt aan deze bewijslast te voldoen, gelet op de afwezigheid van die belangengemeenschap?

In die zin is het allicht gepast te stellen dat, wil een rijksinstelling beroep doen op de drastische ingreep vervat in artikel 30*bis*, zij minstens ten aanzien van elk der medecontractanten een overzicht zal geven én van de door de aannemer verschuldigde bijdragen, én van de identiteit van de andere hoofdelijke medeschuldnaars, én van de wijze waarop ze elk van hen al dan niet heeft aangesproken of voornemens is dit te doen.

Eens te meer kan veeleer uit het voorgaande besloten worden dat vele problemen vermeden zouden worden door de samenvoeging der zaken.

4. Voorlopig besluit

Het zal wel duidelijk zijn dat deze gebrekkige tekst evenzeer op nog andere gebieden ernstige juridische hersenbrekers ten gevolge heeft, waar hij eveneens in conflict komt met andere ter zake geldende wettelijke bepalingen.

Er zij bijvoorbeeld verwezen naar de belangrijke discussie die voornamelijk gevoerd wordt voor de faillissementenkamers van de rechtbanken van koophandel. Gaat de «koppelbaas» failliet, dan wordt de R.S.Z. schuldeiser van het faillissement en moet hij zijn schuldvordering, zoals alle andere schuldeisers, bij de curator indienen. Kan hij in

⁴¹ Artikel 1251 B.W.

⁴² Artikel 29 juncto artikel 30 K.B. 5 okt. 1978.

⁴³ DE PAGE, III, p. 313, nr. 318: «Mais on ne conçoit point que les débiteurs acceptent une situation aussi lourde, s'il n'y a pas une certaine communauté d'intérêts entre eux quant au bénéfice qu'ils retirent de l'obligation.»

⁴⁴ A. MICHIELSENS en Ch. SLUYTS, *a.w.*, 1589, nr. 26.

zo'n geval, buiten de curator om, rechtstreeks de medecontractanten op grond van kwestieuze hoofdelijkheid aanspreken voor het geheel, terwijl de curator volgens de faillissementswetgeving de gemeenschap der schuldeisers vertegenwoordigt en in die hoedanigheid alleen bevoegd is namens hen de schuldenaars van het faillissement aan te spreken? Houdt deze hoofdelijkheid een nieuw voorrecht in⁴⁵. De omvang van dit probleem, dat trouwens niet rechtstreeks ons onderwerp aanbelangt, laat ons niet toe er nader over uit te weiden. Het is echter relevant ten aanzien van onze stelling dat eens te meer een hernieuwd legislatief ingrijpen noodzakelijk is, wil men tot een bruikbare rechtsfiguur komen.

5. De Sociale Herstelwet van 22 januari 1985

Velen zullen geneigd zijn geweest de juridische onvolmaaktheden in de regeling over het hoofd te zien wegens overwegingen nopens 's lands financieel en economisch ongunstige toestand, die een dergelijk drastisch ingrijpen nu eenmaal meer dan wenselijk maakte. Zulke overwegingen blijken thans echter aan waarde in te boeten, nu vastgesteld werd dat ondanks dit wettelijk ingrijpen het de koppelbazen voor de wind bleef gaan. Ten einde aan de regeling te ontsnappen richtten ze namelijk een schijnbaar keurige pvba op, waarvoor niet veel maatschappelijk kapitaal nodig is, waarna ze een registratienummer aanvragen. Daar ze opgeven zonder personeel te zullen werken, wordt zo'n nummer hun probleemloos toegekend. Zodra ze dit nummer hebben verkregen, gaan ze tot massale aanwervingen over en werken ze andermaal tegen spotprijzen, waarna ze, op het moment dat de R.S.Z. hun de rekening presenteert na de gebruikelijke periode van zes à zeven maanden, met de noorderzon verdwijnen om daarna onder een andere benaming weer een pvba op te richten⁴⁶... Zulke praktijken kosten de staat jaarlijks 27 miljard aan minderontvangsten⁴⁷. Naast de juridische grieven staat de regeling dus ook open voor kritiek op haar efficiëntie.

Ruim zeven jaar na de invoering van art. 30bis werd dan ook in de parlementaire besprekingen over de sociale herstelwet op de wenselijkheid gewezen het probleem in zijn kern te onderzoeken, te weten het zwart werk, waarvan de koppelbazerij slechts één van de vele verschijnselen is en waarvan de bouwsector slechts één van de probleemsectoren is⁴⁸. De bevoegde minister antwoordde hierop dat het de bedoeling was het wetgevend initiatief te beperken, niet alleen tot de koppelbazerij als fenomeen, doch zelfs nog meer concreet tot het bestrijden van de voornoemde specifieke tactiek waarmee de koppelbazen artikel 30bis trachten te omzeilen⁴⁹. Of zulk een symptomatisch optreden verkieslijk is, behoort tot het politiek terrein, zodat het de lezer toekomt zich hierover een opinie te vormen. Vastge-

steld dient dus te worden dat een alomvattende discussie uit de weg gegaan werd.

Aldus werd uiteindelijk artikel 18 van voornoemde herstelwet goedgekeurd, waarbij een nieuw artikel 30ter ingevoegd werd in de wet van 27 juni 1969, luidende:

«Voor de uitvoering van sommige door de Koning bij in Ministerraad overgelegd besluit te bepalen werkzaamheden zijn de in artikel 30bis, § 3, bedoelde inhouding en storting eveneens verschuldigd door ieder die voor de uitvoering van deze werken een beroep doet op een geregistreerde medecontractant. De Koning bepaalt bij in Ministerraad overgelegd besluit de modaliteiten van dit artikel, evenals de inhoud en de modaliteiten van de inlichtingen die de personen bedoeld in het vorig lid en hun medecontractant moeten verstrekken.

De bepalingen van artikel 30bis, §§ 4 en 5, zijn van toepassing op de inhoudingen verricht overeenkomstig dit artikel.»

Naast voormelde kanttekeningen dient thans te worden vastgesteld dat door dit nieuwe artikel met de weinige logica van de vroegere regeling volledig gebroken wordt. Tevoren kon de aannemer immers nog het bewijs voorleggen van goede trouw en hiervan erga omnes getuigen via zijn registratienummer. Medecontractanten die nalieten de registratie te verifiëren, werden op grond van een (al dan niet terecht) vermoeden van medeplichtigheid aan sociale fraude hiervoor medeaansprakelijk gesteld, waarvan de inhoudingen een modaliteit waren.

Thans vervalt principieel de zin, de betekenis van de registratie, aangezien geregistreerden en niet-geregistreerden dreigen, op principieel vlak althans, over een zelfde wettelijke kam geschoren te zullen worden. Aldus wordt eveneens de band verbroken tussen de hoofdelijkheid en de inhoudingen. De inhouding, variant op de modaliteiten van de uitgewerkte hoofdelijkheid, wordt verheven tot een nieuw bijzonder vorderingsrecht, dat een eigen bestaan gaat leiden. Het nieuwe artikel spreekt immers met geen woord meer over de hoofdelijkheid inzake de bijdragen. Het voorwerp van dit vorderingsrecht zijn niet meer de bijdragen van de aannemer, doch nog enkel de prijs van het werk. Men spreekt immers enkel over inhoudingen op de betalingen die de medecontractant op deze prijs dient te betalen. Dit is dus het enige criterium voor dit nieuwe vorderingsrecht.

Zoals verderop zal worden betoogd, is zulk een stellingname op zich een efficiëntere en juridisch analytisch juistere stellingname. Gegeven echter de huidige ongewijzigde redactie van artikel 30bis zal deze afwijkende rechtsfiguur het geheel niettemin niet doorzichtig maken.

Daar de inhoudingen, bedoeld in artikel 30ter, los staan van de hoofdelijkheid en een onvoorwaardelijke betalingsplicht inhouden, houden ze dus bevrijdende betalingen in ten aanzien van de aannemer en zal er allicht nooit sprake zijn van enige restitutie door de R.S.Z. aan de medecontractant. Het zal immers aan de aannemer en de R.S.Z. toekomen onderling uit te maken hoe deze bedragen zullen worden toegerekend op de bijdragen van de aannemer. Dit houdt dus een principieel verschil in met de regeling van artikel 30bis waarbij het aan de medecontractant toekam eventuele overschotten van inhoudingen terug te vorderen.

Stel nu dat men bij de aanvang van een werk een beroep doet op een geregistreerde aannemer, dan is artikel 30ter

⁴⁵ Kooph. Luik, 12 oktober 1982, *J.T.*, 1983, 451, Vred. Namen, 25 maart 1980, *J.T.*, 1981, 64; Kooph. Charleroi, 20 oktober 1982, *R.A.J.B.*, 1984, 755, Hof Luik, 10 februari 1982, *J.T.*, 1983, 451.

⁴⁶ Handelingen Kamer, 8 jan. 1985, 1207.

⁴⁷ Bescheiden Kamer, 3 jan. 1985, 1075, (1984-1985), nr. 21, p. 106.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 105.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 107; Handelingen Kamer, 8 jan. 1985, p. 1208.

van toepassing; verliest deze aannemer tijdens het werk zijn registratie, dan zal allicht artikel 30*bis* van toepassing worden en valt de medecontractant wel onder de hoofdelijkheid. Zullen in dit geval de stortingen het statuut van artikel 30*ter*, als onvoorwaardelijk verplichte (bevrijdende) betalingen behouden, of zullen ze onder die, bedoeld in artikel 30*bis*, te weten voorschotten op de hoofdelijkheid, vallen? Wie zal, bij overschot aan inhoudingen, deze bij de R.S.Z. kunnen terugvorderen? De medecontractant, zoals bepaald bij artikel 30*bis* of de aannemer, zoals logischerwijze uit artikel 30*ter* volgt?

Het is duidelijk dat de in september 1984 opgerichte interministeriële werkgroep die de uitvoeringsbesluiten zal moeten uitwerken, een moeilijke taak wacht, waarvan met nieuwsgierigheid het resultaat wordt afgewacht.

6. Besluit

Het is ver van onze bedoeling te ontkennen dat het probleem dat de wetgever dient op te lossen, geen sinecure is. Hij dient immers vat te krijgen op diegenen die zich steeds weten te onttrekken aan hun sociale en fiscale verplichtingen, niet alleen door geen bijdragen te betalen, maar ook vaak door geen gevolg te geven aan de wettelijke opgelegde aangiften en meldingsplichten. Logisch gevolg hiervan is dat de fiscale en sociale instanties hen dan ook niet kennen. De wetgever moet derhalve als het ware een onzichtbare vijand tegemoet. De strategie als dusdanig, hem te bekampen via zijn bevoorrading, via de personen die toelaten dat de kwaal van de koppelbazerij blijft bestaan is, derhalve geenszins laakbaar.

Wellicht is het echter nuttig, in plaats van de wetgeving enkel te baseren op deze strategie, nog een stap terug te gaan en de premisse na te gaan op grond waarvan dit hekel van de koppelbazerij stoelt. Laten we uitgaan van de essentie van ons sociale-zekerheidssysteem. Naast de individuele verzekeringsgedachte beoogt de wetgever, op grond van een maatschappelijk gegroeide consensus, het doorvoeren van een partiële herverdeling van de inkomens, tussen de actieve en de passieve bevolking, ten einde voor sociaal en economisch zwakkeren (bejaarden, zieken, werklozen, ...) in hun levensonderhoud te voorzien. Het criterium voor deze herverdeling ligt dus in het al dan niet arbeiden en verwerven van beroepsinkomsten. Aldus geeft men de Staat in de persoon van de R.S.Z. de opdracht, de toelating een deel van de geldelijke tegenwaarde van deze arbeid te innen, om aldus aan voornoemde sociale behoeften te kunnen voldoen. In onze problematiek betekent de toepassing van dit basisprincipe het volgende:

Als de medecontractant de aannemer voor het gepresteerde werk moet betalen, betaalt hij naast de prijs van het aangekochte materiaal: arbeid en winst. Wordt deze arbeid verricht door loontrekkenden, dan wordt de R.S.Z., naast de aannemer, schuldeiser van de opbrengst van die arbeid. Wil men spreken van hoofdelijkheid, dan bedoelt men dus veeleer de actieve hoofdelijkheid met de prijs van het werk, niet als begrenzing ervan, maar als enig echt voorwerp, en met de sociale bijdrageplicht van de aannemer als rechtsgrond. De medecontractant moet immers een schuld betalen waarvan én de aannemer én de R.S.Z. schuldeiser zijn.

Zoals boven reeds is opgemerkt, sluit het nieuwe artikel 30*ter* beter aan bij deze gedachtengang. Impliciet verlaat de

wetgever hier immers de moeilijke omweg van de passieve hoofdelijkheid om op te eisen wat rechtstreeks aan de R.S.Z. toekomt. Het verwijt tot de koppelbazen ligt immers niet zozeer in hun slechte financiële situatie, als wel in de omstandigheid dat ze het wettelijk bepaalde deel van de tegenwaarde van de gepresteerde arbeid niet doorstorten aan de R.S.Z., die hierop gerechtigd is.

Is het dan niet aangewezen artikel 30*bis* in dezelfde zin op te vatten, met eveneens de helft van de prijs van het werk als voorwerp van de hoofdelijkheid? De betaling door de medecontractant aan de R.S.Z. is dan ook de betaling van een eigen schuld, zodat de medecontractant zich dan ook rechtsgeldig kwijt⁵⁰ ten aanzien van de aannemer, wat niet noodzakelijk het geval is in de huidige regeling⁵¹. Aangezien de sociale bijdrageplicht van de aannemer de rechtsgrond is van zulke actieve hoofdelijkheid, zal hij dan ook eveneens de beperking ervan zijn, zodat de R.S.Z. van de medecontractant niet meer zal kunnen opeisen dan de aannemer aan de R.S.Z. verschuldigd is.

Eveneens zullen in deze regeling andere, vroeger aangehaalde problemen wegvallen, zoals de discussie welke bijdragen van de aannemer nu in aanmerking dienen te worden genomen. Zo zal het aan de aannemer en de R.S.Z. toekomen bij eventueel te veel gestorte bedragen deze toe te rekenen op grond van hun onderling bestaande rechtsverhouding. Wel zou in zo'n geval, wanneer de wetgever hierop geen uitzondering wil maken, de medecontractant, zolang hij niet door één van zijn hoofdelijke schuldeisers vervolgd wordt, naar eigen keuze zich van zijn schuld kunnen *kwijten* aan één van deze schuldeisers. Aangezien de overheid echter, althans theoretisch, over een brede waaier van informatiebronnen beschikt via de Erkenningscommissie voor de aannemers en de Registratiecommissies, zou een vlug optreden voor haar niet noodzakelijkerwijze een probleem moeten zijn.

In ieder geval is het voor een goed handelsverkeer toch essentieel dat zekere termijnen vastgelegd worden waarbinnen de R.S.Z. zijn vorderingsrecht kan doen gelden. De hoofdelijkheid zoals ze thans gereguleerd is, heeft immers tot gevolg dat, via de stuiting t.a.v. de aannemer, hoofdelijke medeschuldenaar, de medecontractant tot zes jaar na de laatste betaling aan de aannemer nog kan aangesproken worden op grond van zijn hoofdelijkheid⁵².

Naast de strijdigheid met de op andere vlakken van het recht door de wetgever gehuldigde doelstelling van vlot handelsverkeer is zulks op zich immers juridisch bezwaarlijk te verdedigen, gelet op bovengeschetste afwezigheid van belangengemeenschap.

Is het werk voltooid, dan worden de betrekkingen tussen aannemer en medecontractant normaliter verbroken. Er bestaat derhalve geen enkel quod plerumque fit vermoeden dat de aannemer de medecontractant wel op de hoogte zal hebben gebracht van deze stuitingsdaad.

Deze bijdrage heeft geen praktische oplossing kunnen bieden voor de bij de lezer bestaande vragen, en heeft veel-

⁵⁰ Artikel 1197 B.W.

⁵¹ De aannemer kan immers minder bijdragen verschuldigd zijn dan de inhoudingen die de medecontractant doorstortte.

⁵² Artikel 1206 B.W.

eer meerdere vragen blootgelegd. Het was dan ook de bedoeling aan te tonen dat de huidige redactie van de wet tegenstrijdig is in haar onderlinge bepalingen én ten aanzien van andere wettelijke bepalingen, dat niets anders kan gesteld worden dan dat het een niet bruikbare regeling is en

dat een hernieuwd en fundamenteel legislatief ingrijpen meer dan wenselijk is.

Stefaan D'HALLEWEYN
Substituut-arbeidsauditeur

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 16 OKTOBER 1986

Voorzitter : de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur : de h. Bosly

Advocaat-generaal : de h. Velu

Advocaten : mrs. Simont, Nelissen-Grade, De Bruyn en Dassesse

Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid — Dieren — Aansprakelijkheid van degene die zich van een dier bedient, terwijl hij het in gebruik heeft.

De aansprakelijkheid voor de door een dier veroorzaakte schade gaat niet van de eigenaar over op degene die zich van het dier bedient terwijl hij het in gebruik heeft, door het enkele feit dat die persoon het dier onder zijn bewaring heeft. Art. 1385 B.W. vereist daartoe dat de bewaarder, op het ogenblik van het schadeverwekkende feit, het meesterschap over het dier heeft, hetgeen een niet ondergeschikte bevoegdheid van leiding en toezicht, zonder tussenkomst van de eigenaar, insluit, en dezelfde bevoegdheid heeft als de eigenaar om het dier te gebruiken.

G. t/ P.V.B.A. E. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 februari 1985 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Overwegende dat de voorzieningen, ingeleid onder de nrs. 7448 en 7517, tegen hetzelfde arrest zijn gericht; dat ze dienen te worden gevoegd;

I. Op de voorziening van G. :

Over het middel van niet-ontvankelijkheid, (...)

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 1385 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het hof van beroep beslist dat eiser de dieren die aan de derde verweerder schade hebben berokkend, onder zijn bewaring had, op grond : «dat gebleken is dat het ongeval door een dier is veroorzaakt; dat aansprakelijk is in de zin van artikel 1385 van het Burgerlijk Wetboek degene die, op het ogenblik van het schadeveroorzakend feit, in rechte de juridische bewaring van of het meesterschap over het dier heeft, dat wil zeggen een niet ondergeschikte bevoegdheid van leiding en toezicht; dat er bovendien een feitelijk vermoeden bestaat dat de eigenaar, houder van het dier, dat dier onder zijn bewaring heeft; dat bijgevolg, als iemand anders, zelfs beroepshalve, samen met hem of op

zijn verzoek handelt, het de eigenaar is die, om zich te bevrijden van zijn aansprakelijkheid, moet bewijzen dat hij de bewaring overgedragen heeft aan die persoon, die dan kan worden aangesproken op grond van artikel 1385 van het Burgerlijk Wetboek; dat de rechtspraak in haar geheel genomen de aanwezigheid van de eigenaar, en in ieder geval zijn ingrijpen, onverenigbaar lijkt te achten met de mogelijkheid van zodanige overdracht, aangezien er vaak op wordt gewezen dat 'artikel 1385 van het Burgerlijk Wetboek vereist dat de bewaarder het meesterschap over het dier bezit op het ogenblik dat het schadeveroorzakend feit zich voordoet, hetgeen een niet ondergeschikte bevoegdheid van leiding en toezicht, zonder de tussenkomst van de eigenaar van het dier, impliceert'; dat die formulering te ruim is; dat immers uit bepaalde omstandigheden kan worden afgeleid ofwel dat de bewaring volledig op een derde is overgegaan, ofwel dat de eigenaar en een derde die samenwerken, gezamenlijk voor de bewaring zorgen; dat daarvoor nochtans in elk geval een strikt bewijs vereist is; dat ten deze G. (eiser) eigenaar was van het litigieuze dier; dat uit de uiteengezette feiten blijkt dat hij niet passief is blijven toezien, maar actief tussenbeide is gekomen, zonder dat is aangetoond dat zijn handelingen op enig ogenblik zelfs maar werden gesuggereerd door E. (tweede verweerder), orgaan (en niet de aangestelde) van de P.V.B.A. E. (eerste verweerder); dat het door de P.V.B.A. E. en haar verzekering G. (zesde verweerder) aangegeven feit dat Fernand E. 'in de meeste boerderijen gewoonlijk de dieren alleen oplaadde, zonder dat de veehouder 's nachts opstond', in het licht van de hierboven beschreven omstandigheden, veeleer ertoe aanzet te denken dat G., die bijzonder met zijn vee begaan was, wilde dat alles in zijn tegenwoordigheid en onder zijn leiding geschiedde; dat G. alleszins wist dat het vervoer meebracht dat jonge dieren, die tot dan niet aan elkaar vastgemaakt op stal hadden gestaan, zouden moeten worden opgeladen, hetgeen de moeilijkheid om ze in de aanhangwagen bijeen te brengen verhoogde en het aan de onderneming verbonden gevaar nog verergerde; dat immers niet wordt ontkend dat het hier ging om bijzonder driftige en zenuwachtige dieren; dat G. zelf de hulp inriep van de jonge D. (derde verweerder) en ook zijn vrouw liet meehelpen om de dieren bijeen te drijven en in de aanhangwagen te loodsen; dat niet bewezen is dat het initiatief om de aanhangwagen los te koppelen van de vrachtwagen ten einde hem aan de door G. bestuurde tractor vast te maken en hem vervolgens tot aan de stal te rijden van E. is uitgegaan; dat de omstandigheid dat het ongeval zich heeft voorgedaan toen de dieren alle in de veewagen aangekomen waren, ten deze het vermoeden dat de eigenaar de dieren

onder zijn bewaring had, niet kan ontzenuwen, te meer daar G. met de vervoerder zou meerijden naar aan hem toebehorende gronden, om er de dieren die zijn eigendom bleven en waarschijnlijk zouden worden afgeladen onder gelijksoortige omstandigheden als bij het opladen, te laten grazen; dat noch het bewijs dat de bewaring van het dier van de eigenaar op de vervoerder is overgegaan, noch het bewijs dat de eigenaar en de vervoerder gezamenlijk zorgden voor die bewaring, geleverd is, zodat op grond van de aangevoerde wetsbepaling alleen G. aansprakelijk kan worden verklaard voor het ongeval»,

terwijl, eerste onderdeel, bewaarder overeenkomstig artikel 1385 van het Burgerlijk Wetboek is degene die op het ogenblik dat de schade door het dier is veroorzaakt, het meesterschap over het dier heeft, dat wil zeggen de niet ondergeschikte bevoegdheid van leiding en toezicht; daaruit volgt dat het hof van beroep, nu het vaststelt dat het dier de schade heeft veroorzaakt op het ogenblik dat de dieren zich in de aanhangwagens bevonden en het laadplatform opnieuw werd rechtgezet, niet wettig heeft kunnen beslissen dat eiser op dat ogenblik de dieren onder zijn bewaring had op grond dat het inladen van de dieren onder de leiding van eiser is gebeurd en dat hij de vervoerder, vergezeld heeft met het oog op het uitladen van de dieren, aangezien, zoals eiser in zijn conclusie betoogde, in feite diende te worden uitgemaakt op wie de bewaringsplicht rustte tussen het in- en uitladen, dus gedurende de tijd dat de dieren zich in de aanhangwagens bevonden, nu de door het dier veroorzaakte schade zich op dat tijdstip heeft voorgedaan (schending van artikel 1385 van het Burgerlijk Wetboek);

(...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat de aansprakelijkheid voor de door een dier veroorzaakte schade niet van de eigenaar op degene die zich van het dier bedient terwijl hij het in gebruik heeft, overgaat door het enkele feit dat die persoon het dier onder zijn bewaring heeft; dat artikel 1385 van het Burgerlijk Wetboek daartoe vereist dat de bewaarder, op het ogenblik van het schadeverwekkende feit, het meesterschap over het dier heeft, hetgeen een niet ondergeschikte bevoegdheid van leiding en toezicht, zonder tussenkomst van de eigenaar, inhoudt, en dezelfde bevoegdheid heeft als de eigenaar om het dier te gebruiken;

Overwegende dat het arrest erop wijst: 1. dat eiser actief «tussenbeide gekomen is» bij het opladen, «zonder dat is aangetoond dat zijn handelingen op enig ogenblik zelfs maar werden gesuggereerd door E. (tweede verweerder), het orgaan (en niet de aangestelde) van de P.V.B.A. E.» — 2. «dat (eiser), die bijzonder met zijn vee begaan was, wilde ... dat alles in zijn tegenwoordigheid en onder zijn leiding geschiedde» — 3. «dat G. alleszins wist dat het vervoer meebracht dat de jonge dieren, die tot dan niet aan elkaar vastgemaakt op stal hadden gestaan, zouden moeten worden opgeladen, hetgeen de moeilijkheid om ze in de aanhangwagens bijeen te brengen verhoogde en het aan de onderneming verbonden gevaar nog verergerde; dat immers niet wordt ontkend dat het hier ging om bijzonder driftige en zenuwachtige dieren» — 4. «dat G. zelf de hulp inriep van de jonge D. (derde verweerder) en ook zijn vrouw liet meehelpen om de dieren bijeen te drijven en in de aanhang-

wagen te loodsen» — 5. «dat niet bewezen is dat het initiatief om de aanhangwagen los te koppelen van de vrachtwagen ten einde hem aan de door G. bestuurde tractor vast te maken en hem vervolgens tot aan de stal te rijden van E. is uitgegaan» en 6. «dat de omstandigheid dat het ongeval zich heeft voorgedaan toen de dieren alle in de veewagens aangekomen waren, ten deze het vermoeden dat de eigenaar de dieren onder zijn bewaring had, niet kan ontzenuwen, te meer daar G. met de vervoerder zou meerijden naar aan hem toebehorende gronden om er de dieren die zijn eigendom bleven en waarschijnlijk zouden worden afgeladen onder gelijksoortige omstandigheden als bij het opladen, te laten grazen»;

Dat het arrest uit die vaststellingen en feitelijke beoordelingen van de gegevens van de zaak wettig heeft kunnen afleiden dat de eigenaar, op het ogenblik van het ongeval, het meesterschap over de dieren had behouden, dat dit derhalve niet op de vervoerder was overgegaan zodra de dieren in de aanhangwagens waren gebracht en dat «de eigenaar en de vervoerder niet gezamenlijk hadden gezorgd voor (de) bewaring (van de dieren)»;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 20 NOVEMBER 1986

Voorzitter: de h. Bosly

Raadsheer-rapporteur: de h. Sace

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaat-: mr. Draps

Recht van verdediging — Ambtshalve wijziging van een niet betwiste omschrijving.

Het recht van verdediging wordt miskend door de rechter die een niet door de partijen betwiste omschrijving van een litigieuze daad wijzigt zonder de partijen om uitleg te verzoeken.

D. t/ M.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 februari 1985 (lees 13 februari 1985) door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het eerste middel: schending van artikel 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek en miskenning van het algemeen beginsel inzake het recht van verdediging,

doordat het arrest het beroepen vonnis — dat had beslist dat eiser het bestaan van een koopovereenkomst niet aantoonde en verweerders tegenvordering tot teruggave van een bedrag van 500.000 frank had aangenomen — bevestigt, op grond: «dat ten aanzien van (verweerder) de aankoop van een Fox Family-boot een daad van louter burgerlijke aard was, dat aldus, overeenkomstig de regels van het Burgerlijk Wetboek, te zijnen laste het bewijs enkel door een geschrift kan worden geleverd, aangezien de verkoopprijs meer dan 3.000 frank bedraagt en de artikelen 1347 en 1348 van het Burgerlijk Wetboek ten deze niet van toepassing zijn», en derhalve zegt dat het door eiser aangevoerde gebruik van de boot «het bestaan van een burgerlijke ver-

koopovereenkomst onmogelijk kan aantonen» en dat het aanbod te bewijzen dat verweerder die boot in bezit heeft genomen, niet ontvankelijk is,

terwijl, eerste onderdeel, eiser in zijn appelconclusie aanvoerde «dat de partijen in dit geding handelaar zijn en sedert tal van jaren handelsbetrekkingen onderhouden» en, om het bestaan van een koopovereenkomst aan te tonen, een bepaald aantal feiten aanvoerde, zoals het betalen van een voorschot, foto's waaruit blijkt dat verweerder de boot gebruikte, werken aan de binneninrichting, en aanbod «door alle middelen rechtens, getuigen inbegrepen, te bewijzen dat M. bezit heeft genomen van een Family Fox-boot, die D. hem begin juni 1979 had geleverd»; verweerder in zijn conclusie de ontvankelijkheid van de door eiser aangevoerde bewijzen niet betwistte, doch, integendeel, de werkelijkheid van de als vermoeden van aankoop aangevoerde feiten betwistte, waarbij hij aldus, in het onderhavig geval, onbetwistbaar de toepassing aanvaardde van de in handelszaken geoorloofde bewijsregels; het arrest, door ambtshalve te beslissen dat de aankoop van een boot ten laste van de verweerder enkel volgens de regels van het Burgerlijk Wetboek mag worden aangetoond, in een materie die de openbare orde niet raakt, een geschil opwerpt dat niet in de conclusie van de partijen was vervat en, derhalve, het beginsel van de autonomie van de procespartijen miskent, dat met name in artikel 1138, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek is vervat (schending van die bepaling);

tweede onderdeel, eiser, door in zijn regelmatig neergelegde conclusie te stellen dat «de partijen handelaars zijn en sedert talloze jaren handelsbetrekkingen onderhouden», duidelijk had aangegeven dat hij de ontbinding van een handelsverbintenis vorderde; het arrest die omschrijving niet mocht wijzigen en beslissen dat de litigieuze aankoop aan de zijde van verweerder een burgerlijke daad was, terwijl de partijen over dat punt geen discussie hadden gevoerd, zonder hen te verzoeken daaromtrent uitleg te verschaffen; het arrest, bij ontstentenis daarvan, het algemeen beginsel van het recht van verdediging miskent (miskenning van dat algemeen rechtsbeginsel):

Over het tweede onderdeel:

Overwegende dat eiser in zijn appelconclusie had betoogd «dat de partijen handelaars waren en sedert talloze jaren handelsbetrekkingen onderhielden»: dat hij, om te bewijzen dat de verkoop van een Family Fox-boot tussen hem en verweerder was gesloten, verschillende feiten had aangevoerd, zoals het betalen van een aanzienlijk voorschot, het bezit en het gebruik van de boot door verweerder, en het aanbrengen van binneninrichting, waardoor hij aldus, althans impliciet, overwoog dat het bewijs van die verkoop volgens de regels van het handelsrecht mocht worden geleverd;

Overwegende dat verweerder, in zijn hoofd- en aanvullende conclusie, niet had betoogd dat het bewijs van die verkoop volgens de regels van het burgerlijk recht moest worden geleverd; dat hij enkel de werkelijkheid en de relevantie van de door eiser aangevoerde feiten had betwist;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser en verweerder beiden handelaars zijn en in het handelsregister zijn ingeschreven, maar beslist dat de aankoop van de Fox-boot ten aanzien van verweerder, een «louter burgerlijke daad is», om daaruit af te leiden dat het bewijs van die aankoop

volgens de regels van het burgerlijk recht moet worden geleverd, te weten door een geschrift, en dat het door eiser aangevoerde gebruik, evenals het door hem gedane bewijsofbod, geen «bewijs van een burgerlijke koopovereenkomst kunnen opleveren»;

Overwegende dat het hof van beroep aldus, door de wijziging van de omschrijving van de litigieuze daad, die noch door eiser noch door verweerder werd betwist, zonder de partijen om uitleg te verzoeken, eisers recht van verdediging miskent;

Dat het onderdeel gegrond is;

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 17 MAART 1987

Voorzitter: de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur: de h. D'Haenens

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaat: mr. Pauwels

Strafvordering — Hoger beroep — Eenparigheid.

Wanneer de eerste rechter wegens de eenheid van opzet één enkele straf heeft uitgesproken voor verscheidene misdrijven en de rechter in hoger beroep de uitgesproken straf behoudt, wordt, zelfs als hij slechts sommige van die misdrijven in aanmerking neemt, de straf niet verzwaaard en is derhalve geen eenstemmigheid vereist.

Van M.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 november 1986 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

A. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing op de strafvordering wegens de telastlegging A:

Overwegende dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is gewezen;

B. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing op de strafvordering wegens de telastleggingen B en C:

Over het middel, afgeleid uit de schending van artikel 211bis van het Wetboek van Strafvordering, en luidende als volgt: De correctionele rechtbank heeft beslist dat de feiten B, C en D de uitvoering zijn van één ongeoorloofd opzet en als een voortgezette handeling moeten worden beschouwd, zodat er maar één straf moest worden uitgesproken; het hof van beroep acht het feit D niet bewezen, doch bevestigt de uitgesproken straf. Eiser wordt aldus nu voor de feiten B en C veroordeeld tot dezelfde straf als voorheen voor de feiten B, C en D. Dit is een verzwaring van de straf. Noch uit het arrest noch uit het zittingsblad blijkt dat die beslissing met eenparige stemmen is genomen, hetgeen nochtans door artikel 211bis van het Wetboek van Strafvordering wordt vereist:

Overwegende dat wanneer, zoals ten deze, de eerste rechter ingevolge de eenheid van opzet één enkele straf heeft uitgesproken wegens verscheidene misdrijven en de rechter in hoger beroep de uitgesproken straf behoudt, zelfs als hij

slechts sommige van die misdrijven in aanmerking neemt, de straf niet wordt verzwagd en derhalve geen eenstemmigheid vereist is;

Dat het middel faalt naar recht;

(...)

NOOT—*Eenstemmigheid bij hoger beroep in strafzaken*

Als de eerste rechter, met toepassing van artikel 65 van het Strafwetboek, slechts één enkele straf heeft uitgesproken wegens verscheidene misdrijven en de rechter in hoger beroep de straf bevestigt, doch sommige feiten niet bewezen acht, is er geen strafverzwaring en bijgevolg is er ook geen eenparigheid vereist. Het kan ook voorkomen dat bepaalde strafbare feiten verjaard zijn op het ogenblik dat de rechter in hoger beroep uitspraak doet: ook als de straf in dit geval behouden blijft, is er geen strafverzwaring.

Door de toepassing van artikel 65 van het Strafwetboek worden alle misdrijven beschouwd als één enkel strafbaar feit: de omstandigheid dat één of meer misdrijven in hoger beroep niet meer in aanmerking komen, maakt geen verschil meer uit als de straf maar dezelfde blijft en gerechtvaardigd wordt door de aangehouden misdrijven.

A. Vandeplas

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

3e KAMER — 18 FEBRUARI 1987

Voorzitter: de h. Van Nuffel

Raadsheren: de h. Van Coppenolle en mevr. Spinoy

Advocaat-generaal: de h. Rigaux

Echtscheiding — Door onderlinge toestemming — 1. Bezoekrecht — Nauwkeurige formulering — 2. Onderhoudsbijdrage voor de kinderen — Onderscheid tussen het recht en de uitoefening van het recht — Afstand van recht — Strijdig met openbare orde — 3. Art. 1273 Ger. W. — Niet van toepassing.

1. Bij echtscheiding door onderlinge toestemming dient de voorafgaande overeenkomst de uitoefening van het bezoekrecht nauwkeurig te bepalen. De verwijzing naar een latere afspraak voldoet niet aan deze eis.

2. Een overeenkomst met betrekking tot de onderhoudsbijdrage voor het kind waaruit niet kan worden afgeleid of afgezien wordt van het recht op onderhoudsbijdrage of aan de uitoefening van dit recht, wordt als een verzaking aan het recht uitgelegd en is strijdig met de openbare orde.

3. Art. 1273 Ger. W. is niet van toepassing op de echtscheiding door onderlinge toestemming.

Procureur des Konings te Antwerpen t/ V.G. en H.

Overwegende dat het bestreden vonnis de echtscheiding door onderlinge toestemming toestaan tussen geïntimeerden; dat het hoger beroep ertoe strekt het bestreden vonnis te horen vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de echtscheiding door onderlinge toestemming tussen geïntimeerden te horen niet toestaan;

Overwegende dat de akte van 21 november 1985 voor notaris V. te A. met betrekking tot het kind van partijen, Peter, geboren op 13 juni 1981, waarvan het bestuur over de persoon en over de goederen bij akkoord van partijen aan tweede geïntimeerde werd toevertrouwd, bepaalt: «3° De Heer V.G. behoudt zich het recht voor, zowel gedurende de proeftijd als na de uitspraak van de echtscheiding, het kind Peter te bezoeken op dagen en uren in onderling akkoord af te spreken. 4° de heer V.G. en Mevrouw H. verklaren uitdrukkelijk overeen te komen dat voor het kind Peter geen onderhoudsvergoeding zal dienen te worden betaald»;

Overwegende dat partijen geen overeenkomst vastlegden met betrekking tot de uitoefening van het recht van bezoek van eerste geïntimeerde aan het kind; dat een verwijzing naar een latere afspraak art. 1288 van het Gerechtelijk Wetboek miskent en de deur openstelt voor latere betwistingen, die slechts worden vermeden door dag, uur, plaats en duur van het bezoekrecht te bepalen;

Overwegende dat de overeenkomst met betrekking tot de onderhoudsbijdrage voor het kind de vraag openlaat of de betrokken partijen afzien van het recht op onderhoudsbijdrage of alleen voorlopig afzien van de uitoefening van dit recht; dat een afstand, waardoor een der ouders ontslagen wordt van elke onderhoudsverplichting jegens zijn kind, strijdig is met de openbare orde;

Overwegende dat de bepalingen van art. 1273 Ger. W. niet van toepassing zijn in de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming;

(...)

NOOT—1. Over de nauwkeurige formulering van het bezoekrecht zie W. Pintens, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen, Kluwer, 1982, nr. 376-377.

2. In dezelfde zin: Brussel, 25 maart 1980, *R.W.*, 1980-81, 663, noot, *Rev. Not. B.*, 1980, 492, noot Sterckx en *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 168, noten Poelman en Renchon; Antwerpen, 3 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 2559. Hierover W. Pintens, «Echtscheiding», *T.P.R.*, 1985, 29; P. Senaëve, in *Opstellen De Boungne*, Antwerpen, Kluwer, p. 185.

ARBEIDSHOF TE GENT

3e KAMER — 11 MAART 1987

Voorzitter: de h. De Sutter

Raadsheren in sociale zaken: de h. Simoens en mevr. Baeyens

Eerste advocaat-generaal: de h. Verheughe

Advocaat: mrs. Beck en Demaseure

Brugpensioen — C.A.O. nr. 17 — Aanvullende vergoeding — Basis — Loon — Begrip — Vergoeding voor reisduur.

De contractueel toegekende vergoeding voor de bijkomende uren die een werknemer moet spenderen om zich naar de arbeidsplaats te begeven, wegens de verplaatsing van de bedrijfszetel naar een andere stad, is loon in de zin

van de Loonbeschermingswet en komt bijgevolg in aanmerking voor de berekening van de brugpensioenvergoeding.

Faillissement N.V. A. t/ E.

De feiten

Verweerder in hoger beroep was sedert 23 september 1952 in dienst van de N.V. E., later de N.V. A. met zetel te O. In februari 1980 wordt de zetel naar L. overgebracht en is verweerder in hoger beroep aldus verplicht te L. te komen werken.

Ten einde aan deze nieuwe werkomstandigheid tegemoet te komen, wordt een bijvoegsel aan het vroegere arbeidscontract ondertekend op 15 februari 1980 krachtens hetwelk verweerder in hoger beroep dagelijks zal worden gevoerd naar en van deze nieuwe werkplaats door de zorgen en op kosten van de onderneming (2°), de bijkomende tijd gewijd aan de reis door de onderneming vergoed wordt (3°) en eventuele overuren, als gevolg van de verplaatsingen, omgezet kunnen worden in compensatieverlof (6°).

In 1982 wordt verweerder in brugpensioen gesteld en wordt de vergoeding te betalen door de werkgevers, belovend de helft van het geïndexeerde nettoloon, min de werkloosheidsuitkering, berekend op een loon waarbij de voornoemde vergoeding, destijds betaald voor de bijkomende tijd voor de verplaatsingen O.-L., niet in het loon berekend is.

In rechte

Krachtens artikel 5 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 17, van 19 december 1974, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 16 januari 1975 (Belgisch Staatsblad, 31 januari 1975), waarvan de toepassing in casu niet wordt betwist, is het bedrag van de aanvullende vergoeding te betalen door de werkgevers gelijk aan de helft van het verschil tussen het nettoreferentieloon en de werkloosheidsuitkering.

Dit nettoreferentieloon is gelijk aan het brutomaandloon begreund tot 37.925 frank (index 134,52) en verminderd met de persoonlijke-zekerheidsbijdrage en de fiscale inhouding (art. 6 van de collectieve arbeidsovereenkomst).

Het brutoloon omvat de contractuele premies die rechtstreeks gebonden zijn aan de door de werknemers verrichte prestaties waarop inhoudingen voor sociale zekerheid worden gedaan en waarvan de periodiciteit van betaling geen maand overschrijdt. Het omvat ook de voordelen in natura die aan inhoudingen voor de sociale zekerheid onderworpen zijn. Daarentegen worden de premies of vergoedingen die als tegenwaarde van werkelijke kosten worden verleend, niet in aanmerking genomen (art. 7, § 1, collectieve arbeidsovereenkomst).

Eisers in hoger beroep stellen in casu dat de vergoeding voor de bijkomende tijd voor verplaatsingen, bepaald in het bijvoegsel van voornoemde arbeidsovereenkomst, niet valt onder de contractuele premies welke rechtstreeks gebonden zijn aan de door de werknemer geleverde werkprestaties, als opgesomd in artikel 7, § 1, eerste lid, van voornoemde collectieve arbeidsovereenkomst.

Al lijkt het niet zeker dat door de in deze collectieve arbeidsovereenkomst vermelde «prestaties» (geen werkprestaties zoals eisers in hoger beroep vermelden) «arbeidsprestaties» betreffen — opgelegde verplichte verplaatsingen zijn ook prestaties opgelegd ingevolge de arbeidsovereen-

komst — dan staat het echter buiten twijfel dat in de voormelde collectieve arbeidsovereenkomst elk «loon» uiteraard tot basis dient voor de berekening van de verschuldigde vergoeding inzake brugpensioen.

Aldus dient te worden onderzocht of de vergoeding wegens de verplaatsingsduur als «loon» kan worden beschouwd.

Krachtens artikel 2 van de wet van 12 april 1965 wordt onder «loon» verstaan, niet alleen het loon waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever (1°), maar eveneens de in geld waardeerbare voordelen waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever. Dit betekent dat niet alleen als loon wordt beschouwd de vergoeding in tegenprestatie van effectieve arbeidsprestaties, die uiteraard ingevolge de uitvoering van een arbeidsovereenkomst verschuldigd is, doch ook alle voordelen waarop de werknemer terwille van die arbeid of ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft, d.w.z. alle voordelen die verband houden met de arbeidsverhouding en door de werkgever verschuldigd zijn of door de werknemer kunnen worden afgedwongen (cf. conclusie advocaat-generaal Lenaerts, bij Cass., 20 april 1977, *J.T.T.*, 1977, 180).

In casu werden tussen partijen bij het verplaatsen van de zetel van de firma naar L. aanvullende arbeidsvoorwaarden overeengekomen, waarbij niet alleen de reiskosten vergoed zullen worden door het ter beschikking stellen van gratis vervoer, doch waarbij bovendien de bijkomende tijd gewijd aan de verplaatsingen door de onderneming vergoed zal worden, met dien verstande dat eventuele overuren, als gevolg van die verplaatsingen omgezet kunnen worden in compensatieverlof.

Aldus is in casu de bijkomende vergoeding voor de verplaatsingsduur kennelijk een in geld waardeerbaar voordeel waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking «recht» heeft en dient deze vergoeding als «loon» te worden aangemerkt in de zin van artikel 2, 3°, van de wet van 12 april 1965.

Dat op de vergoeding R.S.Z.-inhoudingen werden verricht is derhalve hiervan het wettelijk verplicht gevolg, al is dit niet beslissend om aan een vergoeding al dan niet het karakter van loon toe te kennen, nu het omgekeerde ook en veelvuldig voorkomt.

(...)

ARBEIDSRECHTBANK TE MECHELEN

1e KAMER — 18 MAART 1987

Voorzitter: de h. Duys

Rechters in sociale zaken: de hh. Huybrechts en Hermans

Advocaat: mr. Van den Houte loco Wouters en van de Velde

Ondernemingsraad — Veiligheidscomité — Sociale Verkiezingen — Verkiesbaarheid — Tewerkgestelde werkloze — Anciënniteit — Begrip.

Een tewerkgestelde werkloze is niet door een arbeidsovereenkomst met de werkgever verbonden. Derhalve komt

de periode dat hij in die hoedanigheid werkzaam was in de juridische entiteit waaronder de onderneming ressorteert, niet in aanmerking ter bepaling van de zes maanden «tewerkgesteld zijn», die een voorwaarde van verkiesbaarheid vormt.

L.B.C. t/ V.Z.W. K., A.C.L.V.B. en C.

Overwegende dat blijkens de termen van het verzoekschrift het verzoek ertoe strekt voor recht te doen zeggen dat C., bediende, geen kandidaat kan zijn voor een mandaat in de ondernemingsraad of het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing der werkplaatsen van de V.Z.W. K. en bijgevolg afgevoerd moet worden van de lijst nr. 3 ingediend door de Algemene Centrale der Liberale Vakbonden van België voor de ondernemingsraad en het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing der werkplaatsen;

Overwegende dat vaststaat dat C. oorspronkelijk als tewerkgestelde werkloze een «bediendencontract» voor beperkte duur onderschreef op 6 december 1984, welke overeenkomst vernieuwd werd op 24 december 1985 en eindigde op 31 december 1986;

Dat hij op 1 januari 1987 een bediendenovereenkomst voor onbepaalde duur met de V.Z.W. K. sloot en in die overeenkomst bepaald werd dat de dienstjaren gepresteerd als tewerkgestelde werkloze behouden bleven en de overeenkomst geen proefbeding inhield;

Dat uit die feitelijke toestand door verweerders besloten werd dat C. sedert meer dan zes maanden tewerkgesteld was in de onderneming en aldus voldeed aan de anciënniteitsvereisten om kandidaat te zijn voor de sociale verkiezingen;

Overwegende dat het begrip «tewerkgesteld» zijn als basis een arbeidsovereenkomst moet hebben; dat het bijzonder statuut van tewerkgestelde werkloze in het art. 165 K.B. 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en de werkloosheid, in het derde lid bepaalt: «Zij worden niet aangeworven krachtens een arbeidsovereenkomst en blijven ingeschreven op de lijst van de werkzoekenden»;

Dat hieruit moet worden afgeleid dat zij juridisch geen deel uitmaken van de onderneming tijdens de loop van hun contract als tewerkgestelde werkloze;

Dat C. aldus slechts vanaf 1 januari 1987 in de onderneming was tewerkgesteld, minder dan zes maanden anciënniteit telt op het ogenblik van de verkiezingen die vastgesteld zijn op 10 april 1987; dat, aangezien men als kiezer verbonden moet zijn door een arbeidsovereenkomst, zulks eveneens dient te worden begrepen onder het begrip «tewerkstelling» dat ingevoerd is onder de voorwaarden van verkiesbaarheid; dat hij aldus niet voldoet aan de voorwaarden gesteld bij art. 19 wet van 20 september 1948;

Dat de vordering dan ook gegrond is;

(...)

BOEKEN

J. DE LAT en B. MAES, *Franchising — Een juridische schets van een succesformule*, Prolegomena 9, Swinnen, Brussel, 1985, 219 blz.

De vraag naar de juridische aspecten van franchising is actueel: op nationaal vlak waren reeds een aantal wetsvoorstellen ter bescherming van de franchisenemer hangende (door de auteurs vermeld: *Parl. St., Kamer*, 1980-81, 25 mei 1981, nr. 855; *Parl. St. Kamer*, 1981-82, 4 februari 1982, nr. 90; *Parl. St., Senaat*, 1980-81, 2 juli 1981, nr. 696) en op Europees niveau wordt druk gedebatteerd over de mogelijke mededingingsbeperkende aspecten van franchisingovereenkomsten (daterend van na de publikatie van het ter bespreking liggend boek: het Hof van Justitie deed zijn eerste uitspraak over franchising op 28 januari 1986 (zaak 161/84: *Pro-nuptia de Paris*) en de Commissie stelt een groepsvrijstelling voor franchisingovereenkomsten in het vooruitzicht («Mitteilungen», *GRUR Int.*, 4/1986, 282; Zittingsdocumenten, Europees Parlement, 1986-1987, 29 oktober 1986, nr. A 2-136/86, 5 en 9).

In een eerste hoofdstuk geven de auteurs een begripsomschrijving van franchising aan de hand van een reeks definities. Professor P. Eeckman maakte destijds een synthese-definitie: «(Franchising) zou kunnen worden omschreven als een overeenkomst waarbij de ene partij (franchisor) een door haar in het economisch verkeer bekendgemaakt commercieel imago, samen met een bepaald door haar ontwikkeld en op de markt uitgetest commercialisatiesysteem, tegen vergoeding ter beschikking stelt aan de andere partij (franchisee) die er zich toe verplicht, naar beste vermogen en volgens de haar voorgeschreven normen, in eigen naam en voor eigen rekening, een zaak onder genoemd commercieel imago op te zetten en overeenkomstig het genoemde commercialisatiesysteem uit te baten» (Eeckman, P., «Franchising: geïntegreerde marketing en contractuele integratie van ondernemingen», in *Actori incumbit probatio*, Maarten Kluwer, Antwerpen, 1975, 55).

Verder schetsen de auteurs in het eerste hoofdstuk franchising als commercieel fenomeen. Zowel niet-juristen als juristen krijgen een bondig maar duidelijk beeld van welke lading het begrip «franchising» dekt. In aansluiting met «IV. Inhoud van de overeenkomst» (p. 30) is een zesde bijlage «Model van een franchisingovereenkomst» het overwogen waard.

Het tweede hoofdstuk «Rechten en verbintenissen der partijen» bevat — wat de titel van dit hoofdstuk niet onmiddellijk laat vermoeden — proportioneel veel praktische informatie ten behoeve van toekomstige franchisegevers en -nemers (inclusief de referenties naar praktijkgerichte naslagwerken).

Wat juristen onder «Rechten en verbintenissen der partijen (bij een franchisingovereenkomst)» verstaan, valt in dit hoofdstuk (op de verdeling van de aansprakelijkheid t.o.v. derden tussen franchisegever en -nemer na) wel ongeveer terug te vinden. De uitgebreide literatuurlijst geeft geïnteresseerden de kans de soms summier juridische benadering van een aantal aspecten uit te diepen (m.d.v. dat B.C.D. staat voor Belgisch Comité voor de Distributie en Bull. staat voor bulletins of verslagen van door het B.C.D. georganiseerde symposia).

Herhalingen en verwarringen hadden kunnen worden vermeden door een opsplitsing te maken tussen de praktische informatie en de juridische implicaties, op hun beurt opgesplitst in de juridische implicaties betreffende de relatie franchisegever en -nemer en de mogelijke kartelrechtelijke implicaties van franchisingovereenkomsten. Mogelijke kartelrechtelijke bezwaren worden m.i. nogal lichtzinnig weggewuifd niettegenstaande vooraf — zonder schroom — wordt beweerd dat clausules in verband met exclusieve afname, alleenverkoop, wederkerige exclusiviteit, territoriale gebiedsbescherming, prijsbinding, verplichting om aan nieuwe franchisenemers bepaalde concurrentiebeperkingen op te leggen, ... en systemen van selectieve distributie, verkoopweigering, ketenvorming... gemeen goed zijn in franchisingovereenkomsten. Een voorzichtigere houding had niet misstaan (cf. de beschikkingen van de Commissie van 17 dec. 1986 (*P.B.*, 10 jan. 1987, L 8, 49 en *P.B.*, 15 jan. 1987, L 13, 39): franchising wordt niet zonder voorbehoud niet-mededingingsbeperkend geacht).

Zelfs een aandachtige lezer heeft het in het derde hoofdstuk «Einde van de franchising» enigszins moeilijk wanneer de auteurs uitdrukkelijk stellen dat «een franchisingovereenkomst niet hetzelfde is als een concessieovereenkomst» (p. 144) en wijzen op een verschil in de gevolgen van de beëindiging van de franchisingovereenkomst en de concessieovereenkomst zonder dit verschil te verduidelijken (p. 150-151, 161-162).

Het laatste hoofdstuk geeft een bondige vergelijking van franchising met andere overeenkomsten.

Met uitzondering van de opmerking gemaakt in het kader van het eerste hoofdstuk, vormen de bijlagen een nuttige aanvulling bij de tekst.

Slordig zetwerk bezorgt de lezer nu eens ergernis (p. 145: «een» i.p.v. geen; p. 158: ontbreekt «tegen» (betaling van een prijs...); p. 172: ontbreekt (... kunnen worden worden) «vergeleken» (met...) (...), dan weer hilariteit (p. 211: ... la «vitrine» du dol..., ...)

Hilde Tamboryn-Wyckaert

G. BAETEMAN (red.), **Afstamming en adoptie**, Brussel, Story-Scientia, 1987, 563 p.

Op 21 maart 1987 werd aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de V.U.B. een studiedag gehouden over het nieuwe afstammings- en adoptierecht, waarvan het verslagboek beschikbaar was op de studiedag zelf. Dit was een hele krachttoer voor de organisator, prof. G. Baeteman, en zijn medewerkers, als men weet dat het ontwerp over de afstamming pas twee dagen voor de studiedag definitief door de Senaat werd goedgekeurd, en dat over het ontwerp inzake de adoptie toen nog door de Kamer diende te worden gestemd.

Na een inleiding door de staatssecretaris voor Justitie G. Munde-leer, bespreekt prof. Baeteman in titel I van het boek verscheidene bijkomende wijzigingen in het B.W. Allereerst worden de wijzigingen i.v.m. de akten van de burgerlijke stand behandeld, o.m. de gedeeltelijke «privatisering» van de burgerlijke stand. Verder wordt de nieuwe bepaling betreffende de inhoud van de door de ambtenaar van de burgerlijke stand opgestelde akte van erkenning behandeld. Daarna komen aan bod de woonplaats van de minderjarige, waarbij met de auteur vastgesteld moet worden dat de zaken er niet eenvoudiger en doorzichtiger op gemaakt zijn, de afschaffing van het verschil in regeling aangaande de toestemming tot het huwelijk van een wettig resp. een natuurlijk kind, en de nieuwe regeling omtrent het putatieve huwelijk. De onderhoudsverplichtingen die rusten op ouders en stiefouders werden in de nieuwe wet herschreven doch zonder grote inhoudelijke wijzigingen. Wel een belangrijke innovatie betreft de veralgemening van de mogelijkheid van de ontvangstmachtiging voor de uitvoering van nagenoeg alle onderhoudsverplichtingen; prof. Baeteman merkt terecht op dat de wijze waarop de nieuwe regeling aangaande de samenloop van ontvangstmachtigingen in de praktijk uitgevoerd moet worden, een raadsel blijft. Ten slotte bespreekt de auteur de lang verwachte afschaffing van de wachttermijn bij nieuw huwelijk van de vrouw.

Prof. J. Gerlo behandelt vervolgens de vestiging en de betwisting van de afstamming. De auteur gebruikt hierbij verder de terminologie van de «wettige» en «natuurlijke» afstamming, «gemakkelijkheidshalve, zonder discriminatoire bedoelingen» zoals hij het zelf verantwoordt. Dit moet nochtans betreurd worden, daar de termen «wettig» en «natuurlijk» loutere kwalificaties zijn die gegeven werden door thans opgeheven wettelijke regels; het verdient m.i. de voorkeur in de plaats hiervan de termen «huwelijks» en «buitenhuwelijks» te gebruiken.

Als voornaamste vernieuwingen uit de nieuwe wet somt de auteur op:

- de regel dat de geboorteakte met de vermelding van de naam van de moeder de afstamming vestigt ook t.a.v. de ongehuwde moeder;
- de toekenning van het betwistingsrecht van het vaderschap van de echtgenoot aan de moeder en het kind;
- het invoeren van een inspraakrecht van de moeder (en eventueel van het kind zelf) bij de erkenning door de vader;
- de algemene mogelijkheid van erkenning van een *a patre* in overspel verwekt kind, doch onderworpen aan de homologatie van de rechtbank indien de erkenning plaatsheeft tijdens het huwelijk;
- de afschaffing van de instelling van de wettiging door of na het huwelijk van de ouders van een buitenhuwelijks kind.

De gevolgen van de afstamming andere dan het erfrecht worden besproken door E. Guldix. Zij heeft het achtereenvolgens over het gelijkheidsbeginsel tussen huwelijks- en buitenhuwelijks kinderen dat uitdrukkelijk verwoord werd in art. 334 B.W., over de bijzondere verbodsregels en sanctioneringen verbonden aan de overspeli-

ge Afstamming, over de familienaam van het kind, en over de vordering tot levensonderhoud tegen de verwekker.

Prof. G. Van Oosterwijk behandelt de nieuwe bepalingen inzake ouderlijk gezag, minderjarigheid, voogdij en ontvoogding. Inzake het ouderlijk gezag betreffen de wijzigingen vooral de uitbreiding van de regeling inzake gehuwde ouders tot niet-gehuwde ouders, en de aanvulling van lacunes uit de oude wet. Inzake het wettelijk vruchtgenot valt vooral de opheffing van het verlies ervan voor de uit de echt gescheiden ouders te noteren. M.b.t. de gerechtelijke ontvoogding valt te noteren dat voortaan ook het O.M. de vordering daartoe kan inleiden bij de jeugdrechtsbank, maar alleen als de minderjarige maar één ouder (meer) heeft.

Prof. A. Vastersavendts analyseert de wijzigingen m.b.t. het erfrecht en de milddadigheden, waarbij vooral aandacht wordt besteed aan de toepasselijke regels in geval van aanwezigheid van een in overspel verwekt kind.

De belangrijke wijzigingen in het adoptierecht en de nieuwe wet inzake de verlatenverklaring van minderjarigen worden behandeld door prof. H. Casman. Een van de belangrijke wijzigingen is de invoering van de volle adoptie door één persoon. Bekritiseerbaar is de opvatting van de auteur dat, bij volle adoptie door een man van een kind van wie uitsluitend de moederlijke afstamming vaststaat, het kind niet zou ophouden tot de familie van zijn moeder te behoren (en vice versa), zodat o.m. beiden drager van het ouderlijk gezag zouden zijn! De auteur bespreekt tevens de ingrijpende wijzigingen aan het I.P.R. inzake adoptie.

E. Guldix behandelt daarna de onderscheiden wijzigingsbepalingen in andere wetten dan het B.W., waarna R. Vancraenenbroeck zeer gedetailleerd ingaat op de talrijke overgangsrechtelijke problemen die de nieuwe Afstammingswet doet rijzen.

Het boek wordt afgesloten met een zeer handig gecoördineerd overzicht van de oude en de nieuwe wetteksten, en een trefwoordenregister.

Dit verslagboek zal ongetwijfeld een van de standaardwerken over deze ingrijpende wijzigingen van het familierecht worden.

Patrick Senaevé

A. REDFERN, en M. HUNTER, **Law and practice of international commercial arbitration**, Londen, Sweet & Maxwell, 1986, 462 p.

De laatste jaren verschenen een aantal belangrijke Engelse werken omtrent arbitrage. Na een aantal handboeken aangaande het onderwerp (zoals de twintigste druk van *Russell on the law of arbitration* en *The law and practice of commercial arbitration in England* van Mustill/Boyd uit 1982 en het losbladige *Encyclopedia of arbitration law* van Lee uit 1984), verscheen zopas het gerecenseerde werk dat de meer beperkte problematiek van de transnationale handelsarbitrage behandelt.

De auteurs van het werk zijn beiden vennoten in een belangrijk Londens advocatenkantoor en als dusdanig goed met de bijwijlen gesofisticeerde praktijk van de internationale handelsarbitrage vertrouwd. Dit komt dan ook in een aantal onderdelen van hun werk sterk naar voren. Zo getuigt hun bespreking van de organisatie van de arbitrage, van de hoorzittingen en de vergaderingen van het scheidsgerecht van een doorleefde praktijkervaring (p. 181-196). Zo ook vormt de strategisch-tactische kijk op de bevoegdheidsvragen die zich voor het scheidsgerecht kunnen voordoen (p. 209-222) — waarvan de lectuur gerust kan worden aanbevolen in het licht van de duidelijkheid waarmee deze complexe problematiek uiteengezet wordt — een frisse benadering van een in de vakliteratuur reeds veelvuldig geanalyseerd probleem. De belangrijkste verdienste van het besproken boek kan dan ook eerder in zijn reflectie op een aantal praktische problemen van de transnationale handelsarbitrage dan in zijn theoretische diepgang worden gevonden.

De door de auteurs gemaakte analyse van de verschillende juridische vraagstukken die zich in het kader van de internationale arbitrage kunnen voordoen, is immers vanuit methodologisch en inhoudelijk oogpunt voor kritiek vatbaar. Allereerst wordt door de auteurs geen verantwoording gegeven van de rechtsstelsels die zij in hun analyse betrokken hebben. Zo stelt men vast dat vooral het Engels arbitragerecht besproken wordt doch op bepaalde punten wordt tevens naar Frans, Zwitsers, Oostenrijks, Amerikaans en

Belgisch recht en naar het recht van bepaalde Zuidoostaziatische landen zoals Singapore en Hong Kong verwezen. Deze benadering is op zichzelf uiteraard legitiem doch door de bespreking van een groot aantal rechtsordes en de moeilijke toegang tot de informatie over bepaalde (veelal verafgelegen) rechtssystemen ontstaat het risico dat men de meest relevante informatie over een bepaald rechtstelsel over het hoofd ziet of dat een onvolledig beeld geschetst wordt. Zo stelt men bijvoorbeeld vast dat ten aanzien van het Frans arbitragerecht niet steeds de meest gezaghebbende bronnen geciteerd worden of dat bepaalde vreemde wetteksten nogal ongenueanceerd weergegeven worden. Bovendien is het belang dat de auteurs aan de respectieve rechtssystemen hechten, niet vrij van mogelijke kritiek; zo lijkt bijvoorbeeld het belangrijk Zwitsers arbitragerecht onvoldoende aan bod te komen. Met betrekking tot de Belgische wet van 27 maart 1985 die de Belgische rechtbanken onbevoegd maakte om kennis te nemen van vorderingen tot nietigverklaring van in België tussen vreemdelingen gewezen scheidsrechterlijke uitspraken (voor preciseringen en commentaren zie Van Houtte, H., «La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international», *Rev. Arb.*, 1986, 29 e.v.; Van Houtte, H., «De Belgische wet van 27 maart 1985 inzake internationale arbitrage», *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1986, 1 e.v. en De Ly, F., «De liberalisering van de internationale arbitrage», *T.P.R.*, 1985, 1025 e.v.) stellen de auteurs zich gematigd kritisch op; zij stellen dat de Belgische wetgever een — wellicht betwistbare — snelle en definitieve behandeling van de arbitrale procedure heeft laten primeren op de bescherming van de rechten van de verwerende partij die nu verplicht wordt haar verweermiddelen tegen de uitspraak in iedere staat waar de tenuitvoerlegging gevraagd wordt, te doen gelden. Volgens de auteurs moet verweerder dan ook op de nadelen van een arbitrage in België gewezen worden (p. 63 en 67-68). Hierbij verliezen zij echter uit het oog dat partijen op het ogenblik dat zij de arbitrageplaats in het arbitragebeding invullen moeilijk hun processuele positie kunnen voorspellen en dat tegenvorderingen deze positie kunnen wijzigen. De keuze van België als arbitragestaat zal dan ook dikwijls afhankelijk zijn van factoren die de snelheid of de finaliteit van de arbitrale uitspraak bepalen, zoals de aard van de potentiële geschillen (bijvoorbeeld kwaliteitsarbitrage, maritieme arbitrage) en de hoedanigheid van de contractanten (bijvoorbeeld de arbitrage tussen publiekrechtelijke rechtspersonen en vreemde investeerders).

Niettegenstaande de voorgaande kritiek moet tevens worden vermeld dat de auteurs erin geslaagd zijn heel wat opzoekingsmateriaal te verwerken; in dit verband kan vooral worden gewezen op de vele verdragsteksten, arbitragereglementen en andere documenten van de internationale arbitragepraktijk (waaronder de in 1985 goedgekeurde tekst van de UNCITRAL-modelwet omtrent de internationale arbitrage) die in het werk besproken of geciteerd worden.

Vervolgens kunnen bij het werk een aantal inhoudelijke opmerkingen worden gemaakt. Niettegenstaande zijn heldere inleiding, daalt de inhoudelijke kwaliteit van het werk naarmate de lectuur verder vordert. Zo valt moeilijk in te zien waarom de auteurs nog een laatste hoofdstuk aan de rol van de Verenigde Naties met betrekking tot de transnationale arbitrage nodig oordeelden; dit hoofdstuk lijkt niet in de structuur van het boek te passen en bevat belangrijke overlappings met de in de voorafgaande hoofdstukken besproken problemen. Vervolgens zijn de bespreking en analyse van een aantal vraagstukken te summier en oppervlakkig; zo ontgoocht bijvoorbeeld de afdeling omtrent het verdragsrecht inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken. Ten slotte wekt het verwondering dat een handboek omtrent transnationale handelsarbitrage niet meer aandacht aan internationaal privaatrechtelijke aspecten besteedt. Weliswaar verwijzen de auteurs geregeld naar de verschillen in het arbitragerecht van de door hen besproken rechtssystemen, doch hierbij wordt onvoldoende bekeken hoe mogelijke wetsconflicten kunnen worden opgelost. Wellicht valt dit te verklaren door het feit dat de auteurs de in Engeland geldende verwijzingsregel van het recht van de zetel van het scheidsgerecht als vanzelfsprekend beschouwen. De auteurs gaan hierbij echter voorbij aan de meer genuanceerde stellingname die men in het verdragsrecht terugvindt en aan de kritiek die vooral in de Franse literatuur tegen deze collisieregels ingebracht is.

Tot slot kunnen nog twee specifieke problemen die in het werk

besproken worden, worden aangeraakt. Allereerst de stelling van de auteurs dat de autonomie van het arbitraal beding kan worden verklaard door hoofdovereenkomst en arbitrageovereenkomst als twee afzonderlijke overeenkomsten te beschouwen. Niet alleen doet een dergelijke analyse vrij artificieel aan, maar zij verantwoordt op zichzelf geenszins de autonomie van het arbitraal beding, aangezien de arbitrageovereenkomst als een accessoire overeenkomst zou kunnen worden gekwalificeerd. Ten slotte wordt de vraag naar de mogelijke uitzonderingen op het autonomiebeginsel door de auteurs niet aangeraakt. Een tweede probleem betreft de meerpartijenarbitrage waar de auteurs deze mogelijk achten in het geval de arbitragebedingen uit de verschillende verhoudingen naar een arbitragereglement verwijzen dat de tussenkomst van derden in de arbitrageprocedure toelaat of de arbitragebedingen zelf bepalen dat een derde in de arbitrageprocedure tussenkomt. Hierbij kan echter opgemerkt worden dat de voordelen van de meerpartijenarbitrage zich beperken tot de processuele en een vermindering van het risico van uiteenlopende beslissingen omtrent de bevoegdheids- en collisierechtelijke vragen, doch op materieelrechtelijk vlak geenszins een omvorming inhouden van een meerpartijenverhouding tot een meerpartijenovereenkomst zodat verweermiddelen slechts aan de medecontractant tegenwerpelijk blijven en men tevens alleen het risico van diens insolventie blijft dragen.

Filip De Ly

MEDEDELINGEN

Verslag Tweede Werkvergadering «Recht en Economie»

Op 21 november 1986 vond aan de Handelshogeschool te Antwerpen de Tweede Werkvergadering «Recht en Economie» plaats. Voor dit initiatief, in samenwerking met de V.Z.W. Leerstoel A. Van Melkebeke georganiseerd door de European Association of Law and Economics, werden de grondslagen gelegd in november 1985. Dat de economische analyse van het recht een stijgende belangstelling geniet, zowel vanwege juristen als vanwege economen, moge blijken uit de verdubbeling van het aantal deelnemers in vergelijking met vorig jaar (zie het verslag van B. Peeters in *R.W.*, 1985-86, 1324-1328).

Het belang van de Tweede Werkvergadering op Europees vlak blijkt uit de aanwezigheid van talrijke prominente sprekers uit binnen- en buitenland: de voorzitter van de European Association of Law and Economics, prof. dr. Göran Skogh (University Lund), prof. dr. Bengt-Arne Wickström (University Bergen), dr. Jan C. Bongaerts en ir. Andreas Kraemer (Internationales Institut für Umwelt und Gesellschaft, Wissenschaftszentrum Berlin), prof. dr. Dirk Heremans en prof. dr. Paul Van Rompuy (K.U.Leuven) en, last but not least, prof. dr. George Priest (Yale University Law School).

Na een welkomstwoord, uitgesproken door de voorzitter van de werkvergadering, prof. dr. Roger Van den Bergh, lichtte prof. dr. G. Skogh het ontstaan van Recht en Economie, en meer bepaald van de European Association of Law and Economics toe. De werkvergadering was georganiseerd in vier parallel-sessies. Na de presentatie van de rapporten werd de bespreking ervan ingeleid door een commentator.

Het eerste rapport had tot doel een overzicht te geven van het Noorse sociale-zekerheidssysteem. Het werd voorgesteld door prof. dr. B.-A. Wickström. Het Noorse systeem wordt gekenmerkt door een slechte financiële toestand. Het geboortecijfer daalt en de medische technologische kennis neemt toe. Deze verschijnselen leiden tot een veroudering van de bevolking. Juist de oudere generatie maakt intensief gebruik van de gezondheidszorg.

Het huidige sociale zekerheidssysteem, folketrygda, bestaat sedert 1967. Gelden van dit systeem worden getransfereerd naar de gezondheidszorg. Noorwegen heeft verder twee soorten pensioen: het basis- en het bijkomend pensioen. Daarnaast kan de burger zich een privaats pensioen verschaffen. Het pensioensparen vervult een belangrijke verzekeringsfunctie. Aangezien alleen beschikbaar inkomen kan worden belast, wordt het tevens indirect door de

regering gesubsidieerd via belastingregels.

De belangrijkste bron van inkomen van folketrygda wordt gevormd door de bijdragen van werkgevers (50%) en werknemers (30%); de overige 20% wordt gefinancierd door de regering. Folketrygda financiert voor de helft de gezondheidszorg. Bij de start van de folketrygda in 1967 was het de bedoeling dat een fonds tot stand zou worden gebracht. Uiteindelijk is gebleken dat de sociale zekerheid een «pay as you go»-systeem is, dit wil zeggen dat de inkomsten ook weer uitgegeven worden. In andere landen is het basispensioen een «pay as you go»-systeem en functioneert het bijkomend pensioen met fondsen.

Voor Wickström ligt de oorzaak van de problemen van de sociale zekerheid in de demografische ontwikkeling. Door een lager geboortecijfer en een lagere sterfte wordt het aantal pensioen-geïetters groter. De distributie-effecten van de sociale zekerheid moeten worden bekeken op het terrein van de pensioenen en op dat van de gezondheidszorg. In een «pay as you go»-systeem, waarin de bijdragen van de actieve bevolking constant zijn als een fractie van het nationaal produkt, zijn ook de inkomsten voor de oudere generatie constant als een fractie van het nationaal produkt. Bij de start van een dergelijk systeem zal de oudste generatie geld ontvangen niettegenstaande ze zelf niet betaalde. Bij een daling van het geboortecijfer leiden de distributieve effecten ertoe dat minder kan worden uitgekeerd dan in een fondsensysteem. Voor de analyse van de distributie-effecten van de gezondheidssector nam Wickström enerzijds de voor het individu levensnoodzakelijke diensten en anderzijds de niet-essentiële verstrekkingen onder de loupe. Een verzekering tegen ongevallen die tot de eerste categorie behoren, moet z.i. worden beschouwd als een inkomensinelastisch goed. De niet-essentiële diensten zijn relatief inkomenselastisch.

De auteur van het rapport bestudeerde het probleem van de efficiëntie op drie niveaus: consumptie, produktie en tussen verschillende takken van de openbare sector. Op het terrein van de consumptie is er een redistributie-effect in het voordeel van de rijke. Wat de produktie betreft, moet worden gewezen, aldus Wickström, op de monopoliepositie van de medische beroepen voor het verstrekken van informatie. Wat het derde niveau betreft, benadrukte Wickström de aanwezigheid van pressiegroepen.

In zijn commentaar wees prof. De Broeck op punten van gelijkheid en verschil tussen het Belgische en het Scandinavische sociale-zekerheidssysteem. De demografische ontwikkeling is gelijklopend. De financiering van de sociale-zekerheidssystemen daarentegen verschilt grondig: in de Scandinavische landen wordt gefinancierd met publieke middelen, terwijl in België werkgevers- en werknemersbijdragen belangrijk zijn. Prof. De Broeck stelde vast dat het werkloosheidspercentage in België veel hoger ligt dan in Noorwegen (respectievelijk 40% en 2%), wat tot gevolg heeft dat er minder inkomsten en meer uitgaven zijn voor de sociale zekerheid. Maatregelen worden genomen om de werkgeversbijdrage te verminderen. De commentator stelde de vraag of sociale zekerheid tot doel heeft de levensstandaard te verbeteren of armoede te bestrijden, of beide. Hij kwam tot de vaststelling dat het sociale-zekerheidssysteem in België een omgekeerd redistributie-effect heeft, namelijk van de lagere naar de hogere inkomens. Hij vroeg zich af of de privatisering van de supplementaire pensioensystemen een destructie is van het wettelijk systeem. De vraag werd eveneens gesteld of de uitgaven voor de medische zorg, die hoger zouden zijn bij de hogere inkomens, kunnen worden gedrukt. Ten slotte pleitte prof. De Broeck voor de vereenvoudiging van administratie en wetgeving.

In de tweede werksessie behandelden dr. Jan C. Bongaerts en ir. R.A. Kraemer de aansprakelijkheid en de verzekering voor milieuschade. Hun aandacht ging in eerste instantie uit naar enkele bijzondere eigenschappen van milieuschade en het impact ervan op de mogelijkheid om tot een verzekering te komen, die de aansprakelijkheid voor dergelijke schadegevallen dekt. Milieuschade kan het gevolg zijn van plotselinge, onverwachte ongevallen (bv. Bhopal), maar komt vaak ook geleidelijk tot stand. In dit geval kan het soms moeilijk zijn om het oorzakelijkheidsverband te bewijzen en om het juiste aandeel te berekenen dat bv. verschillende ondernemingen hebben in een zelfde verontreiniging. Een bijkomend probleem is dat milieuschade soms het gevolg is van synergetische factoren, nl. wanneer de schade veroorzaakt wordt door de lozing (bv. door twee verschillende bedrijven) van op zichzelf onschadelijke produkten die evenwel samengevoegd een milieubelastend ef-

fect hebben. Bovendien komt het ook voor dat men pas na verloop van tijd inzicht verwerft over de oorzaak en het bestaan van milieuschade. Gedurende jaren werden mensen dan blootgesteld aan stoffen waarvan het schadelijk effect in de geldende stand van de wetenschap niet bekend was (bv. asbestvezels). Men moet er zich tevens rekenschap van geven dat de schade aan de natuur die niet steeds een duidelijke marktwaarde heeft, moeilijk kan worden begroot. In dit kader merkten Bongaerts en Kraemer op dat het niet duidelijk is of regeringen het recht hebben om schadeloosstelling te eisen voor schade toegebracht aan de «natuur».

In een tweede deel behandelden beide sprekers twee mogelijke technieken voor ondernemers om zich, los van de niet steeds toereikend intern aangelegde fondsen, in te dekken tegen eisen tot schadeloosstelling voor de door hen veroorzaakte milieuschade: m.n. verzekeringen en bijzondere externe fondsen.

Het antwoord op de vraag of het mogelijk is voor milieuschade een verzekering te krijgen, hangt volgens hen af van de wijze waarop het risico wordt vastgesteld. Bij het verzekeren van milieuschade rijst immers het probleem dat tussen de relevante data vaak een groot tijdsverloop ligt. Zo is er de datum van de gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt, «the date of the event» (bv. de nalatigheid van het niet ontdekken van een lek), de datum waarop een lozing een niveau bereikt waarop het milieu wordt aangetast, «the date of the exposure» (bv. de datum waarop particulieren eraan worden blootgesteld) en de datum waarop de schade wordt ontdekt, «the date of the manifestation». In recente verzekeringspolissen worden de schade-eisen gedekt die tijdens de verzekeringsperiode worden geformuleerd ongeacht het tijdstip van de oorzaak van de schade («claims made basis»). In de traditionele polissen werden alleen schade-eisen gedekt die betrekking hebben op gebeurtenissen die tijdens de polisduur plaatsvinden («loss occurrence basis»). Volgens Bongaerts en Kraemer is de huidige crisis in de verzekeringsmarkt niet te wijten aan die wijziging in de polissen maar aan een discrepantie tussen de — in het verleden — geïnde premies en de — huidige — schade-eisen. De les die men daaruit kan afleiden is eenvoudig te formuleren doch moeilijk in de praktijk uit te voeren. De verzekeringnemers zouden moeten worden aangemoedigd aan hun verzekeraars de nodige informatie te verstrekken over de lozingen bij hun produktieprocessen, opdat zij op een redelijke wijze hun verzekeringspremies zouden kunnen berekenen. Dit zou kunnen bijdragen tot de ontwikkeling in de industrie van verontreiniging voorkomende strategieën.

In zijn uitgebreid commentaar op dit referaat betwistte prof. Libert o.m. dat verzekeringsmaatschappijen de voorkeur geven aan «claims made basis»-polissen i.p.v. «loss occurrence basis»-polissen. Hij stelde dat, zeker voor produktaansprakelijkheid, «loss occurrence basis»-polissen meer worden gebruikt. De moeilijkheid is vooral dat het vaststellen van het tijdstip van de milieuvervuilende gebeurtenis vaak problematisch is. De disputant betwistte ook de invloed van een — eventueel verplichte — verzekeringsdekking op het gedrag van ondernemers ter voorkoming van milieuverontreiniging. Hij was van oordeel dat alleen bepaalde beperkingen aan de verzekeringsdekking een preventieve werking kunnen hebben, bv. in geval van een opzettelijke niet-naleving door de verzekeringnemer van de geldende overheidsreglementering. Een verplicht verzekeringsstelsel is evenwel voordelig voor de slachtoffers wanneer zij beschikken over een rechtstreeks verorderingsrecht tegen de verzekeringsmaatschappij.

In de derde werksessie presenteerde prof. dr. Göran Skogh een rapport over «Liability and Direct Regulation of Safety». Er zijn, volgens Skogh, verschillende mogelijkheden om ongevallen te voorkomen en slachtoffers te vergoeden: in de eerste plaats is er de mogelijkheid van «cost liability», gecombineerd met particuliere verzekering. Vervolgens is er de vergoeding van alle door slachtoffers geleden schade via een schadefonds, gestijfd uit publieke middelen. Als er evenwel geen veiligheidsreglementering bestaat, kan de tweede situatie leiden tot een stijging van het aantal ongevallen. Daarom is zo'n reglementering nodig. De reglementering kan tegelijk worden gebruikt als criterium voor de vaststelling van de aansprakelijkheid. Reglementering en aansprakelijkheid zijn dus zowel complementair als substitueerbaar. Alle huidige systemen zijn gemengde systemen.

In de «Law and Economics»-literatuur is er een breedvoerig debat gevoerd voor en tegen aansprakelijkheid in vergelijking met administratieve controle en vergoeding via publieke verzekering.

Een doorslaggevend argument pro aansprakelijkheid in combinatie met particuliere verzekering is dat een dergelijk systeem meer wordt beïnvloed door de markt. Het gebruik van aansprakelijkheidsregels decentraliseert beslissingen naar hen die in ongevallen betrokken zijn (en het best weten hoe ze te voorkomen) en naar de verzekeraars op de markt. Het aansprakelijkheidsrecht heeft echter vele zwakheden. Een argument tegen is dat het geen volledig effectief middel is om ongevallen te voorkomen. Een ander argument contra is dat een uniforme volledige en vlugge vergoeding het gemakkelijkst wordt toegekend door openbare instellingen.

Het bestaan van een initiële externaliteit suggereert dat transactiekosten belangrijk zijn. Dergelijke kosten impliceren typisch dat de oplossing van de particuliere markt slechts gedeeltelijke aansprakelijkheid en gedeeltelijke verzekering meebrengt. Deze «second best solution» kan worden verbeterd door een complementair systeem van publieke verzekering en veiligheidsreglementeringen.

Volgens Skogh zijn alle huidige systemen gemengd. Een belangrijke opacht bestaat erin te verklaren waarom die systemen gemengd zijn. De «mix» van aansprakelijkheid, verzekering en veiligheidsreglementering maakt de economische analyse ingewikkeld. Voordelen en kosten van een bepaalde controlemaatregel of vergoedingsmaatregel moeten worden geëvalueerd met aandacht voor de gevolgen op alle delen van het systeem. Een reden voor het bestaan van gemengde systemen is dat aansprakelijkheid, reglementering, particuliere en publieke verzekering bepaalde voor- en nadelen hebben die een combinatie voordelig maken. Een voordeel van een publiek systeem is dat het zowel verplichte verzekering als veiligheidsreglementering, controle en straffen kan opleggen, welke niet beschikbaar zijn in een particuliere marktstructuur met aansprakelijkheid en particuliere verzekering. Daarom zijn publieke verzekering en reglementering belangrijke complementen voor particuliere aansprakelijkheid en verzekering.

Volgens Skogh kunnen de bestaande systemen worden gekarakteriseerd als «overgereguleerd» of «ondergereguleerd». De «optimal mix» van aansprakelijkheid, verzekering en veiligheidsreglementering moet daarom het centrale belangstellingspunt vormen van sectoriële economische analyses.

De discussieënleider, W. Van Buggenhout, stelde de vraag welke vorm van aansprakelijkheid (fout- of foutloze) en welke reglementering Skogh in zijn betoog voor ogen had. Hij wierp op dat de traditioneel denkende jurist niet de keuze maakt tussen aansprakelijkheid en regulering, maar zich afvraagt of er plaats is voor foutaansprakelijkheid met of zonder regulering en of de traditionele foutaansprakelijkheid moet worden vervangen door een foutloze aansprakelijkheid. Van Buggenhout stelde tevens de vraag of traditionele foutaansprakelijkheid gecombineerd met «self regulation» niet de beste oplossing is.

In de vierde werksessie behandelden de Leuvense professoren Heremans en Van Rompuy «De economische en monetaire unie in de Belgische staatsvorming» (zie het gelijknamig boek, uitgegeven door Maklu, Antwerpen, 1987). Bij hun analyse van de ruimte voor de regionalisering van het economisch en fiscaal beleid gingen beide referenten uit van de randvoorwaarden die bepalend zijn voor de doelmatige werking van een economische en monetaire unie (e.m.u.). Deze zijn: 1) een perfecte marktintegratie (met het prijsmechanisme als voornaamste coördinatiemechanisme); 2) het gebruik van één munt en 3) een overheidsbeeld waarin de overheid niet discriminerend mag optreden in de marktsector.

Volgens de sprekers is er binnen de e.m.u. veel ruimte tot regionalisering van het industrieel-economisch beleid. Zij bestreden het bij de Belgische staatsvorming toegepaste en onduidelijk uitgewerkte systeem van exclusieve bevoegdheidsverdeling. Allereerst omdat concurrerende bevoegdheden economisch meer verantwoord zijn en vervolgens omdat het systeem van exclusieve bevoegdheden door de Raad van State en het Arbitragehof wordt geïnterpreteerd op een wijze (m.n. de koppeling van bevoegdheden aan de financiële middelen) zonder dat er garanties bestaan tegen een bevoegdheidsuitholling ten nadele van de gewesten. Zij pleitten daarom voor een stelsel waarin de concurrerende bevoegdheden expliciet worden erkend en waarin garanties worden ingebouwd tegen een bevoegdheidsuitholling ten nadele van de gewesten.

Inzake het industrieel-economisch beleid zou de concurrerende bevoegdheid van de centrale overheid moeten worden beperkt tot raamwetgevingsbevoegdheid, onderworpen aan een aantal beperkende voorwaarden geïnspireerd door het behoud van de e.m.u.

De verdere uitwerking van de nationale raamwetgeving op normerend en uitvoerend vlak zou moeten toekomen aan de gewesten. De centrale overheid zou haar raamwetgevingsbevoegdheid hoofdzakelijk dienen aan te wenden voor het vaststellen van het algemeen normatief kader. Dit kader dient de marktintegratie binnen de e.m.u. te bevorderen door de marktconformiteit van het industrieel-economisch beleid te verzekeren. Dit zou kunnen worden gerealiseerd door de principes van het vrij verkeer van goederen, diensten, productiefactoren en betalingsverrichtingen in de Grondwet op te nemen. Hierdoor zouden de centrale overheid en de gewesten gehouden zijn een marktconform algemeen normatief kader, resp. een industrieel-economisch beleid te bepalen. Volgens de sprekers heeft deze hervorming tot gevolg dat de hele wetgeving inzake industrieel-economisch beleid moet worden herdacht. De zeer gedetailleerde nationale wetgeving beantwoordt volgens hen niet aan de idee van de raamwetgeving.

De referenten gingen vervolgens meer diepgaand na of de huidige wetgeving aan de bevoegdheidsverdelende implicaties van de e.m.u. beantwoordt en formuleerden ter zake concrete voorstellen. In het bijzonder werd aandacht besteed aan de regionalisering van het fiscaal beleid. Heremans en Van Rompuy zijn van oordeel dat het behoud van de voordelen van de e.m.u. op het gebied van de economische efficiëntie beperkingen oplegt aan de fiscale autonomie van de deelgebieden. Het Belgisch stelsel, gekenmerkt door de aanwezigheid van dotaties, van exclusieve en van gedeelde belastingen, vertoont de kenmerken van een zwakke fiscale autonomie van de deelgebieden en is in grote lijnen conform met de economische efficiëntiecriteria van de e.m.u. Een verdere differentiatie op het vlak van de exclusieve belastingen en van de personenbelasting wordt evenwel niet uitgesloten.

In tegenstelling tot verdere federale systemen hebben de dotaties in België niet louter een aanvullende en herverdelende functie in de middelenvoorziening van de deelgebieden, maar nemen zij een dominante plaats in. De gebruikte verdeelsleutel is bovendien van die aard dat hij uit het oogpunt van het derivatieprincipe — dat stelt dat de regio's prioritair recht hebben op de opbrengsten van belastingen gegenereerd binnen de deelstaat — en uit herverdelingsstandpunt moet worden verworpen. De relatieve omvang van de impliciete transfers veroorzaakt door het dotatiestelsel staat niet in verhouding tot de verschillen in fiscale capaciteit die in België worden waargenomen. Op die wijze overschrijdt, volgens de sprekers, het dotatiestelsel in zijn feitelijke toepassing de grenzen van de intergewestelijke solidariteit zoals die in federale landen wordt ervaren.

Prof. G. Clémer benadrukte in zijn commentaar dat men bij een doelmatige bevoegdheids(her)verdeling niet alleen rekening moet houden met de e.m.u. als referentiekader, maar ook met allerlei theoretische en reële doelmatigheidscriteria inzake politieke besluitvorming. Hij pleitte voor een totale aanpak die hij in het rapport van de referenten niet terugvond. Volgens het referaat van Heremans en Van Rompuy wordt bijvoorbeeld de fiscale autonomie van de deelstaten beperkt, voornamelijk ingevolge de bekommernis de marktintegratie te vrijwaren. Niettemin, één van de basisprincipes inzake doelmatig overheidsoptreden stelt dat er correspondentie moet bestaan tussen enerzijds de bevoegdheid om uitgaven te verrichten en anderzijds de verantwoordelijkheid die in het politieke vlak ligt, voor de verwerving van financiële middelen vnl. door eigen fiscaliteit. De fiscale «responsabilisering» van de bevoegde overheid is een noodzakelijke voorwaarde om de uitgaven enigszins in toom te houden. De kosten, wegens de interferentie met de marktintegratie, moeten afgewogen worden tegen de baten t.g.v. het doelmatiger overheidsoptreden.

In zijn algemeen besluit stelde de dispuut dat de huidige ervaring met gemengde bevoegdheden allesbehalve bevredigend is. De nationale overheid neemt haar normerende taak niet waar en vergenoegt zich (als sterkste partij) concurrerend uitvoerend op te treden. Dit heeft tot gevolg dat de bevoegdheden van de regio's stelselmatig worden uitgehold. Dat is voor de juristen een reden om te pleiten voor exclusieve bevoegdheden. Economisten ijveren daarentegen voor een hiërarchisch federalisme voor materies die verband houden met de e.m.u. Het is nodig dat economie en recht beter op elkaar worden afgestemd. Men mag daarbij evenwel niet alleen maar uitgaan van ideaalbeelden, maar men moet ook rekening houden met de praktijk van de politieke besluitvorming.

Tijdens de slotzitting van de tweede werkvergadering hield prof.

dr. George Priest een opmerkelijke voordracht over de crisis in de verzekeringssector in de U.S.A. Hij wees op het feit dat ten gevolge van recente ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht ondernemers de produktie en distributie van talrijke goederen en diensten stopzetten, omdat geen enkele verzekeringsmaatschappij de daaraan verbonden risico's wenst te dekken. Anderzijds zijn de verkoopprijzen van goederen en diensten op zeer korte termijn sterk gestegen als gevolg van de verhoging van de verzekeringspremies. Deze crisis treft niet alleen de activiteiten van particulieren, maar ook die van de openbare besturen. Gevangenisstraffen, stranden, speeltuinen en parken worden gesloten; politiepatrouilles worden opgeheven omdat geen enkele verzekeringsmaatschappij de eraan verbonden risico's wil dekken.

Volgens de spreker is die ontwikkeling het gevolg van een wijziging in het aansprakelijkheidsrecht die geleid heeft tot een verschuiving van een «eerste-partijverzekering» (first-party insurance) naar een «derde-partijverzekering» (third-party insurance).

In een eerste deel gaf de referent een kort overzicht van de wijzigingen in het Amerikaans aansprakelijkheidsrecht sinds de jaren 1960. In een tweede deel beschreef hij de werking van de verzekeringsmarkt en toonde hij aan waarom verzekeringen bestaan, hoe de verzekeringsmarkten kunnen worden omschreven en hoe zij moeten worden beheerd om in stand te blijven. De principes die hij daaruit afleidt, werden in een derde deel toegepast op de huidige verzekeringscrisis ten einde de gevolgen te voorspellen die een wijziging in het geldend aansprakelijkheidsrecht kan hebben op het systeem van verzekering. In een vierde deel verklaarde hij meer gedetailleerd waarom de verzekeringsproblemen, veroorzaakt door het huidige aansprakelijkheidsrecht, bepaalde ondernemers ertoe hebben gebracht om hun activiteiten te staken, waarom bepaalde ondernemers i.h.b. gemeenten het steeds meer voordelig vinden om zich zelf te verzekeren i.p.v. een beroep te doen op de verzekeringsmarkt en waarom de huidige crisis hoofdzakelijk de personen met lage inkomens treft en de mensen met hoge inkomens tot voordeel strekt. In een laatste onderdeel formuleerde Priest kort een aantal voorstellen om de geschetste problemen op te lossen. Hij stelde vast dat de huidige verzekeringscrisis enkel kan worden gestopt wanneer de hoven en de rechtbanken de nadelige gevolgen willen inzien die een veralgemeend stelsel van objectieve aansprakelijkheid heeft op verzekeringen. Een oplossing moet evenwel vanuit die hoek niet worden verwacht. Daarvoor is een radicaal herdenken en herdefiniëren van de basisconcepten van het aansprakelijkheidsrecht nodig. In dit opzicht is Priest meer voorstander van foutaansprakelijkheid, zowel omwille van het afschrikkingseffect als omwille van een optimale verdeling van de risico's. Foutaansprakelijkheid leidt immers tot een «first-party insurance».

Tijdens de levendige discussie werden verschillende vragen behandeld: Is er nog ruimte voor objectieve aansprakelijkheid? Wordt de crisis in de U.S.A. niet veroorzaakt door de excessief hoge bedragen die de rechters als schadeloosstelling toekennen? Zou het «vrijgevig» gedrag van de rechters in een systeem van foutaansprakelijkheid en «first-party insurance» niet eveneens leiden tot een crisis? Kan een oplossing niet gezocht worden in een stelsel van verplichte verzekering? Die vragen leidden tot een geanimeerde discussie onder de aanwezigen.

De integrale tekst van de op deze studienamiddag gepresenteerde rapporten en discussieverslagen, die gewijd zijn aan de economische analyse van het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringen, zullen in boekvorm worden gepubliceerd door Maklu Uitgevers in de Reeks Recht en Economie. Ondertussen wordt reeds met belangstelling uitgekeken naar de derde werkvergadering. Deze zal plaatsvinden te Gent op 11 december 1987. Als thema's zullen dan aan bod komen: Economische analyse van het huwelijksrecht (B. Lemmencier), Economische analyse van het notariaat (F. Versypt), De creatie van individuele rechten in het milieurecht (B. Bouckaert), Verhandelbare emissierechten en de creatie van een milieubeurs (M. Declercq) en Economische analyse van het eigendomsrecht (H. Lepage). Verdere inlichtingen kunnen worden verkregen bij het Seminarie voor Algemene Rechtsleer van de R.U.G.

Bruno Peeters
Assistent U.I.A.

Jacqueline Van de Velde
Assistente U.F.S.I.A.

TIJDSCHRIFTEN

Tijdschrift van de vrede- en politierechters, 1986

nr. 7

Lurquin, P., noot onder Vred. Brussel, 3 november 1983 (Plaatsbeschrijving bij ingang van de huur, waarde van de contractuele clausules, expertisekosten); Heyerick, M., noot onder Vred. Gent, 16 september 1985 (Pacht, art. 56 van de pachtwet, berusting door de pachter in voor onbestaande gehouden pachtopzegging, gevolgen, industriële fokkerij en vetmesterij); Rommel, G., noot onder Vred. Anderlecht, 4 maart 1986 (Deskundig onderzoek, ereloon, begroting, dictafoon).

nr. 8

Rommel, G., De vrederechter en artikel 223 B.W.; Senaev, P., Successierechten, wettelijke erfopvolging overeenkomstig art. 757 B.W., strijdigheid met E.V.R.M., directe werking; De Beule, D., noot onder Vred. Antwerpen, 4 december 1984 (C.M.R.-Verdrag, voorbehoud bij aflevering, vereisten).

nr. 9

Renier, V., Bail à ferme. Chronique de jurisprudence (1981-1986); Renier, V., Les nouvelles tendances de la législation sur le bail à ferme et le droit de préemption.

Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht, 1986

nrs. 8-9, augustus-september

Kileste, A., Le titulaire d'une carte de crédit est-il engagé par la déclaration unilatérale de volonté; Welter, R., Le revirement de la jurisprudence allemande en matière de droit international de la faillite; Verougstraete, I., noot onder Cass., 7 maart 1986 (faillissement); Parmentier, Ch., noot onder Bergen, 12 januari 1985 (Vrijwaring voor verborgen gebreken, beperking van vrijwaringsplicht, geen uitwerking); Claassens, H., noot onder Kh. Antwerpen, 19 juni 1985 (Contractueel verbod voor de verzekerde om zijn verzekeraar in vrijwaring te dagvaarden); De Vroede, P., noot onder Kh. Brugge, 12 december 1985 (Uitverkoop, handelszaak en verkooplokaal zijn geen synoniemen); De Vroede, P., noot onder Kh. Dendermonde, 19 februari 1986 (Uitverkoop, verbod van ontijdige aankondiging).

nr. 10, oktober

Cornelis, L., De heropening van het faillissement; Buyle, J.P., De benoemingsprocedure tot commissaris-revisor (noot onder Voorz. Kh. Nijvel, 10 april 1986).

nr. 11, november

Clinck, I., Zeeroof in publiek en privaat recht; Parmentier, Cl., noot onder Hof Mons, 10 december 1985; Cerfontaine, J., noot onder Brussel, 23 december 1985 (Financiële verrichtingen, niet-toegelaten openbaar beroep op het spaarwezen, voorwaarden van een inbreuk op het K.B. nr. 185; Stuyck, J., noot onder Gent, 10 april 1986 (Vordering tot staking, bevoegdheid van de voorzitter, contractuele tekortkoming, eerlijke gebruiken, onderkruipen van de detaillist door de fabrikant); Dessard, D., noot onder Brussel, 23 mei 1986 (Handelspraktijken, opruimingen, aankondiging van verkoop tegen verminderde prijs, draagwijde verbod); Ballon, G.L., noot onder Rb. Antwerpen, 24 april 1986 (verkoop aan de gebruiker, bestelbon, weigering de levering in ontvangst te nemen); Libouton, J., noot onder Kh. Namen, 29 maart 1983 (reisagentschappen, K.B. 30 juni 1966, faillissement).

Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

nr. 5791, 5-12 juli 1986

Memorie van Antwoord op de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw B.W. (Wijziging van Boek 6) en aanverwante wetgevingsstukken. Onder redactie van prof. mr. J.B.M. Vranken en prof. mr. H.C.F. Schoordijk; Bordes, J.P., Artikelen 6.1.9, lid 3 en 6.1.9.12, lid 4; Artikel 6.1.9.12, lid 1; Verspeek, J.H. en Van Thiel, H.R.F.M., Melkquota in de notariële praktijk; Verheul, J.P., Overzicht der Nederlandse Rechtspraak. Rechterlijke bevoegdheid 1979-1984.